
STJ – *Recurso Especial 1.156.735/SP* – 4.ª T. – j. 16.02.2017 – v.u. – rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – *DJe* 24.03.2017 – Áreas do Direito: Civil; Internacional.

TRANSPORTE AÉREO – Mercadorias avariadas – Indenização tarifada à seguradora sub-rogada – Admissibilidade – Empresa que não é destinatária final dos softwares importados, afastando a relação de consumo – Fatos ocorridos na vigência do CC/1916, incidindo a Convenção de Varsóvia e seus aditivos ao transporte aéreo internacional – Princípio da reparação integral que não elide a aplicação da referida convenção, uma vez que foi incorporado ao ordenamento interno com status de lei ordinária.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 895/260 (JRP\2010\416), *RT* 787/256 (JRP\2001\964) e *RDCC* 2/377 (JRP\2014\5637).

Veja também Doutrina

- Análise da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a casos de dano material por extravio de bagagem no contrato de transporte aéreo internacional: um (aparente) conflito de normas jurídicas, de Daniel Vicente Evaldt da Silva, Jonas Sales Fernandes da Silva e Júlio Edstron Secundino Santos – *RDC* 108/375-400 (DTR\2016\24862);
- A responsabilidade civil do transportador aéreo por danos a pessoas, bagagens e cargas (caso recente de criação jurisprudencial de direito), de Fernando Noronha – *RDC* 44/168-184 e *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 2/1355-1373 (DTR\2002\825); e
- Brevíssimas notas sobre a aplicação da Convenção de Varsóvia-Montreal (e não do Código de Defesa do Consumidor) no transporte internacional aéreo de cargas, inclusive para fins de limitação da responsabilidade indenizatória do transportador, de Antonio de Pádua Soubhie Nogueira – *RIASP* 24/327-338 (DTR\2009\464).

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA**
RECORRENTE : UNITED PARCEL SERVICE CO
ADVOGADOS : ABRÃO JORGE MIGUEL NETO - SP172355
CAROLINA NEVES DO PATROCÍNIO NUNES - SP249937
RECORRENTE : UNIBANCO AIG SEGUROS S/A
ADVOGADO : MÁRCIO ROBERTO GOTAS MOREIRA E OUTRO(S) - SP178051
RECORRIDO : OS MESMOS
LITIS. PAS : BAX GLOBAL DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : MÁRCIO ROSSI VIDAL E OUTRO(S) - SP154483

EMENTA

DIREITO EMPRESARIAL. IMPORTAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. MERCADORIAS AVARIADAS. FATOS OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DO CC/1916. NÃO INCIDÊNCIA DO CC/2002. SEGURADORA. RESSARCIMENTO. SUB-ROGAÇÃO. AÇÃO REGRESSIVA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. INDENIZAÇÃO TARIFADA. AÇÃO CAUTELAR DE PROTESTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL.

1. A expressão "destinatário final" contida no art. 2º, *caput*, do CDC deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o referido diploma, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Sob esse enfoque, como regra, não se pode considerar destinatário final para efeito da lei protetiva aquele que, de alguma forma, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização.

2. As normas do CDC não são aplicáveis à aquisição e à importação de sistema de discos magnéticos e de *software* por empresa, não hipossuficiente nem vulnerável, no intuito de incrementar sua atividade industrial, ampliar a gama de produtos e aumentar os lucros. Igualmente, não se aplica o referido diploma ao transporte aéreo internacional dos referidos bens, por representar mera etapa do ato complexo de importar.

3. Afastado o CDC no caso concreto e ocorridos os fatos na vigência do CC/1916, incide a Convenção de Varsóvia e seus aditivos ao transporte aéreo internacional para efeito de indenização tarifada.

4. A jurisprudência do STJ confere à seguradora sub-rogada os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado a quem indenizou, nos termos do art. 988 do CC/1916. Concretamente, portanto, o direito da seguradora sub-rogada restringe-se à indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia e seus aditivos.

5. O princípio constitucional da reparação integral, fundamentado no art. 5º, V e X, da CF/1988, não pode ser adotado no âmbito de Turma deste Tribunal Superior para efeito de afastar a aplicação da Convenção de Varsóvia, diploma específico que foi incorporado no ordenamento jurídico interno "nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa" (ADI/MC n. 1.480-3 – DF, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, DJ de 18.5.2001). Incide, no caso, a vedação contida na Súmula Vinculante n. 10, do STF, segundo a qual "viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

6. Ressaltando-se que o Tribunal de origem aplicou a Convenção de Varsóvia quanto à indenização tarifada e que a ora recorrente nem mesmo cuidou de interpor recurso extraordinário para, eventualmente, discutir a inconstitucionalidade de tal limitação, incabível arguir a inconstitucionalidade perante a CORTE ESPECIAL deste Tribunal, tendo em vista que tal iniciativa representaria uma forma de contornar a distribuição da competência nas instâncias superiores, feita pela Constituição Federal, que remete ao STF as

discussões acerca da violação de dispositivos constitucionais. Nesse sentido: AI no REsp n. 1.135.354/PB, Rel. originário Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. para acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28.2.2013.

7. O prazo de 2 (dois) anos para propor ação de responsabilidade civil disciplinado no art. 29 da Convenção de Varsóvia tem natureza prescricional, não decadencial, daí estar sujeita às causas interruptivas, entre elas o protesto judicial deferido.

8. O entendimento do Tribunal estadual de que os motivos que justificariam a cautelar de protesto não poderiam ser afastados na presente ação ordinária foi impugnado no recurso especial mediante indicação de dispositivos legais inadequados para tal fim, que não alcançam o tema.

9. Hipótese em que a Corte local, fundamentada no art. 173 do CC/1916, em vigor na época dos fatos, decidiu que a interrupção do prazo prescricional perdurou até a conclusão do processo cautelar de protesto. Os arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973, entretanto, indicados pela recorrente como contrariados, dizem respeito, apenas, ao momento inicial da interrupção, não cuidando do seu período de duração, isto é, se o prazo prescricional volta a correr no dia seguinte ao da prática do respectivo ato ou se permanece interrompido, no presente caso, até o final da cautelar de protesto.

10. Quanto ao art. 202, parágrafo único, do CC/2002, igualmente colacionado no recurso, embora discipline o tema pertinente ao período de interrupção do prazo prescricional, não se aplica à hipótese dos autos. A cautelar de protesto foi autuada e distribuída em 15.7.2002, o Juiz deferiu a notificação respectiva em 18.7.2002, o mandado de notificação foi cumprido em 8.8.2002, e o despacho liberando o processo para ser entregue ao requerente foi publicado em 23.8.2002. Em tal contexto, qualquer que seja o ato processual a ser considerado, a interrupção do prazo se deu na vigência do sistema legal disciplinado no CC/1916, razão pela qual o Tribunal de origem invocou, tão somente, o art. 173 do referido diploma, nem mesmo enfrentado expressamente pela recorrente.

11. O fato de o art. 202, parágrafo único, do CC/2002 – impropriamente referido na peça recursal – corresponder, com alguns ajustes, ao art. 173 do CC/1916 é irrelevante para o conhecimento do recurso. Por se tratar de dever da parte mencionar as normas federais violadas, é vedado a este colegiado indicar a norma correta em substituição àquela mencionada pela recorrente, sob pena de ferir, também, o princípio processual da isonomia, disciplinado nos arts. 125, I, do CPC/1973 e 139, I, do CPC/2015. Caso em que não se está diante de mero equívoco material sanável. Precedente.

12. O art. 26, 1, da Convenção de Varsóvia disciplina a presunção relativa quanto ao bom estado das mercadorias entregues, permitindo prova em contrário na hipótese de o recebimento ocorrer sem nenhuma ressalva. Além disso, não especifica quais serão as provas válidas, admitindo-se, portanto, amplo suporte probatório. No presente caso, o Tribunal de origem afastou tal presunção considerando incontroversas as avarias, constatadas no dia seguinte ao do desembarque, confirmadas por vistoria posterior e aceitas pela própria transportadora. Em tal circunstância, a reforma do acórdão recorrido, nesse ponto, esbarra na vedação contida na Súmula n. 7 do STJ, que impede o simples reexame de provas na instância especial.

13. Recursos especiais conhecidos em parte e desprovidos.

COMENTÁRIO

**CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: CONFLITO ENTRE
CONVENÇÃO INTERNACIONAL (CONVENÇÃO DE VARSÓVIA) E LEGISLAÇÃO
INTERNA (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CÓDIGO CIVIL) E
ASPECTOS RELATIVOS À PRESCRIÇÃO DA AÇÃO REGRESSIVA DE SEGURADORA –
COMENTÁRIO A ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

*INTERNATIONAL AIR TRANSPORT AGREEMENT: CONFLICT BETWEEN INTERNATIONAL
CONVENTION (WARSAW CONVENTION) AND INTERNAL LEGISLATION (CONSUMER
DEFENSE CODE AND CIVIL CODE) AND ASPECTS RELATING TO THE LOSS OF
RIGHT OF THE REGRESSIVE INSURANCE ACTION OF THE INSURANCE COMPANY –
COMMENTS OF JUDGMENT OF "SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA"
(SUPERIOR COURT OF JUSTICE)*

1. INTRODUÇÃO, IDENTIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO E DA EXTENSÃO DOS COMENTÁRIOS

O presente comentário analisa o acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.156.735/SP, da lavra do Ministro Antônio Carlos Ferreira, da Quarta Turma, e que contou com o assentimento unânime dos votos dos demais componentes do órgão judiciário em julgamento realizado no dia 16 de fevereiro de 2017.

Tratava-se de recurso especial em processo no qual contendiam United Parcel Service Co. e Unibanco AIG Seguros S.A., havendo recurso de ambas as partes. O recurso especial de United Parcel Service Co. foi admitido na origem e o de Unibanco AIG Seguros não, tendo seguimento em decorrência do provimento do Agravo de Instrumento 1.201.664/SP, por decisão do Ministro Aldir Passarinho Júnior.

Os recursos impugnavam acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo no âmbito de ação regressiva promovida por seguradora que ressarciu sua segurada de danos havidos em transporte de mercadorias, especificamente discos magnéticos de grande porte contendo programas de computador (*softwares*) neles instalados.

O julgado trata de vários aspectos, não apenas do contrato e da respectiva responsabilidade, mas também de pontos de natureza processual e constitucional, aqueles relativos à admissibilidade do recurso especial e estes quanto à compatibilidade da Convenção de Varsóvia com o ordenamento jurídico nacional, em especial no que diz respeito à aparente antinomia em relação ao Código de Defesa do Consumidor. Faz, também, detidas considerações sobre a hipótese de prescrição ou decadência, tanto na identificação da real natureza do instituto cuja aplicação se postulava quanto de desdobramentos relativos à interrupção do respectivo prazo, tanto pela sua ocorrência, provocada por ação cautelar de protesto, como no que diz com o momento de recontagem do prazo na hipótese de ter havido interrupção.

Não serão objeto de consideração detida nestes comentários os temas que não são diretamente de Direito Civil, como aspectos exclusivamente processuais de admissibilidade do recurso especial ou aqueles relativos ao caso concreto que exijam análise que transcenda a mera leitura do acórdão.

2. DOS FATOS DA CAUSA E DOS TEMAS DEVOLVIDOS PELO RECURSO ESPECIAL

O caso em análise versava sobre contrato de transporte aéreo de equipamentos eletrônicos, desde os Estados Unidos da América até o Brasil, cujo objeto recaía sobre "sistemas de discos magnéticos de grande porte acompanhados de *software* exclusivo, acondicionados em caixas de madeira e/ou papelão 'paletizadas' dotadas de sensor de impacto", conforme consta do acórdão. Esse contrato era anexo ao contrato de compra e venda celebrado entre a segurada da recorrente e a fornecedora dos produtos, da América do Norte, e servia à tradição dos bens móveis objeto da compra e venda.

Segundo o relatório do acórdão, celebrou-se, ainda, pacto adjeto de seguro para garantir o contrato de transporte internacional, que observou modelo comum dessa prática. O seguro cobria os riscos em todo o trajeto desde as dependências do exportador até as do importador, incluindo não apenas o valor dos bens adquiridos, mas também o próprio custo do transporte.

As mercadorias teriam sido desembarcadas com avarias graves no Aeroporto Internacional de Viracopos, em Campinas, São Paulo, o que levou a seguradora a ressarcir a segurada pelos prejuízos havidos, o que totalizou R\$ 901.987,83 (novecentos e um mil, novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e três centavos) em valor histórico de 2001.

Por conta disso, a seguradora ingressou em juízo contra as transportadoras para ressarcir-se dos valores com que indenizou sua segurada.

A causa, em primeiro grau, foi julgada procedente. O juízo condenou as transportadoras a ressarcirem a seguradora na integralidade dos valores que despendeu ao indenizar sua segurada.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento à apelação das transportadoras, mas apenas para limitar a condenação, tendo em conta o que prescreve a Convenção de Varsóvia (Decreto 20.704, de 24 de novembro de 1931). O tribunal ainda declarou que o prazo extintivo do alegado direito não tinha natureza decadencial. Afastou-se, ainda, a ocorrência de prescrição e rejeitou-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990). Reconheceram-se, ainda, a existência dos danos e a responsabilidade das rés.

