

AVARIAS E CLAIMS NO DIREITO MARÍTIMO E DIREITO AERONÁUTICO

Carlos Paiva*

INTRODUÇÃO

Paul Reuter, emérito Professor de Direito Internacional Público, assim redigiu: “*o mar se define como o conjunto de espaços de água salgada em comunicação livre e natural*”¹. Sem dúvida alguma, desde os fenícios e gregos, os vikings e posteriormente os portugueses, genoveses, espanhóis, como também os piratas e corsários, o mar serviu como meio de expansão territorial e populacional, de guerra e de paz, de comércio e de peregrinação, e, portanto, fundamental para a evolução da sociedade humana.

No mesmo sentido, durante o século XX, foi o transporte aéreo um dos grandes responsáveis pelo insuperável progresso da raça humana, ainda que o avião também tenha sido usado como meio de destruição, como havia ocorrido antes com o navio.

Inobstante o grande avanço do comércio mundial por meio das companhias de navegação entre os séculos XV e XVI, foi Jean-Marie Pardessus (1772-1853) quem propôs a discussão sobre a autonomia do Direito Marítimo. Também aqui, os dois ramos do chamado “Direito da Navegação” seguem em paralelo, pois também se discute até hoje quanto à autonomia -ou não- do Direito Aeronáutico, sendo que o direito da navegação apareceu na *Scuola Napolitana del Diritto della Navigazione*.

Bastante óbvio que os dois meios de transporte (navio e avião) naveguem por “espaços em comunicação livre e natural”, e como consequência seus princípios de direito também sigam em paralelo. Neste sentido, algumas jurisdições, notadamente a própria Itália, conservam um só sistema legal para ambos os meios de transporte, aquaviário e aéreo.

Resta inegável, portanto, que o transporte aéreo tem suas instituições e princípios derivados em grande parte do transporte marítimo. Ambos os meios de transporte, por razões bastante óbvias, têm sua origem no Direito Internacional, posto que, no caso do avião, mesmo nos seus primórdios no início do século XX, um simples voo de apenas uma hora de duração já poderia ultrapassar pelo menos uma fronteira nacional na Europa. Tendo em vista o texto da Constituição Federal no seu artigo 178, as mes-

mas circunstâncias de supremacia dos dispositivos internacionais também deverão prevalecer.

DO CONTRATO DE TRANSPORTE

Contrato é um acordo de vontades entre partes que gera obrigações para ambas, ou seja, é um pacto cujo objetivo é criar, modificar ou extinguir direitos, revelando-se como o mais expressivo modelo de negócio jurídico bilateral. Dentre os contratos nominados no Código Civil de 2002 tem-se o contrato de transporte, aquele pelo qual “*alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas*” (artigo 730).

No âmbito do transporte marítimo, este contrato é instrumentalizado pelo conhecimento de embarque (*Bill of Lading-BL*), que consiste num documento expedido pelo navio (transportador) ao embarcador, onde declara o recebimento de determinada carga a bordo, dentre outros detalhes, o valor do frete pago ou a pagar. Já no transporte aéreo, o serviço de carga é formalizado através do conhecimento de carga aérea (*Airway Bill-AWB*).

DOS ASPECTOS LEGAIS

Primeiramente, quanto à atividade em si, do transporte aéreo, no sistema legal e especificamente na Constituição da República Federativa do Brasil, compete à União, nos termos do artigo 21, inciso XII, alínea [c], da CF, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária.

Ademais, compete privativamente à União legislar sobre o Direito Aeronáutico, nos termos do artigo 22, inciso I.

Relativamente à responsabilidade civil, o dispositivo constitucional do artigo 37, § 6º, define que “*As pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos*”.

Ou seja, a atividade do transporte aéreo, sua regulação e responsabilidade estão claramente previstos no texto constitucional.

E especificamente, quanto ao transporte internacional e o texto da Carta Magna, muito pouco se produziu no Brasil em termos de doutrina; um dos raros exemplos para se confirmar a regra está nos “Comentários à Constituição do Brasil”, de Celso Bastos, em que ele defende a mesma tese ora esposada, ao comentar o artigo 178, CF: “*O ponto importante a notar é que os tratados internacio-*

* Advogado, professor em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos e membro do Conselho Consultivo da SBDA.

¹ (...) *la mer se definit comme l'ensemble des espaces d'eau sale en communication libre et naturelle(...)*

nais têm força de lei na ordem interna. Revogam, portanto, os atos que com eles conflitem. Os tratados devem obediência à Constituição apenas, e têm a mesma hierarquia em princípio das leis ordinárias e comuns”. E prossegue: “os acordos aí ventilados têm uma força supralegal, na medida em que fica ordenado seu cumprimento, o que significa que seu descumprimento só pode dar-se na forma do direito internacional, é dizer, com a denúncia da avença”.