A seguradora interpôs recurso especial no qual discutia, em síntese, qual a norma legal aplicável ao caso e se ela permitiria limitar a indenização, como fez o tribunal de justiça. Os fundamentos do especial baseavam-se na ofensa dos artigos 2º e 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

A transportadora também interpôs recurso especial alegando que o prazo extintivo previsto na Convenção de Varsóvia seria decadencial e, portanto, não se interromperia, tendo fluído antes da propositura da ação. Alegou também, em ordem sucessiva, que, mesmo que se tratasse de prescrição, ela não se teria interrompido pela ação cautelar de protesto ajuizada pela interessada porque, quando proposta esta, já estavam presentes todos os requisitos para a propositura da ação condenatória (principal), dispondo a parte de *actio nata*. Sustentou, ainda, que mesmo que o prazo fosse prescricional e que o ajuizamento da ação cautelar de protesto o tivesse interrompido, ele tornaria a fluir a partir da data da distribuição da ação cautelar, tendo decorrido integralmente antes da propositura da ação condenatória. Por fim, sustentou que, nos termos da Convenção de Varsóvia e do Código Civil de 2002, para que se considerem danos ressarcíveis, as avarias deveriam ser consignadas formalmente por meio de ressalva do destinatário, incoorrente, e que a mera análise sobre o estado exterior da embalagem da mercadoria (pacote ou *container*) não bastaria para dispensar o exame interno das cargas, segundo as práticas comerciais internacionais. Indicou como ofendidos os artigos 219, §§ 1º e 5º, 263, 868, 869 e 871 do Código de Processo Civil de 1973, os artigos 202, incisos I e II e parágrafo único, e 754 do Código Civil de 2002 e o artigo 26 da Convenção de Varsóvia.

O recurso da transportadora foi admitido na origem e o da seguradora não, tendo seguimento, posteriormente, por força de decisão em agravo de instrumento sucessivo. No Superior Tribunal de Justiça foram distribuídos, *ratione materiae*, à Quarta Turma.

3. DA OCORRÊNCIA DE DANOS E SUA DEMONSTRAÇÃO. A RESPONSABILIDADE DOS TRANSPORTADORES

Tratando-se, este breve comentário, de análise não forense sobre os temas de Direito Civil envolvidos na lide resolvida pelo acórdão, não há necessidade de se observar a sequência lógica que se impõe em juízos recursais, englobando, inicialmente, questões preliminares (*rectius*, de admissibilidade dos recursos) e depois as de mérito, primeiramente do recurso e posteriormente da causa. Por isso, passa-se de pronto ao exame do primeiro aspecto do mérito da causa, concernente à ocorrência de danos e à verificação da responsabilidade dos transportadores, uma vez que esse ponto foi resolvido com facilidade pelo acórdão e, como se está diante de simples comentário do julgado, não há elementos fora dele para aprofundar tal exame.

Houve, no recurso especial interposto pela transportadora, alegação de que os danos não se teriam comprovado na forma prevista em lei – e, especificamente os dispositivos invocados foram o artigo 754 do Código Civil de 2002 e o artigo 26, n. 1, da Convenção de Varsóvia –, isto é, por meio de protesto formal imediato ao recebimento da mercadoria.

Como se sabe, o *dano* constitui-se em um dos pressupostos da responsabilidade civil *stricto sensu*. A propósito, escreve Fernando Noronha:

Reduzindo a responsabilidade civil à sua expressão mais simples, pode-se dizer que, para que ela surja, é preciso que haja um *dano* e que tenhamos uma *pessoa* que deva responder por ele. Mas saber quando é que uma pessoa pode ser responsabilizada por um dano exige o apuramento de diversos elementos, que importa conhecer.

[...]

Neste breve apanhado estão reunidos os cinco *pressupostos*, ou *requisitos*, da responsabilidade civil: dano, cabimento no âmbito da proteção de uma norma, fato gerador, nexo de causalidade e nexo de imputação.¹

E, mais especificamente em relação ao dano, aponta:

Dano é o prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.

O dano não resulta necessariamente da violação de uma norma jurídica; tal violação pode ou não ocasionar danos. Assim, quem conduz um automóvel a velocidade superior à máxima permitida ofende o direito, mas nem sempre causará danos.²

Quando se trata de contrato de seguro de responsabilidade civil, o dano potencial, convertido em dano efetivo pela eventualidade, representa a indenização a ser paga pelo segurador, de tal sorte que, ainda que a obrigação decorrente do contrato de seguro seja negocial (e não de responsabilidade civil *stricto sensu*), a ausência de dano afasta a responsabilidade contratual consecutória. Daí a óbvia utilidade ao transportador, na espécie, de buscar afastar a ocorrência de dano na relação jurídica subjacente, a fim de tornar indevida a obrigação regressiva.

No caso em exame, o fundamento centrava-se na alegação do transportador de que, para que se considere existente o dano no âmbito do transporte aéreo internacional, regulado pela Convenção de Varsóvia e seus complementos, seu artigo 26 exigiria protesto formal imediato ao recebimento da mercadoria, sob pena de se presumir o bom estado dos objetos transportados. É o seguinte o teor da norma:

Artigo 26

(1) Salvo prova em contrário, presumem-se entregues em bom estado, e de conformidade com o documento de transporte, as mercadorias e bagagens que o destinatário haja recebido sem protesto.

(2) Em caso de avaria, deverá o destinatário encaminhar o seu protesto ao transportador logo após a verificação da avaria, isto é, o mais tardar, dentro do prazo de três dias para a bagagem e de sete dias para as mercadorias, a

1. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 467-468. n. 7.4.1.

2. NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 474, n. 7.4.4.

contar do respectivo recebimento. O protesto pelo atraso deverá ser feito o mais tardar, dentro de quatorze dias a contar daquele em que a bagagem, ou mercadoria, haja sido posta à disposição do destinatário.

(3) Todo e qualquer protesto se formulará mediante ressalva exarada no documento de transporte, ou mediante qualquer outro escrito expedido dentro do prazo previsto para esse protesto.

(4) Não havendo protesto dentro dos prazos previstos não se admitirão quaisquer ações contra o transportador senão em caso de fraude deste.

Somou-se a essa alegação a de que o artigo 745 do Código Civil de 2002 também reforçaria a exigência de protesto formal imediato ao recebimento da mercadoria. O dispositivo tem o seguinte teor:

Art. 745. Em caso de informação inexata ou falsa descrição no documento a que se refere o artigo antecedente, será o transportador indenizado pelo prejuízo que sofrer, devendo a ação respectiva ser ajuizada no prazo de cento e vinte dias, a contar daquele ato, sob pena de decadência.

Por sua vez, o "artigo antecedente", referido pelo dispositivo antes transcrito, está assim redigido:

Art. 744. Ao receber a coisa, o transportador emitirá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecido o disposto em lei especial.

Parágrafo único. O transportador poderá exigir que o remetente lhe entregue, devidamente assinada, a relação discriminada das coisas a serem transportadas, em duas vias, uma das quais, por ele devidamente autenticada, ficará fazendo parte integrante do conhecimento.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça afasta a incidência do dispositivo do Código Civil de 2002, invocando, por duplo fundamento: (i) porque esse dispositivo não possui correspondente no Código Civil de 1916 e os fatos sob exame no recurso deram-se ainda sob a vigência do Código Civil revogado; (ii) porque não prevalece sobre norma especial da Convenção de Varsóvia.

O tribunal afasta também a incidência da regra convencional e o faz por reconhecer que o cenário fático delineado no acórdão da apelação dava como certa a existência dos danos, o que não é sindicável por meio de recurso especial, que não admite revolvimento de matéria de fato ou probatória que infirme as conclusões nesse campo a que chegou a instância ordinária, nos termos do enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, ao fazê-lo, o voto do relator aponta aspecto de importância ao tema sob análise: a regra da Convenção de Varsóvia sobre a verificação dos danos estabelece presunção relativa (*juris tantum*) do bom estado da mercadoria transportada por via aérea. Como a norma não especifica quais meios de prova são válidos para infirmar a presunção, o acórdão afirma que se admite, para tanto, "amplo suporte probatório".

A despeito dessa amplitude, o aresto em comento considera que o acórdão do tribunal local afirmou que a existência do contrato de transporte e das avarias era fato incontroverso e que os problemas com as mercadorias foram constatados no dia seguinte ao desembarque e confirmados posteriormente em vistoria aduaneira, aceita pela transportadora. Para o relator, seria inviável reexaminar essas conclusões de fato no âmbito de recurso de legalidade estrita, como é o recurso especial.

Por tais razões, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do recurso nesse capítulo. Registre-se a importante conclusão do acórdão, no campo do Direito Civil, relativa aos contratos de transporte aéreo, que o bom estado da mercadoria transportada é presumido, admitindo-se, em sentido contrário a essa presunção, "amplo suporte probatório".

4. DO PRAZO EXTINTIVO DO DIREITO OU DA RESPECTIVA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO PELO DANO DECORRENTE DE TRANSPORTE AÉREO

A transportadora alegou, em seu recurso, que o prazo previsto no artigo 29, n. 1 e 2, da Convenção de Varsóvia seria decadencial. Em decorrência disso, defendeu que ele não poderia ser interrompido ou suspenso.

O dispositivo invocado no recurso tem o seguinte teor:

Artigo 29

(1) A ação de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada, ou do dia, em que a aeronave, devia ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte.

(2) O prazo será computado de acordo com a lei nacional do tribunal que conhecer da questão.

A transportadora procedeu à exegese literal do dispositivo, que menciona "caducidade", para sustentar que esse prazo teria natureza decadencial. Invocou, também, parecer que se apoia, segundo alega, na "mais renomada doutrina, inclusive estrangeira", para concluir que "o prazo em questão tem natureza decadencial e, conseqüentemente, não é de prescrição". Afirmar, ainda, que não se sustentaria a tese adotada pelo acórdão da apelação de que o direito em debate seria de crédito, devendo prevalecer "a vontade do legislador" que, segundo afirma, "quis estabelecer a decadência".

O acórdão, no ponto, recorre à doutrina de Orlando Gomes, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e, ainda, Arnaldo Rizzardo para demarcar a distinção entre a decadência e a prescrição. Adota a tese de que a diferença entre as duas classes de prazos extintivos se dá, para além do que eventualmente diga o texto de lei, pela natureza do direito afirmado. Assim, se se tratar de direito munido de pretensão, que nasce quando violado o direito, a hipótese é de prescrição; quando, porém, for direito desprovido de pretensão, o caso é de decadência (Orlando Gomes). A prescrição atingiria direitos dotados de pretensão, chamados por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald de "direitos subjetivos" e a decadência cingir-se-ia aos direitos sem pretensão, denominados "potestativos".

A distinção pode ser aceita desde que se tenha em conta a advertência de Pontes de Miranda:

tem-se escrito que dos direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos, não nascem pretensões: ao exercício deles basta o ato unilateral, próprio, do titular; de modo que não poderia o sujeito passivo, singular ou total, "opor-se", nem precisaria o titular exigir dele que se absteresse de qualquer ato positivo ou negativo. Há, aí, da parte de alguns juristas (e.g., Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil*, I, 224), confusão entre desnecessidade de intervenção ou cooperação do sujeito passivo e inexistência de pretensão: o sujeito passivo tem de abster-se de impedir ou de dificultar o direito formativo. [...] Há, pois, direito e pretensão – pretensões a que não se frustrar ou não se prejudique o direito expectativo³, frustrando-se ou prejudicando-se o objeto expectado.⁴

No mesmo sentido, de modo ainda mais claramente incisivo, é a distinção feita por Agnelo Amorim Filho, com apoio na doutrina de Giuseppe Chiovenda, que afirma que os direitos subjetivos

se dividem em duas grandes categorias: A primeira compreende aqueles direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo. Recebem eles, de Chiovenda, a denominação de "direitos a uma prestação", e como exemplos poderíamos citar todos aqueles que compõem as duas numerosas classes dos direitos reais e pessoais. [...] A segunda grande categoria é a dos denominados direitos potestativos, e compreende aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade destas.⁵

Apesar do aparente desprezo contemporâneo pela interpretação literal, seu valor é incontestável. Karl Larenz afirma que na interpretação da lei "se ha de partir del *sentido literal*, ya que la ley es la voluntad racional del legislador concebida en palabras".⁶ Todavia, ele próprio alerta que "el *sentido coherente* en que se halla la respectiva disposición puede dar ulteriormente explicación sobre el significado específico con que está entendido un término concretamente en el punto en cuestión".⁷ Isso porque

3. Ou formativo.

4. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. RT, 1970. t. 1. p. 50, § 5, n. 7.

5. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 7, ano 3, p. 346-347.

6. LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. 3. ed. Madrid: Edersa, 1978. p. 92, § 4, II.

7. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 92, § 4, II.

la interpretación no sólo ha de aclarar el sentido de términos aislados, sino también, frecuentemente, el de un complejo de regulación, explicitando la conexión en que se hallan entre sí diferentes reglas. A este respecto puede tratarse también de la eliminación de una antinomia, de la preferencia de una norma sobre otra, del mutuo ensamblaje de diferentes reglamentaciones. Pues el ordenamiento jurídico no sólo se compone de una suma de preceptos particulares, sino que asimismo presenta una interrumpida cohesión de la regulación, dentro de la cual cada reglamentación posee su especial significado. La hermenéutica, esto es, el arte de interpretar los textos, sustenta el principio del mutuo esclarecimiento del significado de términos o frases aisladas y de la totalidad del texto en que aquéllos se encuentran ("círculo hermenéutico"). Este principio también es válido para la interpretación de las leyes. Declara que toda norma ha de ser comprendida no sólo como una orden individual aislada, sino también como parte de una regulación más amplia y, em último término, del ordenamiento jurídico en su totalidad.⁸

A advertência doutrinária radica-se na compreensão dos institutos jurídicos inter-relacionadamente, de sorte a não haver, dentro do possível, contradições internas no sistema. Isso, porém, não permite que se avance além do estritamente necessário para compatibilizar as regras dentro do sistema; não se admite, por aí, franquear ao aplicador da regra a opção de aplicá-la ou não. Larenz, mesmo, aponta claramente isso ao tratar, pouco adiante, de *lacunas*:

Tal desenvolvimiento jurídico que trasciende a la ley solamente es admisible cuando todos los demás métodos fracasan, y sólo en tanto cuanto se mantenga dentro de los límites de las valoraciones fundamentales del ordenamiento jurídico y pueda ser argumento de forma convincente mediante consideraciones específicamente jurídicas, no siendo admisible que se convierta en cobertura del "arbitrio" judicial.⁹

Aqui, o respeito a esses limites se dá em dupla perspectiva: (i) a uma, porque o argumento recursal era exclusivamente literal, em relação a uma palavra, isoladamente ("caducidade"), intrinsecamente ambígua, inserida em uma regra relativamente antiga (de 1929), produzida em outra língua (originalmente em francês, como consta no Decreto 20.704); (ii) a duas, porque a opção judicial não discrepou daquilo que a lei determina em outros diplomas diretamente relacionados ao ponto tratado (prescrição e decadência) e que seriam enjeitados caso se preferisse a solução extrassistêmica (vale dizer, de interpretação puramente literal).

O acórdão alerta de início sobre o "desafio" para encontrar critério objetivo que permita proceder à distinção entre as modalidades de extinção de direitos e opta pelo caminho de encontrar *na natureza do direito afirmado e alegadamente submetido ao risco da extinção* o núcleo diferenciador das espécies extintivas, escolha que recebeu de Carlos Alberto da Mota Pinto a qualificação de "critério tradicional, clássico".¹⁰

Assim, por reconhecer que o direito discutido no caso é de crédito, tipicamente prestacional, o acórdão, firmemente embasado no critério "tradicional, clássico" da distinção que toma em conta essa natureza do direito material, afirma categoricamente que sua extinção por decurso de prazo, prevista no artigo 29 da Convenção de Varsóvia, tem caráter prescricional e não decadencial, como postulava a transportadora, rejeitando o recurso nesse ponto.

A solução adotada pelo acórdão conforma-se à distinção traçada doutrinariamente no clássico texto de Agnelo Amorim Filho:

Por conseguinte, também se impõe necessariamente, a conclusão de que só na classe dos potestativos é possível cogitar-se da extinção de um direito em virtude do seu não exercício. Daí se infere que os potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de decadência, uma vez que o objetivo e efeito desta é, precisamente, a extinção dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados.

[...]

8. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 91, § 4, II.

9. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 96, § 4, II.

10. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. actual. 7 reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. p. 374, n. 93, V, c.

Deste modo chegamos, por dedução, a esta segunda regra: Os únicos direitos para os quais podem ser fixados prazos de decadência são os direitos potestativos, e, assim, as únicas ações ligadas ao instituto da decadência são as ações constitutivas, que têm prazo especial de exercício fixado em lei.¹¹

Como o caso em exame pelo Superior Tribunal de Justiça era de uma ação condenatória, de caráter regressivo, o prazo extintivo a ela ligado não poderia ser decadencial, e sim prescricional. Via de consequência, o acórdão sob comentário afasta a tese de que o prazo extintivo não se poderia interromper ou suspender, certo que apenas prazos decadenciais são insuscetíveis dessas soluções de continuidade, mas não os prescricionais. A respeito dessa distinção de consequências, Clóvis Beviláqua já afirmava, de modo categórico, que, apesar de dúvidas sobre os critérios diferenciadores dos prazos extintivos (prescrição e decadência), em relação às consequências, entre as quais a possibilidade de interrupção e suspensão, a matéria já era pacificada:

A doutrina ainda não é firme e clara neste domínio, porém, é fóra de dúvida que os melhores escriptores assignalam as diferenças indicadas e procuram destacar, dos phenomenos, as regras geraes, a que estão submetidos.¹²

5. DA INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PELO PROTESTO JUDICIAL E DO MOMENTO DO REINÍCIO DA CONTAGEM

Outra ainda foi a alegação do recurso da transportadora, apresentada em ordem sucessiva à de que o prazo extintivo fosse decadencial, obviamente. Sustentou que a ação cautelar de protesto em procedimento preparatório (prevista pelo Código de Processo Civil de 1973 nos artigos 867 *usque* 873), promovida pela seguradora, não teria interrompido o prazo prescricional. Para assim concluir, afirmou que no momento de sua propositura todos os elementos necessários ao ajuizamento da causa principal já se faziam presentes ou, nas palavras do recurso, transcritas no acórdão, "no momento de sua apresentação já havia *actio nata*, ou seja, a Recorrida naquela oportunidade já poderia ter proposto a presente ação de cobrança".

Igualmente com o que se passou quanto à existência de danos para configuração da responsabilidade civil *stricto sensu*, no ponto, o acórdão submete-se a reconhecer que o aresto da apelação considerou que os motivos que levaram o juízo de primeira instância a deferir o protesto cautelar foram deduzidos na ação cautelar aforada e não foram objeto de controvérsia *no próprio processo cautelar*, tendo a questão sido trazida apenas no âmbito do processo principal, cognitivo.

Por isso, o acórdão delimitou a questão que deveria ser enfrentada no julgamento do recurso como a de ser ou não possível ao juízo, no âmbito da ação principal, cognitiva, reexaminar os "requisitos" para a concessão da medida cautelar, especificamente o do *interesse tutelável* (para a medida cautelar), que era uma das *condições da ação* sob o regime processual pretérito. Estabelecido o limite da devolução recursal, o acórdão analisa os dispositivos legais invocados no recurso e os rejeita, no ponto, por entender que nenhum deles serviria à discussão, em âmbito de recurso especial, do tema pretendido pela transportadora. Portanto, de rigor, o acórdão deixa de examinar (com correta fundamentação processual) a questão posta – se, havendo condições de propositura desde logo da ação condenatória, a opção da parte pelo protesto judicial, porque desnecessária, seria também inútil especificamente para o fim de interromper a prescrição.

A par desses aspectos processuais, sobreleva a questão de direito material pendente que, pela importância, justifica breves considerações.

Se fosse possível o exame dessa questão no âmbito do recurso, ter-se-ia de considerar a natureza do protesto judicial, alinhado entre as medidas cautelares ditas "específicas", no Código de Processo Civil de 1973.

Não há divergência relevante sobre o efeito interruptivo do protesto no prazo prescricional; esse tema é assente e incontroverso.

11. AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit., p. 359-360.

12. BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929. p. 367, § 76.

Sustentou a transportadora, em síntese, que o protesto apenas poderia ter o inegável efeito interruptivo da prescrição caso preenchida o que se pode aqui chamar de uma "condição negativa": se não houvesse, no momento da propositura da ação cautelar de protesto, *actio nata*, isto é, se no momento da propositura da ação cautelar de protesto não fosse possível, ainda, propor diretamente a ação condenatória.

Essa tese, porém, não parece compatível com a função e a natureza do protesto e, em realidade, contém em si um paradoxo fatal.

Desde que Pontes de Miranda explicou os três fenômenos em que se desdobram os direitos subjetivos, e sua dicotomia nos planos do Direito Material e do Direito Processual, ficou mais fácil compreender a função do protesto (seja judicial ou extrajudicial). Os três momentos, do *direito subjetivo*, da *pretensão* e da *ação*, são, como indica Pontes, "posições em vertical", "separáveis".¹³

Em outra obra, com um pouco mais de esclarecimento, afirma Pontes de Miranda:

Antes de existir elemento "violativo", determinante da *actio*, que a faça "nascer" (expressão de que os juristas, desde o direito romano, tanto usam, e.g., "actio nata"), o sujeito tem por si a posição potencial de exigir, tem a *pretensão*, que não é só o estado de poder produzir *actio*, se a violação ocorre, nem só o de perseguibilidade judicial. Que nos importa a crítica de Otto Von Gierke (*DeutschesPrivatrecht*, I, 320), a quem "pretensão" pareceu conceito intermédio, ondulante, entre direito (subjetivo) e ação, se realmente existem esses três estados?¹⁴

Ovídio A. Baptista da Silva, baseando-se na teoria de Pontes de Miranda, avança de modo esclarecedor na distinção:

Definindo-se o direito subjetivo como um *status* jurídico de que goza seu titular, impõe-se distinguir as duas posições básicas que o sujeito do direito poderá assumir, em relação ao próprio direito e perante o titular do dever jurídico ou da obrigação. Em primeiro lugar, a existência do direito subjetivo não implica necessariamente na ideia de seu exercício. Em segundo lugar, poderá haver direito subjetivo sem que haja ainda, ou não mais exista, a faculdade reconhecida ao titular de poder exigir a observância e realização de seu direito. A partir destas considerações, podemos distinguir entre direito subjetivo, *exigibilidade*, inerente ao direito subjetivo, e *exigência efetiva* exercida por seu titular para que o mesmo se realize.

Se sou titular de um crédito ainda não vencido, tenho já direito subjetivo, estou na posição de credor. Há o *status* que corresponde a tal categoria do Direito das Obrigações, porém, ainda não disponho da faculdade de exigir que o devedor cumpra o *dever* correlato, satisfazendo meu direito de crédito. No momento em que ocorrer o vencimento, nascer-me-á uma nova faculdade de que meu direito subjetivo passará a dispor, qual seja, o *poder de exigir* que o devedor preste, satisfaça, cumpra a obrigação. Neste momento, diz-se que o direito subjetivo – que já existia embora se mantivesse em estado de latência – adquire dinamismo, ganhando uma nova potência a que se dá o nome de *pretensão*. Observe-se que a pretensão ainda é uma *potência*, uma mera potencialidade de que o direito subjetivo se reveste, não implicando na ideia de *exercício efetivo da pretensão*, de tal modo que, examinando-se o direito subjetivo nesta perspectiva, devemos distinguir os dois momentos que lhe são inerentes, o da pura exigibilidade e o de sua exigência efetiva.

A partir do momento em que posso exigir o cumprimento do dever que incumbe ao sujeito passivo da relação jurídica, diz-se que o direito subjetivo está dotado de *pretensão*. Se, todavia, embora possa fazê-lo, deixo de exigir do obrigado o cumprimento de sua obrigação, terei, pelo decurso do tempo e por minha inércia, prescrita essa faculdade de exigir o pagamento, ou de um modo geral o cumprimento da obrigação. Haverá, a partir de então, *direito subjetivo* porém não mais pretensão, e conseqüentemente, não mais ação que, como logo veremos, é um momento posterior na vida do direito subjetivo.¹⁵

Assim, fica claro que a pretensão nasce quando o direito subjetivo se torna exigível; ou, dizendo melhor, a exigibilidade, como potência, do direito subjetivo é exatamente a pretensão. O titular do direito pode

13. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 52, § 6, n. 1.

14. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I. Prólogo. p. XIX.

15. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. v. 1. p. 61-62.

exercer a pretensão ou quedar-se inerte, o que é faculdade sua. Mas a exigibilidade do direito subjetivo, quando surge, habilita desde logo o titular a exercê-la, querendo. Se o titular do direito já revestido de pretensão não a exerce durante certo lapso, perde essa pretensão e seu direito subjetivo, incólume na existência, deixa, porém, de ser revestido de exigibilidade, fenômeno que se denomina *prescrição*.

Para impedir a ocorrência da prescrição, o titular do direito *já exigível*, isto é, já dotado de pretensão, deve exercê-la. E, sendo pretensão a exigibilidade (potencial) do direito subjetivo, seu exercício se dá com a *efetiva exigência* do conteúdo do direito, a exigência do interesse juridicamente tutelado. Essa exigência pode ser dar – e isso é o comum dos casos – de modo extrajudicial e mesmo informal, mediante a "cobrança" (no sentido coloquial do termo) feita pelo titular ao seu devedor. Caso persista a inércia do devedor em adimplir, vedada que está a autotutela, restará ao titular do direito exigível buscar o aparelho estatal.