Note-se que a ressalva do artigo 732 do Código Civil de 2002 bem demonstra que o legislador pretende, na realidade, a harmonização entre os diversos diplomas aqui elencados, inclusive da legislação especial marítima junto ao direito material privado. Trata-se de uma conciliação necessária, já que cerca de 90% do transporte mundial de mercadorias é feito por via marítima e os contratos que são formalizados em tese conferem pouca liberdade para os clientes negociarem suas cláusulas.

É exatamente no caso de avarias e *claims* que se busca, juntamente com o fundamento constitucional do artigo 37, § 6º, combinado com os demais dispositivos legais e infralegais, a responsabilização do transportador ou de seus prepostos.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Afinal, no contrato de transporte, deve prevalecer o resultado. Ou seja, a responsabilidade do contratado é objetiva (salvo as eximentes, se for o caso) e para tanto, deve o transportador - e seus prepostos - se preservar através da contratação de seguro suficiente para cobrir os custos de eventuais avarias e *claims*.

No caso do transporte de carga, em âmbito internacional, seja pelo modal marítimo, seja pelo modal aéreo, o proprietário da carga (ou o consignatário) em geral será uma pessoa jurídica.

Nestes casos - e que são a absoluta maioria -, o CDC cuidou de ressaltar que poderá haver a limitação de indenização no seu artigo 51, inc.I: “*Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis*”.

Cabe mencionar que, na grande maioria dos incidentes de responsabilidade civil envolvendo carga marítima, não se poderá arguir a hipossuficiência do consumi-

dor, tendo em vista que - com raras exceções (e.g., uma pessoa natural com sua mudança transportada por via marítima) -, quase sempre haverá duas empresas de grande porte na eventualidade de incidentes da espécie. Por isso mesmo, “situações justificáveis” são a absoluta maioria no transporte marítimo internacional.

Ainda mais, quanto ao relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos, há que se perceber que feitas as considerações acima, sobre a não-hipossuficiência de uma das partes, devem desta forma prevalecer os ditames da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro². Corroborando a tese aqui exposta, têm-se dois argumentos de peso, sendo o primeiro deles absolutamente olvidado pela doutrina, tanto dos especialistas de Direito Internacional, quanto dos Constitucionalistas, que é o artigo 178 da Carta Magna na redação dada pela Emenda nº 7, de 1995³.

A leitura simples e direta deste dispositivo constitucional, que só teve até hoje uma verdadeira apreciação pelo Supremo Tribunal Federal⁴ mas no caso de transporte aéreo internacional, não deveria deixar quaisquer dúvidas que, em matéria de transporte internacional, deverão prevalecer os tratados firmados pelo Brasil.

O segundo argumento de peso é o atual Código Civil, que estipula a limitação de indenização no transporte de carga (artigo 750: “*A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa*”).

Ocorre que os Egrégios Tribunais pátrios, diante da aparente contradição entre a famigerada [e desconhecida em outras jurisdições] ilimitação na indenização do CDC (seu artigo 51, inc.I, tem sido aplicado apenas em decisões de primeira instância)⁵, e a utilização do Código Civil/Constituição Federal nos moldes aqui propostos, tem se manifestado em favor do CDC, talvez em virtude do desconhecimento do Direito Internacional e principalmente do artigo 178 da CF.

Cabe reiterar que a obediência ao disposto no contrato de transporte, a saber, no BL e no AWB, e nas respectivas convenções internacionais, só contemplam a limitação de indenização se o conhecimento NÃO DECLARAR o valor real da carga. Caso o real valor da carga seja

² LICC, Artigo 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

³ CF, Artigo 178 A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transpor-

te internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 297.901-RN, Rel.: Ministra Ellen Gracie, julgamento: 07/03/2006. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>.

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Processo nº 2004.207.005626-7, MM.2ª Vara Cível - Ilha do Governador, Rio de Janeiro (RJ). Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>

efetivamente declarado, e não há motivo razoável para que não o seja, a carga será indenizada integralmente.

DA JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA

A jurisprudência e a doutrina têm se manifestado não poucas vezes sobre o transporte internacional, modal marítimo, em especial sobre competência da justiça brasileira^{6,7,8}, sobre prescrição⁹, sobre limitação da responsabilidade¹⁰, entre outros.

Por sua vez, Rui Stoco se manifesta sobre a responsabilidade do transportador marítimo, mesmo quando o incidente que causa uma avaria é produzido por terceiros¹¹.

Mas de fato, nenhum dos mais renomados constitucionalistas (José Cretella Júnior, Luís Roberto Barroso, Manuel Gonçalves Ferreira Filho, Orlando Soares etc.), em suas vigorosas obras, adentrou o específico tema do artigo 178 constitucional, excetuadas as referências anteriormente transcritas, limitando-se, na melhor das hipóteses, a tratar dos temas da reciprocidade - fator obviamente fundamental no concerto das nações -, e da cabotagem, que a já referida Emenda nº 7/95 passou a permitir.