Compreendidos os fenômenos, revela-se que o protesto, assim como a notificação ou a interpelação, constitui precisamente na *formalização desse exercício de pretensão*. Se realizada judicialmente, essa formalização não teria, em essência, nenhuma distinção essencial porque a função do juiz, aí, será apenas a de encaminhar o ato¹⁶ que continua sendo uma *declaração receptícia* cujos efeitos advêm da lei e da vontade da parte, mas não rigorosamente de ato do Estado-juiz. Porém, sob a vigência do Código Civil de 1916, a regra legal expressa exigia que o protesto, para fim interruptivo, se realizasse judicialmente (artigo 172, inciso II), o que deu ensejo, inclusive, à edição do enunciado 153 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, outrora. Com o advento do Código Civil de 2002, porém, houve a inclusão da hipótese de interrupção também pelo protesto cambiário, ficando superado o enunciado sumular.¹⁷

Assim, a ação cautelar específica de protesto limitava-se a ser a *formalização da exigência do direito* e, como tal, um simples exercício de faculdade jurídica realizado em juízo por opção do titular.

Por tudo isso, parece não ter nenhum sentido a alegação de que, havendo possibilidade de propositura desde logo da ação condenatória, mas havendo o titular do crédito preferido protestar judicialmente por seu adimplemento, este não teria função de interromper a prescrição. A interrupção da prescrição se dá pelo exercício da pretensão, que é o contrário da inércia; se esse exercício de pretensão se deu ainda durante o prazo prescricional não completado e foi formalizado judicialmente, ele basta à finalidade legal de interrupção da prescrição, porque o titular inequivocamente não foi inerte. Não poderia, em tal cenário, o devedor beneficiar-se da própria torpeza.

Portanto, era faculdade da seguradora, desde logo, exercer a pretensão de cobrança regressiva ou então apenas ressaltar seu direito, impedindo que sua exigibilidade fosse atingida pelo decurso do tempo. A respeito, veja-se Antônio Luís da Câmara Leal:

Não há dúvida de que a demanda judicial, para exigir ou fazer valer o direito, contra o obstáculo criado ao seu exercício, ou violação, é o meio, por excelência, de que dispõe o titular para interromper a prescrição, mas não é o único. Sem falarmos no protesto judicial, que mereceu um dispositivo especial e do qual trataremos mais adiante, há outros processos, preparatórios da ação, que, constituindo medidas de proteção ao direito, equivalem ao ser exercício pela ação, e devem, portanto, interromper a prescrição.¹⁸

No mesmo sentido a doutrina de Clóvis Beviláqua especificamente a respeito da conservação dos direitos:

Os meios assecuratórios da conservação dos direitos são, segundo a enumeração de Carlos de Carvalho:

1º O protesto;

[...]

16. "Os protestos, notificações e interpelações constituem atos da chamada 'jurisdição' voluntária, nos quais exerce o juiz, de regra, função de mero agente transmissor de comunicação de vontade" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. VIII. t. II. p. 488, n. 173.

17. Acórdão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.231.856/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 04.02.2016 e publicado no *Diário da Justiça eletrônico* de 08.03.2016.

18. CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. 3. ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 178, n. 133.

7º A interpeção judicial.

Os casos em que o emprego desses meios é admissível estão estabelecidos na lei. Assim, o protesto pde ser feito, sempre que a pessoa julgar necessrio para a conservao e resalva do seu direito, ou quando a lei o determinar, como, no caso do art. 1.094, II, e 1.095, do Cod. Proc. Civ., D.F., ou no rateio em concurso de credores, para assegurar preferncia, ou, para resalvar direitos, no caso de no ser aceita ou para a letra (Lei n. 2.044, de 31 de Dez. de 1908, arts. 28 a 33).¹⁹

Sobre esses fundamentos que se afirma a insubsistncia da tese de que o protesto judicial no teria efeito de interromper a prescrio porque a parte dispunha da ao condenatria para demandar.

Ainda quanto a prescrio, houve uma ltima tese no recurso. A transportadora sustentou que, mesmo que se admitisse o protesto judicial como suscetvel de interromper o prazo de prescrio, este deveria voltar a fluir da data da distribuio da ao cautelar de protesto. Por isso, alegou que o aresto recorrido, do tribunal local, deveria ser reformado no ponto em que considerou que o prazo deveria retomar seu curso do trmino desse mesmo processo cautelar.

O acrdio no enfrenta esse ponto por defeito tcnico do recurso: que o recorrente o fundou na pretenso violao aos artigos 219, § 1º, e 263 do Codigo de Processo Civil de 1973 e 202, pargrafo nico, do Codigo Civil de 2002. O acrdio afasta os artigos do Codigo de Processo por impertinentes, porque eles tratam apenas do momento da interrupao, no disciplinando sua durao.

Quanto ao artigo do Codigo Civil de 2002, o acrdio do Superior Tribunal de Justia aponta que os fatos relativos ao processo cautelar de protesto ocorreram durante sua *vacatio legis*, sendo, pois, inaplicvel ao caso, para o qual tem incidncia o Codigo Civil de 1916.

Note-se apenas que, como ressaltado no acrdio em comento, o tribunal de apelo baseou sua deciso na literalidade do artigo 173, *in fine*, do Codigo Civil de 1916, cujo teor que o seguinte: "A prescrio interrompida recomea a correr da data do ato que a interrompeu, ou do ltimo do processo para a interromper".

6. DA INAPLICABILIDADE AO CASO DO CDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA INCIDNCIA DA CONVENO DE VARSVIA – CONCEITO DE "CONSUMIDOR" NO VERIFICADO NA ESPCIE

O principal fundamento do recurso da seguradora para impugnar o acrdio da apelo que limitou o direito de regresso que de que seria aplicvel ao caso o Codigo de Defesa do Consumidor, uma vez que a relao entre sua segurada e as transportadoras seria de consumo, razo pela qual a indenizao deveria ser ampla e integral. Alm desse fundamento, a recorrente alegou a inaplicabilidade da Conveno de Varsvia ao caso porque os danos das mercadorias no guardariam relao direta com os riscos inerentes ao transporte areo, mas decorriam de desidia operacional das transportadoras.

O exame desse fundamento consubstancia o ncleo do acrdio e que minucioso, no apenas na apreciao das razes jurdicas, mas tambm de precedentes do prprio Superior Tribunal de Justia em casos assemelhados. Na spcie, fez uso do *distinguishing*, nus que compete ao tribunal quando confrontado com jurisprudncia ou precedente de caso assemelhado do qual pretenda afastar-se, na esteira do que observa Jos Rogrio Cruz e Tucci, com apoio na doutrina de Robert Alexy.²⁰ O acrdio desincumbe-se desse nus.

Em primeiro lugar, o acrdio afasta a alegao de que os danos nas mercadorias no teriam decorrido do transporte areo e, para assim concluir, baseia-se no apenas no que ficou decidido quanto a esse fato no acrdio da apelo, mas tambm no que ficou dito pela prpria seguradora em rplica e nas contrarrazes a apelo e ao recurso especial.

19. BEVLÁQUA, Clóvis. Op. cit., p. 360, § 73.

20. CRUZ E TUCCI, Jos Rogrio. *Comentrios ao Codigo de Processo Civil*. So Paulo: Ed. RT, 2017. v. VIII. p. 112, n. 346.

Adotando, com base nisso, a premissa de que os danos tiveram relação direta com o transporte aéreo internacional, o acórdão, invocando o artigo 18 da Convenção de Varsóvia (Decreto 20.704/1931), com a redação do Protocolo Adicional 4 – Protocolo de Montreal (assinado em 25 de setembro de 1975 e incorporado ao ordenamento nacional pelo Decreto 2.861, de 07 de dezembro de 1998), declarou incidente ao caso a regra convencional.

Além desse fundamento, o acórdão observou, do cenário fático descrito no aresto da apelação, que as mercadorias adquiridas se constituíam de sistema de discos magnéticos e de *software* de operação e gerenciamento, que seriam utilizados pela adquirente em sua atividade empresarial, de modo a ampliar sua produtividade e seus lucros. Diante disso, invocou precedente da própria Quarta Turma²¹ em que se assentou a incompatibilidade do Código de Defesa do Consumidor a contrato de aquisição de bens que virão a ser integrados ao processo de produção, transformação ou comercialização realizados pelo adquirente. E, ao fazê-lo, o acórdão transcreve trechos do voto do relator designado, no precedente, em que especificamente o ponto é abordado – inaplicabilidade do Código de Consumo diante da natureza intermediária dos bens adquiridos no processo produtivo *lato sensu* (incluindo produção em sentido estrito, distribuição, transformação ou comercialização). Nesse trecho se lê a *ratio decidendi* do precedente, que se desdobra em dois aspectos.

Quanto ao primeiro, o precedente aponta, com apoio na doutrina de Cláudia Lima Marques, que o conceito legal de consumidor que permite a atração da incidência da norma consumerista, sob a interpretação dita *finalista*, exige, como *condição negativa*, que os bens adquiridos não apenas deixem a cadeia de produção *em que foram elaborados*, mas que isso ocorra de modo que eles *não voltem a compor outra cadeia de produção*, sendo empregados para uso próprio do adquirente ou dos seus próximos, sem destinação comercial, industrial ou, de outro modo, especulativa. Assim, se a destinação do bem adquirido for a integração a novo processo produtivo *lato sensu*, estaria descaracterizado o conceito de consumidor e, via de consequência, afastada a incidência do Código de Consumo. A respeito, o relator do acórdão em comento, Ministro Antonio Carlos Ferreira, já pontuara em trabalho de doutrina:

Para a corrente finalista, a tutela do CDC é destinada àquele que adquire o bem como destinatário final, para seu uso próprio, e não para o desenvolvimento de outra atividade negocial. Consumidor é aquele que exaure a função econômica do bem e coloca um fim na cadeia de produção.

A corrente finalista exclui da proteção do CDC o consumidor intermediário e as operações entre comerciantes que visam ao lucro.²²

É importante destacar, inclusive para o caso sob comentário, que essa integração vedada pode incluir a *indireta*, ou seja, aquela que, embora não seja a atividade-fim da cadeia produtiva *lato sensu*, compõe-na, porque se integra a seus insumos ou custos, como se dá, *verbi gratia*, com os sistemas de informática que servirão à gestão do processo produtivo de uma máquina. A propósito, observa José Geraldo Brito Filomeno:

No primeiro caso, trazemos como exemplo a aquisição de alimentos, preparados ou não, para fornecimento aos operários de uma fábrica ou então a compra de máscaras proteção contra poeiras tóxicas. No segundo, a contratação de serviços de dedetização de um galpão industrial ou serviços de educação para a creche construída para os filhos dos operários.

Resta evidente, por conseguinte, que eventuais deteriorações ou contaminações dos referidos alimentos em prejuízo da empresa adquirente a transforma em manifesta consumidora, assim como na hipótese de descumprimento das normas atinentes à fabricação das mencionadas máscaras contra poeiras tóxicas.

Ou ainda, e por fim, no caso de prestação de serviços de educação de forma insuficiente ou em desacordo com o que ficara estipulado.

21. Acórdão do Recurso Especial 1.162.649/SP, redator designado para o acórdão o Ministro Antonio Carlos Ferreira, publicado na *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 240, p. 143 e ss.

22. FERREIRA, Antonio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 1, ano 1, p. 35.

Diferentemente, não pode ser considerada consumidora a empresa que adquire máquina para a fabricação de seus produtos ou mesmo uma copiadora para seu escritório e que venha a apresentar algum vício. Isso porque referidos bens certamente entram na cadeia produtiva e nada têm a ver com o conceito de destinação final.²³

Portanto, ainda que o bem adquirido não integre diretamente a cadeia produtiva, participando dela, todavia, como insumo, mesmo que obliquamente, pelo critério finalístico resta afastado o conceito de consumidor para seu adquirente. E é sob essa compreensão que o acórdão recebe os fatos conforme foram delineados na instância de apelação para concluir que os discos magnéticos e softwares, danificados no transporte aéreo, integravam, mesmo que indiretamente, o processo produtivo da segurada da recorrente, o que a excluía do conceito legal de consumidora e, por conseguinte, afastava a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

O ponto tem relevo porque, segundo consta do relatório do acórdão, a seguradora, em seu recurso especial, alegou que ao caso seria irrelevante a destinação a ser dada aos discos magnéticos e respectivos softwares, devendo dela ser destacado o serviço de transporte do qual a segurada era destinatária final e não simples intermediadora. O enfoque da integração indireta do serviço não chegou a merecer uma abordagem frontal no acórdão que, todavia, aparentemente de modo indireto, recusou a tese recursal de completa autonomia do contrato de transporte em relação ao processo produtivo para o qual foram adquiridos os discos magnéticos e sistemas de informática, nos seguintes termos:

Por outro lado, segundo o Tribunal de origem, o contrato firmado pela empresa segurada, Columbia Storage Integração de Sistemas Ltda., "versa transporte de sistema de discos magnéticos e de software de operação e gerenciamento, que certamente, seriam utilizados na atividade industrial da tomadora, não podendo, portanto, subsumir-se à regras da legislação consumerista" (e-STJ fl. 683). Destinando-se os bens transportados ao implemento da atividade empresarial da segurada, ampliando a produtividade e os seus lucros, a orientação adotada no sentido de afastar o CDC encontra apoio no acórdão desta Turma, proferido no julgamento do REsp n. 1.162.649/SP, j. em 13.5.2014, DJe de 18.8.2014, que transitou em julgado após o indeferimento liminar de embargos de divergência [...].

Ainda que sem enfrentamento direto, fato é que a integração indireta do bem ou serviço ao processo produtivo do adquirente também tem o condão de afastar a conceituação deste como consumidor, segundo a teoria finalista, impedindo, dessarte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como fez o acórdão. O segundo ponto diz respeito à conceituação sob o aspecto essencialmente subjetivo de consumidor: independentemente da finalidade do bem adquirido, também se amolda ao conceito de consumidor o adquirente de bem que esteja em franca situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência em relação ao vendedor. O trecho do precedente antes indicado,²⁴ que foi transcrito no acórdão sob comentário, destaca que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido essa conceituação subjetiva e, por ela, "atenuado a incidência da teoria finalista". No mesmo sentido, anota o Ministro Antonio Carlos Ferreira em artigo de doutrina:

O STJ, após longos debates, optou pela teoria finalista em sua modalidade mitigada. O marco dessa tomada de posição deu-se em 10.11.2004, no julgamento do REsp 541.867/BA. Nada obstante, com certa frequência, os rigores da aplicação da teoria finalista têm sido atenuados em julgados nos quais se admite a incidência do Código de Defesa do Consumidor em relações jurídicas envolvendo consumidores profissionais, quando comprovada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.²⁵

23. GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 32. Grifo nosso.

24. Acórdão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.162.649/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, relator para o acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 13.05.2014, publicado no *Diário da Justiça eletrônico* de 18.08.2014.

25. FERREIRA, Antonio Carlos. Op. cit., p. 36-37.

Apesar disso, não há notícia, no relatório ou em qualquer outra parte do acórdão, de que tenha sido alegada essa hipossuficiência ou vulnerabilidade da adquirente diante das transportadoras.

Por essas razões, o acórdão rejeita o recurso no ponto em que pretendia a aplicação ao caso do Código de Defesa do Consumidor.

7. DA INAPLICABILIDADE AO CASO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E DA INCIDÊNCIA DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA – *DISTINGUISHING* COM PRECEDENTES DAS TURMAS QUE COMPÕEM A SEGUNDA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desonerando-se do encargo que, como se disse antes com apoio na doutrina de José Rogério Cruz e Tucci, era do órgão judiciário, o acórdão aponta precedentes da 3ª e da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça contrários ao precedente invocado por ele como fundamento, mas enfrenta a questão e procede à distinção entre os casos. Nesses precedentes²⁶ os órgãos judiciários entenderam como inaplicável a “indenização tarifada contemplada na Convenção de Varsóvia, inclusive na hipótese em que a relação jurídica estabelecida entre as partes não se qualifique como de consumo”²⁷.

O acórdão em comento esclarece que esses precedentes contrários efetivamente decidiram que,

mesmo nas hipóteses em que a relação jurídica estabelecida não seja consumerista, a indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia não mais poderia ser aplicada, considerando o princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita (art. 5º, V e X, da CF/1988) e o afastamento, sob esse enfoque, do princípio processual da especialidade, admitindo a incidência da norma do art. 944 do CC/2002, que também disciplina a ampla indenização, e do art. 732 do mesmo Código.

Portanto, o acórdão deixa claro que os precedentes contrários tinham por *ratio decidendi* o princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita e a incidência dos artigos 732 e 944 do Código Civil de 2002.

Passa, então, a transcrever trechos do precedente que indicou como *leading case*²⁸ em que o Superior Tribunal de Justiça inicialmente apontou a existência de aparente colisão de normas entre a Convenção de Varsóvia (norma especial e anterior, mesmo à Ordem Constitucional) e, de outro lado, o Código Civil (norma geral e posterior).

A partir disso, o relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, afirma que a adoção simples dos critérios clássicos de resolução de conflito aparente de normas poderia levar à conclusão da prevalência do critério da especialidade sobre o da anterioridade. Contrapõe a isso, porém, o que chama de “força normativa conferida às referidas normas pela Constituição Federal” e argumenta, com apoio em doutrina de José de Oliveira Ascensão e Maria Helena Diniz, que a prevalência da norma especial, mesmo que mais antiga, só deve ser admitida se a solução por ela preconizada decorrer das “necessidades próprias do setor específico por ela regulado”.

Segue, desse ponto, argumentando sobre o anacronismo da limitação indenizatória que serviria, nessa óptica, para proteger um serviço de transporte incipiente e muitíssimo arriscado na época da celebração da convenção internacional, mas que hoje não mais teria tais características. Conclui, na esteira da

26. Acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.289.629/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 20.10.2015, publicado no *Diário da Justiça eletrônico* de 03.11.2015; acórdão da Terceira Turma no Agravo Regimental no Recurso Especial 1.421.155/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 12.04.2016, publicado no *Diário da Justiça eletrônico* de 19.04.2016; acórdão da Quarta Turma no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 782.548/RJ, relator Ministro Raul Araújo, julgado em 17.03.2016, publicado no *Diário da Justiça eletrônico* de 13.04.2016.

27. Ementa do acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.289.629/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 20.10.2015, publicado no *Diário da Justiça eletrônico* de 03.11.2015.

28. Acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.289.629/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 20.10.2015, publicado no *Diário da Justiça eletrônico* de 03.11.2015.

doutrina que citou, afirmando que a evolução tecnológica do transporte aéreo teria tornado anacrônica a norma especial. Transcreve, também, precedente do Supremo Tribunal Federal que lhe ampararia,²⁹ mas faz a ressalva de que a conclusão da não recepção da indenização tarifada pela ordem constitucional de 1988, afirmada no julgado referido, o foi apenas em caráter *obiter dictum*. Com essa *ratio decidendi*, o acórdão sob análise afasta a similaridade do precedente como caso sob julgamento no tocante às regras do Código Civil de 2002 porque os fatos ocorreram ainda sob a égide do Código Civil de 1916. Ademais, observa que as regras dos artigos 944³⁰ e 732³¹ do vigente Código Civil não constavam do Código Civil revogado, sendo inovações legais. Finalmente, em relação ao princípio constitucional da reparação integral previsto no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição de 1988, o acórdão afirma que, para utilizá-lo contra a Convenção de Varsóvia, deveria ser observada a cláusula de reserva de plenário constante do artigo 97 da Constituição,³² não podendo a Quarta Turma deixar de aplicar norma jurídica (a Convenção de Varsóvia) por suposta inconstitucionalidade, ainda que não haja declaração expressa dessa inconstitucionalidade, como preconiza a Súmula Vinculante 10,³³ uma vez que a Convenção foi regularmente incorporada ao ordenamento jurídico nacional, valendo em igualdade de condições com as leis ordinárias. O acórdão ainda estabelece que não poderia simplesmente afetar o julgamento da questão à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, pois isso implicaria em modo oblíquo de subverter as competências dos Tribunais Superiores, uma vez que caiba ao Supremo Tribunal Federal julgar sobre a compatibilidade constitucional de normas, merecendo registro, ainda, o fato de que não houve interposição de recurso extraordinário.

Diante desses fatos, o acórdão recusa a aplicação do Código Civil de 2002 e examina o mérito da causa sob a incidência da Convenção de Varsóvia, sem proceder ao cotejo dele com a Constituição.

8. RESOLUÇÃO DE CASO SEMELHANTE, COM REPERCUSSÃO GERAL, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Deve ser informado, por fim, que, *posteriormente* ao acórdão sob exame, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou recurso extraordinário com repercussão geral,³⁴ pelo qual se manifestou no mesmo sentido do acórdão comentado, assentando, no Tema 210, a prevalência da Convenção de Varsóvia sobre a legislação consumerista em relação a contratos de transporte aéreo internacional. O acórdão está assim ementado:

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados

29. Acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 351.750, relator Ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão Ministro Carlos Britto, julgado em 17.03.2009, publicado no *Diário da Justiça eletrônico* de 25.09.2009.

30. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

31. Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.

32. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

33. Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

34. Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 636.331/RJ, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25 de maio de 2017, publicado no *Diário da Justiça eletrônico* de 13.11.2017.

internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor". 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento.

A partir dessa decisão tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sob o regime da repercussão geral, restou, portanto, afirmada com efeitos de precedente a solução que havia sido encontrada pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, sob comentário. O acórdão do Supremo Tribunal Federal reconhece a divergência que se instalou naquela Corte sobre o conflito entre a Convenção de Varsóvia e o Código de Defesa do Consumidor quanto aos contratos de transporte aéreo internacional e aponta os três aspectos necessários à resolução dessa controvérsia:

(1) o possível conflito entre o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor e a regra do art. 178 da Constituição Federal; (2) a superação da aparente antinomia entre a regra do art. 14 da Lei 8.078/90 e as regras dos arts. 22 da Convenção de Varsóvia e da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional; e (3) o alcance das referidas normas internacionais, no que se refere à natureza jurídica do contrato e do dano causado.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça sob comentário, como se disse antes, deixou de examinar a alegação de contrariedade à Constituição pela prevalência da norma convencional sobre o Código de Defesa do Consumidor em razão de a competência do Superior Tribunal de Justiça não abranger o exame de questões constitucionais. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, afastou a alegação de contrariedade à Constituição afirmando que convivem, na ordem constitucional, a defesa do consumidor e o cumprimento das normas internacionais adotadas pelo Brasil quanto ao transporte aéreo internacional. Aponta que regra expressa da própria Constituição em sua redação original, do artigo 178, *caput*, impõe a compatibilização entre a competência legislativa interna, em matéria de transporte internacional, e o cumprimento das normas internacionais, adotados pelo Brasil, na matéria. Estabeleceu, assim, a tese para aplicação prospectiva do precedente com repercussão geral nos seguintes termos:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

9. CONCLUSÕES

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça, ora comentado, resolveu importantes questões de direito federal suscitadas no recurso que lhe foi submetido e que versavam sobre ação regressiva de seguradora contra o causador de danos a mercadorias compradas por seu segurado e que foram indenizados pela seguradora.

O acórdão afastou a natureza decadencial do prazo extintivo previsto no artigo 29 da Convenção de Varsóvia, reconhecendo seu caráter prescricional pela natureza do direito regulado por essa norma ser de direito prestacional, de crédito. Em decorrência, admitiu que tal prazo é passível de suspensão e interrupção. Ademais, o acórdão reafirma a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido do uso da teoria finalística como balizadora da definição de incidência do Código de Defesa do Consumidor quando da qualificação das relações jurídicas. Por esse motivo, afasta, na espécie, a incidência do Código do Consumidor, dando aplicação à Convenção de Varsóvia, que contém regra de limitação da indenização.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 7, ano 3, p. 343-375.

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.
- CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*. 3. ed. atual por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. VIII.
- FERREIRA, Antonio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 1, ano 1, p. 27-40.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. 3. ed. Madrid: Edersa, 1978.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. actual. 7ª reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. VIII. t. II.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. RT, 1970. t. I.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. v. I.

MÁRCIO LUIZ FOGAÇA VICARI

*Advogado. Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito
(Largo de São Francisco) da Universidade de São Paulo (USP).
marcio@vicari.adv.br*

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente e negou provimento ao recurso especial de UNIBANCO AIG SEGUROS S/A e ao recurso especial de UNITED PARCEL SERVICE CO, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 16 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Trata-se de recursos especiais interpostos por UNITED PARCEL SERVICE CO. (e-STJ fls. 732/751 e 827/828) e por UNIBANCO AIG SEGUROS S.A., ambos com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da CF, contra acórdãos do TJSP assim ementados:

"PRESCRIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – FLUÊNCIA DO PRAZO INTERROMPIDA COM A NOTIFICAÇÃO DOS APELANTES
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – NÃO INCIDÊNCIA – CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE MERCADORIAS – RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CARACTERIZADA – TRANSPORTE DE BEM DE PRODUÇÃO
RESPONSABILIDADE CIVIL – TRANSPORTE AÉREO DE CARGA – AVARIAS – NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR – PRESUNÇÃO DE DOLO OU CULPA GRAVE DAS APELANTES – AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO TARIFADA PARA INCIDÊNCIA DO ARTIGO 25 DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA – NÃO CABIMENTO – JULGAMENTO *EXTRA PETITA* – INDENIZAÇÃO LIMITADA A 17 DIREITOS ESPECIAIS DE SAQUE POR QUILO – RECURSOS PROVIDOS EM PARTE
ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – RESPONSABILIDADE DA AUTORA POR 80% DAS CUSTAS E DAS RÉIS POR 20%
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RESPONSABILIDADE DA AUTORA – FIXAÇÃO EM 10% SOBRE O VALOR DO DÉBITO – CONSIDERAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA PARCIAL" (e-STJ fl. 680).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – CONTRADIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – EFEITO INFRINGENTE – EMBARGOS REJEITADOS" (e-STJ fl. 728).