Apenas como corolário, quanto à interpretação do artigo 178, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim se referiu: “*A norma acima impõe, como condição de todo e qualquer acordo que a União venha a subscrever na ordenação do transporte internacional, a regra da reciprocidade. Sem esta, o acordo será inconstitucional, portanto*”. (in Comentários, São Paulo: Ed.Saraiva, 1999, 2ª ed., vol.2, pág.191/192).

Ora, a reciprocidade jamais seria um empecilho aos contratos de transporte internacional, pois é consabido que os demais países ditos civilizados cumprem os tratados que solenemente firmaram¹².

E finalmente, quanto à prevalência dos tratados nas demais nações basta atentar-se para a redação de algumas constituições, a fim de se confirmar a importância dos acordos e convenções internacionais em outras jurisdições¹³.

CONCLUSÕES

Resta indubitável a origem internacional dos fundamentos jurídicos do transporte aéreo, baseados em grande parte no Direito Marítimo. Inquestionável também a importância sempre crescente do transporte aéreo, seja pela impossibilidade técnica de se substituir o convívio humano por outra maneira, seja pela evolução deste modal como forma de se efetivar as relações de comércio entre os países, principalmente no que se refere aos bens de maior valor agregado. Levando-se em conta o crescente esvaziamento das fronteiras e a inexorável formação de blocos políticos e econômicos, a globalização tende a atingir o Direito Internacional Econômico também sob o aspecto dos transportes. Há que se considerar ainda que o transporte aéreo vem aumentando a sua base de pessoas transportadas em escala bastante acentuada, não só nos outros países.

Assim, no Brasil, eventuais conflitos no tema de responsabilidade civil tendem a aumentar, haja vista também a busca sempre crescente dos direitos sociais e sua efetiva reparação. Porém, no caso específico do transporte internacional, há que se reiterar a existência de dispositivo constitucional que manda sejam obedecidos os acordos internacionais. E tal dispositivo - artigo 178, CF - deve ser sempre aplicado também em outros tipos de conflito, inclusive naqueles em que esta norma tem que ser utilizada sem maiores discussões doutrinárias, e.g., questões que envolvam a tributação em matéria de transporte internacional.

Ademais, deve-se levar em consideração o conhecimento relativamente restrito do Direito Internacional - evidente tal fato diante de que, por exemplo, só recentemente tal disciplina passou a ser obrigatória nos Exames de Ordem no Brasil -, e constatado finalmente que número crescente de decisões tem surgido, em violação direta a Acordos, Convenções ou Tratados firmados soberanamente pelo Brasil, tanto bilaterais, quanto multilaterais, sobre a matéria de transporte internacional, e portanto violando também o artigo 178, CF.

⁶ Apelação Cível nº 279.440-Santos, 1º TACSP, julg.06/05/1981, Rel.Juiz Rangel Dinamarco

⁷ Apelação Cível nº 294.587-Santos, 1º TACSP, julg.09/09/1982, Rel.Juiz Minhoto Júnior

⁸ Apelação Cível nº 309.886-Santos, 1º TACSP, julg.20/04/1983, Rel.Juiz Renan Lotufo

⁹ Apelação Cível nº 308.719-Santos, 1º TACSP, julg.06/04/1983, Rel.Juiz Roque Komatsu

¹⁰ Apelação Cível nº 282.985-Santos, TJSP, julg.27/12/1979, Rel.Des. José Cardinale

¹¹ RT 614/168

¹² **Acordos sobre Transporte Marítimo** firmados pelo Brasil com: Alemanha, Argélia, Argentina, Bulgária, Chile, China, Colômbia, Dinamarca, Estados Unidos, França, Itália, Japão, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Rússia, Suécia, Uruguai e Venezuela.

¹³ **Constituição Argentina: Artigo 75.** *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.* **Costa Rica: Artigo 7º** *Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.* **Espanha: Artigo 96.** *Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma pre-*

Enfim, o Brasil não deverá deixar de cumprir tais instrumentos que solenemente firmou, sob pena de se ver alijado da comunidade internacional, e até mesmo levado às cortes internacionais por descumprimento de tratado, diante de alegado dispositivo interno¹⁴.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso R. & MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988.

FRAGA, Mirtô. O Conflito Entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Manoel. Comentários à Constituição. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo. Volume I. São Paulo: Manole, 2005.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo. Volume II. São Paulo: Manole, 2008.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Direito Constitucional Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REUTER, Paul. Droit international public. Paris: Dalloz, 1963.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Jurisprudência do Transporte Aéreo, Marítimo e Terrestre. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial - doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

vista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. França: Artigo 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

¹⁴ **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, de 26 de maio de 1969; entrada em vigor internacional: 27 de janeiro de 1980. *Artigo 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.*