UNITED PARCEL SERVICE CO. alega que se trata "de ação regressiva apresentada pela Recorrida, Unibanco AIG Seguros, em face da ora Recorrente, United Parcel Service, e de sua litisconsorte, Bax Global do Brasil Ltda. Sustenta a seguradora Recorrida que indenizou sua cliente (segurada), a empresa Columbia Storage, na quantia de R\$ 901.987,83 (novecentos e um mil, novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e três centavos), em decorrência dos danos causados às mercadorias transportadas pela ora Recorrente, que teriam chegado no destino (Aeroporto de Viracopos) avariadas" (e-STJ fl. 733). Acrescenta que "em primeiro grau a demanda foi julgada procedente. Em sede recursal, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo houve por bem reformar a r. sentença, *em parte*, para limitar a indenização ao disposto na Convenção de Varsóvia, dando provimento parcial à apelação desta Recorrente" (e-STJ fl. 733).

Sustenta violação do art. 29, item 1, da Convenção de Varsóvia, deduzindo os seguintes argumentos:

"Conforme observado com profundidade no v. acórdão, aplica-se ao presente caso concreto a Convenção de Varsóvia (Decretos nºs 20.704/31, 31/63, 2.860/98 e 2.861/98, cf. Protocolos de Haia e Montreal), por determinação do art. 178 da Constituição Federal (cf. EC 7/95), e, igualmente, por não se cingir a relação jurídica originária, da qual decorre o direito de regresso da seguradora ora Recorrida, ao Código de Defesa do Consumidor.

O art. 29, nºs 1 e 2, da Convenção de Varsóvia possui a seguinte redação:

'Artigo 29

1. A ação de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada, ou do dia em que a aeronave deveria ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte.

2. O prazo será computado de acordo com a lei nacional do tribunal que conhecer da questão'

Como se infere do texto da lei, trata-se de prazo de *caducidade*, isto é, de natureza *decadencial*: 'a *caducidade*, *diversamente da prescrição*, é fato extintivo. Com sua *caracterização extingue-se o direito* e, por consequência, *precluem também a prescrição, a ação e a exceção de direito material*' (VILSON RODRIGUES ALVES, *Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil*, 3ª ed., Servanda, p. 717) – grifado. O v. acórdão, contudo, afastou essa alegação (trazida na contestação, em petição anterior ao julgamento, referendada nos memoriais, e no citado Parecer de juriconsulto, cabendo lembrar que a decadência se conhece *de ofício*, cf. art. 219, § 2º, do CPC e arts. 193, 207, 210 do CC/02), sob este argumento:

'não prevalece a interpretação literal do art. 29 da Convenção de Varsóvia, que se refere a caducidade da ação. As imprecisões terminológicas são evidentes. Em primeiro lugar, o decurso do prazo não atinge a ação, direito de pleitear a tutela jurisdicional e regulado em sedes constitucional e processual. (...). Além do mais, tratando-se de direito de crédito, o não exercício no prazo legal implica prescrição, não decadência, fenômeno ligado aos denominados direitos potestativos'.

Essa exegese do v. acórdão, acima, do art. 29, 1, da Convenção de Varsóvia está equivocada e acaba por afrontar o referido dispositivo.

Conforme ressaltou com absoluta propriedade o PARECER DE FLÁVIO YARSELL, com transcrição da mais renomada doutrina, inclusive estrangeira, o prazo em questão tem natureza decadencial e, conseqüentemente, não é de prescrição. Tampouco se sustenta a tese de que se trataria de direito a crédito, pois, neste caso, prevalece a vontade do legislador, que, incontestavelmente, quis estabelecer a decadência.

[...]

Posto isso, cumpre considerar que, na espécie, a carga chegou ao destino em **12/07/2001** (fls. 84), tendo sido a presente demanda distribuída apenas em **19/07/2004** (fls. 02), restando superado o prazo **decadencial** de 2 (dois) anos estabelecido no art. 29, 1, da Convenção de Varsóvia, que, portanto, restou infringido pelo v. acórdão.

Tratando-se, destarte, o prazo do art. 29, 1, da Convenção de Varsóvia, de **prazo decadencial, que não se interrompe nem se suspende por qualquer motivo** (art. 207, CC/02), tampouco por ação de protesto, a ação deveria ser julgada **improcedente**, devendo ser reformado o v. acórdão para esse fim, invertidos totalmente os ônus da sucumbência" (e-STJ fls. 734/737).

Apresenta precedentes para comprovar a divergência jurisprudencial nessa parte (cf. fls. 743/747).

Afirma haver contrariedade aos arts. 219, § 5º, 868, 869 e 871 do CPC/1973 e 202, I e II, do CC/2002, tendo em vista que "a medida cautelar de protesto ajuizada pela Recorrida não teve o condão de interromper o curso da prescrição, pois no momento de sua

apresentação já havia *actio nata*, ou seja, a Recorrida naquela oportunidade já poderia ter proposto a presente ação de cobrança" (e-STJ fl. 737). Aduz que "o chamado '*protesto judicial interruptivo da prescrição*' deve estar fundado em uma **relevante razão** que autorize sua apresentação com vistas a impedir o curso do prazo prescricional, **sob pena de ineficácia**" (e-STJ fl. 738), ou seja, "a medida deve estar suficientemente fundada, pois não serve para *burlar* ou *fraudar* a fluência do prazo prescricional quando a parte já detém todos os elementos para ajuizar, de imediato, a ação de cobrança do crédito" (e-STJ fl. 738). Destaca que os arts. 868 e 869 do CPC/1973 "exigem que o protesto se encontre embasado em fatos e razões relevantes, que demonstrem o **legítimo interesse**, isto é a necessidade da medida, do contrário ela resta ineficaz para os objetivos almejados" (e-STJ fl. 739). Explica, ainda, que:

"Outrossim, não prospera o argumento utilizado pelo v. Acórdão para manter a capacidade do protesto judicial ajuizado pela Recorrida de interromper o prazo da prescrição, no sentido de que '*os motivos pelos quais a tutela provisória era necessária foram deduzidos pela autora e não se tornaram controvertidos*'.

Isto porque os protestos dessa espécie são deferidos automaticamente e, como não prevêem defesa do notificado, a eficácia da medida deve ser averiguada **depois**, na eventual ação de cobrança, quando então deverá o juiz perquirir se, no dia do ajuizamento do protesto cautelar, já poderia, ou não, o credor deduzir sua pretensão de cobrança. Se a conclusão for negativa, a solução será, *invariavelmente*, declarar a **ineficácia** do protesto proposto sub-repticiamente para o fim de 'interromper' o curso da prescrição iniciada.

[...]

Portanto, ao exigir o v. Acórdão que os motivos do protesto fossem controvertidos pela ora Recorrente, **acabou por infringir o art. 871 do CPC**, segundo o qual '*o protesto ou interpeleção não admite defesa nem contraprotesto nos autos*'.

Os arts. 868, 869 e 871 do CPC devem ser, ainda, lidos em conjunto com o **art. 202, incisos I e II, do Código Civil**, que estabelece que a interrupção da prescrição se dá por protesto, DESDE QUE o interessado a promova '**na forma da lei processual**'. Ora, cultos Ministros, como já havia *actio nata*, o referido protesto **não** foi deduzido '*na forma da lei processual*', motivo por que ele não produziu eficácia alguma, nos termos do art. 202, II, do CPC, que igualmente restou infringido pelo v. Acórdão ora recorrido.

Finalmente, tratando-se de prescrição, desimportante saber se houve ou não *controvérsia antecedente* sobre a razoabilidade jurídica do protesto interruptivo da prescrição ajuizado pela Recorrida. **A uma**, porque, como observado acima, a verificação da eficácia da medida cautelar de protesto se dá após o ajuizamento da ação de cobrança, conforme o art. 202, II, do Código Civil c/c arts. 868, 869 e 871 do CPC. Se o juiz entender que o protesto não foi deduzido na forma da lei processual, já que a parte não tinha interesse justificado, porquanto existia *actio nata* quando do seu ajuizamento, deve considerar como não interrompido o prazo prescricional (art. 202, II, CPC). **A duas**, a prescrição pode ser conhecida **ex officio**, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC. O v. acórdão, ao exigir provocação da Recorrente sobre o tema, violou expressamente o § 5º do art. 219 do CPC, pois a questão é cognoscível de ofício" (e-STJ fls. 739/740).

Alega violação dos arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973 e 202, parágrafo único, do CC/2002, sendo certo que, "mesmo atribuindo *efeitos válidos* ao referido 'protesto interruptivo da prescrição' ajuizado pela Recorrida, a ação foi proposta **fora** do prazo legal de 2 (dois) anos previsto no art. 29, 1, da Convenção de Varsóvia, visto aqui como *prazo prescricional* apenas para argumentar" (e-STJ fl. 740). "Isto porque, o prazo prescricional eventualmente interrompido **retoma seu curso a partir da data da distribuição da aludida ação cautelar de protesto interruptivo**, nos termos do **art. 219, § 1º, e 263 do CPC**" (e-STJ 740). Dessa forma, o *dies a quo* a partir do qual deve ser contada a prescrição, nos casos em que sua 'interrupção' se dá mediante ajuizamento de **protesto**, não é o dia '*do último ato praticado no protesto*', como mencionado no v. acórdão recorrido, mas sim o **DIA DO PROTOCOLO** (data da distribuição da notificação judicial/protesto), consoante os julgados deste Colendo Tribunal" (e-STJ fl. 741). No presente caso, "a interrupção da prescrição deu-se em **12 de julho de 2002**, dia em que foi **distribuída** a cautelar de protesto (fls. 108). A presente demanda de cobrança, todavia, foi proposta em **14 de julho de 2004** (fls. 02), dois dias *após* escoado o prazo prescricional" (e-STJ fls. 742/743). Entende haver divergência jurisprudencial nesse ponto (*cf.* e-STJ fls. 747/749).

Aduz que "as mercadorias transportadas pela ora Recorrente foram desembarcadas no Aeroporto de Viracopos em julho de 2001, tendo sido **recebida** pelos representantes da empresa Columbia, segurada da Recorrida Unibanco AIG Seguros, **sem qualquer ressalva imediata com relação à sua integridade**" (e-STJ fl. 749), e que o art. 26 da Convenção de Varsóvia, "similar ao art. 754 do CC", busca "evitar exatamente o que ocorreu no caso concreto, quando os reclamos só foram consignados pela destinatária **depois que as mercadorias estavam depositadas nas mãos da INFRAERO**, oportunidade em que foram encontradas pelo destinatário **tombadas umas sobre as outras**"(fl. 749). Com isso, "viola o art. 26 da Convenção de Varsóvia a condenação da transportadora ao pagamento de mercadorias, por supostas avarias, se estas não foram consignadas pela via adequada, qual seja, a ressalva do destinatário" (e-STJ fl. 750). Argumenta, também, que "as anotações sobre o estado do pacote, do *container* ou da caixa, **externos**, jamais foram suficientes, na prática do comércio exterior, para 'substituir' ou 'dispensar' a imediata averiguação das cargas, **internamente**, a ensejar a *ressalva formal* (protesto) prevista tanto na Convenção de Varsóvia (art. 26) quanto no Código Civil (art. 754), pelo **importador (recebedor da carga)**" (e-STJ fl. 750).

A recorrente UNITED PARCEL SERVICE CO. reiterou o seu recurso especial na petição de fl. 827 (e-STJ).

O segundo recorrente, UNIBANCO AIG SEGUROS S.A., afirma que se vale "do presente recurso especial para se insurgir contra o v. acórdão que deixou de observar

que se tratando de relação típica de consumo, a relação entre agentes de cargas (empresas responsáveis pelo transporte aéreo das mercadorias seguradas) e consignatário (segurado) é regida pela Lei nº 8078/90, não há que se falar em limitação de responsabilidade, consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça" (e-STJ fl. 843). Ademais, o TJSP "aplicou, indevidamente, a limitação da Convenção de Varsóvia, principalmente porque, considerando que os danos descritos na petição inicial não guardam relação direta com os riscos inerentes ao transporte aéreo, a limitação não se aplica ao caso concreto" (e-STJ fl. 843).

Após mencionar precedentes desta Corte Superior (cf. e-STJ fls. 844/846), argumenta que "pouco importa a destinação que seria dada aos discos magnéticos e software de operação, o segurado era, neste caso específico, destinatário final da obrigação de transporte" (e-STJ fls. 846). Entende que "a hipótese, no caso, está alcançada pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual 'consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final'. O segurado da Recorrente, pessoa jurídica, contratou o serviço de transporte das Recorridas, que se esgotou. Esse serviço de transporte, observe-se, não foi repassado a outrem; o segurado não é simples intermediador do mesmo, mas, sim, o destinatário final da obrigação de transporte" (e-STJ fl. 846). Com isso, "o Código de Defesa do Consumidor" seria "aplicável ao transporte internacional de mercadorias e afasta, conseqüentemente, a Convenção Internacional para ações de reparação de danos decorrentes do 'fato do serviço'" (e-STJ fl. 846).

Destaca que a Convenção de Varsóvia prevê "a possibilidade de reparação de dolo ou culpa grave das empresas transportadoras" (e-STJ fl. 847), essa última verificada no presente caso, cita precedente deste Tribunal Superior que adota o princípio constitucional da igualdade, "inserido no art. 5º da Constituição da República" (e-STJ fl. 848), e afirma que "os danos noticiados nos autos não decorrem dos riscos inerentes ao transporte aéreo, mas sim de desídia operacional das demandadas, empresas que se comprometeram com a seguradora a realizar o transporte internacional, ao permitir que os bens fossem avariados antes de chegar ao seu destino final" (e-STJ fl. 850).

Especificamente acerca da sub-rogação, a recorrente esclarece que "a pretensão de ressarcimento em regresso em destaque é apresentada por uma Seguradora, sub-rogada nos direitos do consignatário da carga que teve a remessa avariada durante o período em que a carga permaneceu sob a custódia do transportador. Contudo, seu direito à reparação de danos não está condicionado a qualquer limitação" (e-STJ fl. 850). Não se poderia falar, então, "em limitação de responsabilidade porque se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao transporte aéreo internacional, incidindo sob o caso em destaque o artigo 6º, inciso VI da Lei n. 8.078/90" (e-STJ fl. 850).

UNITED PARCEL SERVIÇE CO. (e-STJ fls. 911/931) e BAX GLOBAL DO BRASIL LTDA. (e-STJ fls. 933/943) apresentaram contrarrazões ao recurso interposto por UNIBANCO AIG SEGUROS S.A.

A seguradora, por sua vez, protocolizou contrarrazões ao recurso especial de UNITED PARCEL SERVICE CO. (e-STJ fls. 949/955).

O recurso da UNITED foi admitido na origem (e-STJ fls. 957/960) e o do UNIBANCO teve seguimento em decorrência do provimento do Agravo de Instrumento n. 1.201.664/SP, em 1º.3.2011, Relator Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe de 10.3.2011.

Não consta dos autos a interposição de recurso extraordinário.

É o relatório.

EMENTA

DIREITO EMPRESARIAL. IMPORTAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. MERCADORIAS AVARIADAS. FATOS OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DO CC/1916. NÃO INCIDÊNCIA DO CC/2002. SEGURADORA. RESSARCIMENTO. SUB-ROGAÇÃO. AÇÃO REGRESSIVA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. INDENIZAÇÃO TARIFADA. AÇÃO CAUTELAR DE PROTESTO. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL.

1. A expressão "destinatário final" contida no art. 2º, *caput*, do CDC deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o referido diploma, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Sob esse enfoque, como regra, não se pode considerar destinatário final para efeito da lei protetiva aquele que, de alguma forma, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização.

2. As normas do CDC não são aplicáveis à aquisição e à importação de sistema de discos magnéticos e de *software* por empresa, não hipossuficiente nem vulnerável, no intuito de incrementar sua atividade industrial, ampliar a gama de produtos e aumentar os lucros. Igualmente, não se aplica o referido diploma ao transporte aéreo internacional dos referidos bens, por representar mera etapa do ato complexo de importar.

3. Afastado o CDC no caso concreto e ocorridos os fatos na vigência do CC/1916, incide a Convenção de Varsóvia e seus aditivos ao transporte aéreo internacional para efeito de indenização tarifada.

4. A jurisprudência do STJ confere à seguradora sub-rogada os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado a quem indenizou, nos termos do art. 988 do CC/1916. Concretamente, portanto, o direito da seguradora sub-rogada restringe-se à indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia e seus aditivos.

5. O princípio constitucional da reparação integral, fundamentado no art. 5º, V e X, da CF/1988, não pode ser adotado no âmbito de Turma deste Tribunal Superior para efeito de afastar a aplicação da Convenção de Varsóvia, diploma específico que foi incorporado no ordenamento jurídico interno "nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os

atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa" (ADI/MC n. 1.480-3 – DF, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, DJ de 18.5.2001). Incide, no caso, a vedação contida na Súmula Vinculante n. 10, do STF, segundo a qual "viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

6. Ressaltando-se que o Tribunal de origem aplicou a Convenção de Varsóvia quanto à indenização tarifada e que a ora recorrente nem mesmo cuidou de interpor recurso extraordinário para, eventualmente, discutir a inconstitucionalidade de tal limitação, incabível arguir a inconstitucionalidade perante a CORTE ESPECIAL deste Tribunal, tendo em vista que tal iniciativa representaria uma forma de contornar a distribuição da competência nas instâncias superiores, feita pela Constituição Federal, que remete ao STF as discussões acerca da violação de dispositivos constitucionais. Nesse sentido: AI no REsp n. 1.135.354/PB, Rel. originário Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. para acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28.2.2013.

7. O prazo de 2 (dois) anos para propor ação de responsabilidade civil disciplinado no art. 29 da Convenção de Varsóvia tem natureza prescricional, não decadencial, daí estar sujeita às causas interruptivas, entre elas o protesto judicial deferido.

8. O entendimento do Tribunal estadual de que os motivos que justificariam a cautelar de protesto não poderiam ser afastados na presente ação ordinária foi impugnado no recurso especial mediante indicação de dispositivos legais inadequados para tal fim, que não alcançam o tema.

9. Hipótese em que a Corte local, fundamentada no art. 173 do CC/1916, em vigor na época dos fatos, decidiu que a interrupção do prazo prescricional perdurou até a conclusão do processo cautelar de protesto. Os arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973, entretanto, indicados pela recorrente como contrariados, dizem respeito, apenas, ao momento inicial da interrupção, não cuidando do seu período de duração, isto é, se o prazo prescricional volta a correr no dia seguinte ao da prática do respectivo ato ou se permanece interrompido, no presente caso, até o final da cautelar de protesto.

10. Quanto ao art. 202, parágrafo único, do CC/2002, igualmente colacionado no recurso, embora discipline o tema pertinente ao período de interrupção do prazo prescricional, não se aplica à hipótese dos autos. A cautelar de protesto foi atuada e distribuída em 15.7.2002, o Juiz deferiu a notificação respectiva em 18.7.2002, o mandado de notificação foi cumprido em 8.8.2002, e o despacho liberando o processo para ser entregue ao requerente foi publicado em 23.8.2002. Em tal contexto, qualquer que seja o ato processual a ser considerado, a interrupção do prazo se deu na vigência do sistema legal disciplinado no CC/1916, razão pela qual o Tribunal de origem invocou, tão somente, o art. 173 do referido diploma, nem mesmo enfrentado expressamente pela recorrente.

11. O fato de o art. 202, parágrafo único, do CC/2002 – impropriamente referido na peça recursal – corresponder, com alguns ajustes, ao art. 173 do CC/1916 é irrelevante para o conhecimento do recurso. Por se tratar de dever da parte mencionar as normas federais violadas, é vedado a este colegiado indicar a norma correta em substituição àquela mencionada pela recorrente, sob pena de ferir, também, o princípio processual da isonomia, disciplinado nos arts. 125, I, do CPC/1973 e 139, I, do CPC/2015. Caso em que não se está diante de mero equívoco material sanável. Precedente.

12. O art. 26, 1, da Convenção de Varsóvia disciplina a presunção relativa quanto ao bom estado das mercadorias entregues, permitindo prova em contrário na hipótese de o recebimento ocorrer sem nenhuma ressalva. Além disso, não especifica quais serão as provas válidas, admitindo-se, portanto, amplo suporte probatório. No presente caso, o Tribunal de origem afastou tal presunção considerando incontroversas as avarias, constatadas no dia seguinte ao do desembarque, confirmadas por vistoria posterior e aceitas pela própria transportadora. Em tal circunstância, a reforma do acórdão recorrido, nesse ponto, esbarra na vedação contida na Súmula n. 7 do STJ, que impede o simples reexame de provas na instância especial.

13. Recursos especiais conhecidos em parte e desprovidos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator):

Trata-se, na origem, de "ação regressiva de ressarcimento" proposta por UNIBANCO AIG SEGUROS S.A., na qualidade de sub-rogado nos direitos e ações da segurada COLUMBIA STORAGE INTEGRAÇÃO DE SISTEMAS LTDA., contra BAX GLOBAL DO BRASIL LTDA. e contra UNITED PERCEL SERVICE, buscando ser indenizada da importância de R\$ 901.987,83 (novecentos e um mil, novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e três centavos), além dos respectivos encargos, por fatos ocorridos na vigência do Código Civil de 1916. Narrou o autor que:

"A empresa segurada da autora, no exercício regular de suas atividades empresariais, importou bens necessários ao bom desenvolvimento dos seus trabalhos.

O contrato de venda e compra internacional e a operação de exportação, foram realizados conforme as regras de comércio exterior, tendo a segurada da autora cumprido rigorosamente todas as formalidades legais que lhe competia.

Os documentos anexos, auto-explicativos, dão conta dos referidos negócios e da regularidade de todos os procedimentos levados a efeito pela autora.

Para operar a tradição do contrato de venda e compra, a autora precisou celebrar um outro negócio jurídico: contrato de transporte internacional.

Assim, contratou os serviços das rés para o transporte aéreo dos bens desde os Estados Unidos da América até o Brasil.

As rés, cumprindo o quanto determinado pela lei, emitiram o(s) competente(s) conhecimento(s), instrumentalizando a obrigação de transporte assumida junto à segurada da autora.

Este instrumento prova a relação contratual entre a ré e a segurada da autora sendo o 'AIR WAYBILL' a prova documental da relação negocial e de consumo já sustentada.

Para cobrir os riscos do transporte aéreo a segurada da autora celebrou com a própria o também anexo contrato de seguro, do ramo transporte internacional.

[...]

No caso concreto, valeu-se a importadora, segurada da Autora, da modalidade mais comum desse seguro no mercado nacional, qual seja, aquela visando à cobertura dos bens em todo o trajeto entre as dependências do exportador e as suas próprias, segundo os critérios custo e frete, vale dizer, o valor integral dos bens importados e o custo operacional do transporte (contraprestação ao transportador aéreo).

Assim, dando cumprimento às cláusulas e condições do seguro contratado, a empresa segurada informou à autora, tempestivamente, a compra (importação, embarque e transporte de uma remessa de *'equipamentos eletrônicos (sistemas de discos magnéticos de grande porte acompanhados de software exclusivo, acondicionados em caixas de madeira e/ou papelão 'paletizadas' dotadas de sensor de impacto'*).

[...]

Para surpresa geral, dado os renomes que as ré desfrutam no mercado internacional, a carga confiada para transporte **não** foi desembarcada íntegra de bordo do veículo transportador.

Com faz prova a documentação anexa, a destacada remessa chegou em Viracopos gravemente AVARIADA.

[...]

Deflui daí que a responsabilidade das ré pelas graves avarias aos bens em questão é fato absolutamente incontroverso.

[...]

Honrando o contrato de seguro, a autora indenizou sua segurada, vítima original dos danos, sub-rogando-se em todos os seus direitos e ações.

[...]

Logo, pelos bens extraviados, a autora sofreu um prejuízo total de expressivos R\$ 901.987,83 (novecentos e um mil e novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e três centavos), valor este que não é atualizado desde o dia 27 de fevereiro de 2001, data do pagamento da indenização de seguro (sub-rogação), sendo de se proceder a devida atualização monetária no momento oportuno" (e-STJ fls. 21/27).

O pedido foi julgado procedente em primeiro grau, sendo os réus condenados "no pagamento de R\$ 901.987,83 ao autor, atualizados pelos índices da tabela judicial a partir de 10.04.02, com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação" (e-STJ fl. 419), fixando-se a verba honorária em 10% sobre o valor do débito corrigido. Acerca do mérito, o magistrado considerou que:

"3. Consistente a pretensão na medida em que, na espécie, foram alçados à categoria de incontroversos, arts. 300, 302 e 34, II, do Código de Processo Civil, os fatos relativos à conclusão dos contratos de transporte aéreo internacional e a avaria das mercadorias após o início da execução da obrigação, conforme o termo de vistoria aduaneira, págs. 85/90; outrossim, que a perda ocorreu dentro da esfera de guarda, conservação, vigilância e disposição dos réus, surgindo, por conseguinte, o direito subjetivo à sub-rogação da indenização pecuniária cabal, equivalencial à extensão dos danos experimentados pelo segurador, págs. 105-6, tanto pela inserção implícita da cláusula de indenidade em operações mercantis desse jaez, neutralizando o argumento quanto à assunção da condição de mera domiciliatária, como pela violação do dever supletivo imposto no art. 80 do Código Civil e art. 102 do Código Comercial, conjugados com o art. 25 da Convenção de Varsóvia.

4. Ressarcimento não restrito à quantidade de peso do produto, em conformidade com a limitação imposta no art. 22, n. 2, da Convenção de Varsóvia, porque na hipótese, foram satisfeitos os extremos do suporte fático-normativo do art. 25, *dolo non praestando* (cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Responsabilidade Civil*, RJ, Forense, 2ª ed., pág. 240, n. 192, 1990), esterilizando aquela outra disposição tendente à minimização, mediante tarifas prefixadas, das importâncias indenizáveis (cf. PONTE DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, RJ, Borsoi, 2ª ed., Tomo XLV/172, § 4.887, n. 2, 1964).

5. Depois, segundo a lógica ordinária das coisas e os conhecimentos geralmente aplicados em litígios idêntico – que tais intuitivos, dispensaram prova a respeito, arts. 126 e 335 do Código de Processo Civil –, imperou a presunção de que os réus atuaram com culpa grave e acentuada, circunvizinha do dolo eventual, tipificado o ato ilícito, donde a prevalência do valor mais favorável ao lesado na sub-rogação, art 948 do Código Civil, uma vez que incumbidos por vinculação convencional pela conservação, cuidado, vigilância e guarda da mercadoria, atuaram com negligência inexplicável, omissão contributiva, de forma direta e imediata, para a avaria da carga composta de volumes com dimensão substancial e, aliás, nem sequer clarificando ou identificando a causa do sinistro.

6. Ai residiu a vistoria incúria, voluntária e juridicamente relevante à solução, porquanto antevendo as deficiências e ineficiências dos aeroportos, – fato notório –, aceitaram o risco da logística não se precavendo do sinistro, como *v.g.*, com a contratação ou instituição de sistema eficaz de proteção privada, de custo pouco expressivo, impedindo ou dificultando a superveniência dum acontecimento de probabilidade de verificação objetivamente aferível em tempos presentes. Pouco importando, por tais razões, que não foi efetuada a declaração especial de valor dos objetos integrantes da operação diante do comportamento aqui exteriorizado, conducente à incidência dos efeitos do preceito invocado.

7. Em outros termos: 'Em todas essas situações encontramos uma obrigação preestabelecida, por força da qual incumbe ao obrigado certa diligência, no sentido de manter íntegra, a fim de restituir em ocasião oportuna, a coisa que lhe foi confiada. Daí bem se pode dizer que ao art. 79 se aplica a culpa aquiliana ou extra-contratual, ao passo que o art. 80 tem em vista a culpa contratual em sentido lato. O incumbido de conservar coisa alheia é responsável pela destruição da mesma, se se lhe puder imputar falta de cuidado ou negligência, decide o art. 80' (cf. EDUARDO ESPÍNOLA, *Manual do Código Civil Brasileiro* de PAULO DE LACERDA, RJ, J. Ribeiro dos Santos, 2ª ed., Volume III/136-7, 1ª parte, n. 33, 1929). Ainda: 'São, pois, obrigações do transportador, derivados do contrato, a de levar pessoa ou coisa ao destino combinado, dentro do prazo estabelecido e nas condições estipuladas, zelando pela segurança e conservação com toda a diligência possível e exigível' (cf. J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Curso de Direito Comercial Marítimo e Aeronáutico*, RJ, Freitas Bastos, 3ª ed., pág. 510, n. 294, 1961). Foi o bastante" (e-STJ fls. 417/419).

Os embargos de declaração opostos pelas rés foram rejeitados (e-STJ fls. 432 e 438).

O TJSP (i) afastou a tese de prescrição e declarou que não se cuidava de prazo decadencial, (ii) entendeu que a eventual desnecessidade de notificação judicial não se tornou controvertida, não sendo admissível afastá-los nesta sede; (iii) repeliu a pretendida aplicação do CDC; (iv) considerou incontroversos o contrato de transporte e as avarias na mercadoria, tornando-as impróprias para o uso; (v) reconheceu a responsabilidade das rés pelo evento; (vi) limitou a indenização "a 17 Direitos Especiais de Saque por quilo, ou seja, 24.242 DES (17 x 1.426 kg)" com fundamento nos protocolos adicionais que modificaram a Convenção de Varsóvia. Deu parcial provimento aos recursos de apelação das rés, então, apenas quanto à limitação do valor indenizatório, fixando e distribuindo nova verba honorária, e rejeitou os respectivos embargos de declaração.

I. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POR UNIBANCO AIG SEGUROS

S.A.

Devo submeter a este colegiado, em primeiro lugar, o recurso especial interposto por UNIBANCO AIG SEGUROS S.A. por discutir qual o diploma legal que disciplina o presente caso – o CDC ou a Convenção de Varsóvia –, para efeito de limitar o valor da indenização.

A seguradora entende que o contrato de transporte aéreo internacional celebrado entre a segurada e as rés tem natureza de relação de consumo, incidindo ainda o princípio constitucional da igualdade. Por isso a indenização devida pelas rés não estaria

limitada aos valores da Convenção de Varsóvia, devendo ser ampla, integral, na forma do CDC. Tal pretensão, no entanto, não merece acolhimento.

Inicialmente, extraído do acórdão recorrido que o dano ocorreu durante o transporte aéreo internacional, sendo oportuno reproduzir as seguintes passagens da fundamentação do TJSP:

"A apelada aponta, porém, observação feita pela depositária, quanto ao estado em que a mercadoria foi entregue pela transportadora (fls. 348, 352 e 532).

De fato, não obstante as alegações das apelantes, o documento de fls. 83 revela a existência de avarias. Intimada a indicar a fonte da informação e demonstrar o significado dos códigos, a apelada prestou os devidos esclarecimentos (fls. 553/558), não impugnados pelas litisconsortes passivas.

A prova documental permite concluir, portanto, pela responsabilidade da transportadora. Ao que tudo indica, há nexos entre o transporte e os danos" (e-STJ fl. 684).

Destaco que as "fls. 348, 352 e 532" – renumeradas como e-STJ fls. 382, 386 e 575, respectivamente –, mencionadas no texto acima, dizem respeito à réplica e às contrarrazões à apelação apresentadas pela seguradora, ora recorrente, peças nas quais foi mencionado o fato de que "o depositário, antes da carga lhe ser confiada (ou seja, ainda sob a custódia da transportadora) lançou as seguintes ressalvas: diferença de peso, amassado, refitado e furado". As mencionadas contrarrazões, a propósito, foram enfáticas:

"A causa determinante para que os danos narrados na petição inicial ocorressem foi, sem sombra de dúvidas, o forte choque sofrido pela carga durante o transporte aéreo. Diz-se esse trauma ocorreu sob a custódia das apelantes porque, por ocasião do desembarque da remessa no Aeroporto de Viracopos em 17 de julho de 2011, o lote segurado foi recepcionado pela Infraero com as seguintes ressalvas: 'diferença de peso, amassado, refitado e furado' (ressalvas essas contidas no MANTRA/SISCOMEX representados pelas letras A, C, G e H)" (e-STJ fl. 575).

Acrescento que tal afirmação foi reiterada pela ora recorrente, seguradora, nas contrarrazões que apresentou aos recursos especiais interpostos pelas partes adversas. Confira-se a afirmação feita de seguradora:

"É muito importante observar Excelência que o depositário, antes da carga lhe ser confiada (ou seja, ainda sob a custódia da transportadora) lançou as seguintes ressalvas: diferença de peso, amassado, refitado e furado.

Não há como se ter dúvidas: os danos foram causados sob a custódia do transportador" (e-STJ fls. 952/953).

Com efeito, as avarias ocorreram durante o transporte aéreo internacional, fato assim disciplinado no art. 18 da Convenção de Varsóvia (Decreto n. 20.704/1931), com a redação do Decreto n. 2.861/1998 ("Promulga o Protocolo Adicional nº 4, assinado em Montreal, em 25 de setembro de 1975 ..."):

"Artigo 18

1 Responde o transportador pelo dano decorrente de destruição, perda ou avaria de bagagem despachada, desde que o fato que causou o dano haja ocorrido durante o transporte aéreo.

2 Responde o transportador pelo dano decorrente de destruição, perda ou avaria da mercadoria sob a condição única de que o fato que causou o dano haja ocorrido durante o transporte aéreo.

3 Entretanto, o transportador não será responsável se provar que a destruição, perda ou avaria da mercadoria resultar exclusivamente de um ou mais dos fatos seguintes:

- a) natureza ou vício próprio da mercadoria;
- b) embalagem defeituosa da mercadoria feita por pessoa que não o transportador ou seus prepostos;
- c) ato de guerra ou conflito armado;
- d) ato da autoridade pública executado em relação com a entrada, saída ou trânsito da mercadoria.

4. Transporte aéreo, para efeito dos itens precedentes é o período durante o qual a bagagem ou as mercadorias se acham sob a guarda do transportador, seja em aeroporto, seja a bordo da aeronave, seja em qualquer outro lugar, em caso de pouso fora do aeroporto.

5. O período do transporte, aéreo não abrange nenhum transporte terrestre, marítimo ou fluvial, efetuado fora do aeroporto.

Todavia, quando na execução do contrato de transporte aéreo, se efetuar quaisquer desses transportes para o carregamento, a entrega ou a baldeação, presume-se que o dano resultou de fato ocorrido durante o transporte aéreo, salvo prova em contrário."

Por outro lado, segundo o Tribunal de origem, o contrato firmado pela empresa segurada, COLUMBIA STORAGE INTEGRAÇÃO DE SISTEMAS LTDA., "versa transporte de sistema de discos magnéticos e de software de operação e gerenciamento, que certamente, seriam utilizados na atividade industrial da tomadora, não podendo, portanto, subsumir-se à regras da legislação consumerista" (e-STJ fl. 683). Destinando-se os bens transportados ao implemento da atividade empresarial da segurada, ampliando a produtividade e os seus lucros, a orientação adotada no sentido de afastar o CDC encontra apoio no acórdão desta Turma, proferido no julgamento do REsp n. 1.162.649/SP, j. em 13.5.2014, DJe de 18.8.2014, que transitou em julgado após o indeferimento liminar de embargos de divergência, assim ementado:

"DIREITO EMPRESARIAL. IMPORTAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. DANO EM EQUIPAMENTO HOSPITALAR. RAIOS X. SEGURADORA. RESSARCIMENTO. AÇÃO REGRESSIVA. SUB-ROGAÇÃO. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. PRESCRIÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. INDENIZAÇÃO TARIFADA.

1. Não se aplica a prescrição anual disciplinada nos arts. 178, § 6º, II, do CC/1916 e 449, II, do Código Comercial à ação proposta pela seguradora, como sub-rogada, contra a empresa de transporte aéreo causadora do dano ao segurado.

2. Comprovado nas instâncias ordinárias que o equipamento hospitalar importado, danificado durante o transporte aéreo, era destinado à segurada, o pretendido reconhecimento da ilegitimidade ativa da seguradora sub-rogada, no caso concreto, esbarra na vedação contida no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

3. A expressão 'destinatário final' contida no art. 2º, *caput*, do CDC deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o referido diploma, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Sob esse enfoque, como regra, não se pode considerar destinatário final para efeito da lei protetiva aquele que, de alguma forma, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo

de produção, transformação ou comercialização.

4. As normas do CDC não são aplicáveis à aquisição e à importação de aparelho de raio X por entidade hospitalar, não hipossuficiente nem vulnerável, no intuito de incrementar sua atividade, ampliar a gama de serviços e aumentar os lucros. Igualmente, não se aplica o referido diploma ao transporte aéreo internacional de respectivo equipamento, por representar mera etapa do ato complexo de importar.

5. Afastado o CDC no caso concreto, incide a Convenção de Varsóvia e seus aditivos ao transporte aéreo internacional, que impõem a indenização tarifada equivalente a 17 (dezesete) Direitos Especiais de Saque (DES) para efeito de reparar os danos causados à mercadoria transportada. Afasta-se a indenização tarifada quando efetuada declaração especial de valor mediante o pagamento de eventual taxa suplementar (Protocolo Adicional n. 4, art. 22, item 2, 'b'), o que não é a hipótese destes autos.

6. A jurisprudência do STJ confere à seguradora sub-rogada os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado a quem indenizou, nos termos do art. 988 do CC/1916, em vigor na época dos fatos deste processo. Concretamente, portanto, o direito da seguradora sub-rogada restringe-se à indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia e seus aditivos.

7. Recurso especial parcialmente provido."

No referido julgado, no qual fui designado Relator para acórdão, o Tribunal de origem havia afastado a indenização tarifada por entender que incidiria o CDC, sendo certo que o recurso especial foi provido, por maioria, nesta Turma para limitar o valor indenizatório com fundamento na Convenção de Varsóvia, reconhecido expressamente que não estaria caracterizada relação de consumo. Especificamente acerca do mencionado tema, assim fiz constar do meu voto, que reitero para este caso com o propósito manter o acórdão ora recorrido, o qual, no ponto, manteve a indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia:

"III. INDENIZAÇÃO TARIFADA: ARTS. 22, ITEM 2, DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E 2º DO CDC

O Tribunal de origem afastou a indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia por entender que estaria caracterizada relação de consumo entre o hospital segurado e a transportadora e que as normas do CDC prevaleceriam em relação à referida convenção e sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986).

A recorrente, FEDEX, sustenta que os arts. 22, item 2, da Convenção de Varsóvia e 2º do CDC foram violados porque (i) incidiria a convenção pelo princípio da especialidade e (ii) a Sociedade Beneficente das Senhoras do Hospital Sírio Libanês, importadora do equipamento, não poderia ser considerada destinatária final dos serviços de transporte, descaracterizando-se a relação de consumo no contrato de transporte.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte converge no sentido de que o CDC, quando verificada a relação de consumo, prevalece sobre a Convenção de Varsóvia e sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, podendo-se citar, v.g.:

'AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA (INDENIZATÓRIA) - DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DE EXTRAVIO DE BAGAGEM EM VÔO AÉREO INTERNACIONAL - PREVALÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL - HARMONIA ENTRE O ENTENDIMENTO ADOTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM E A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.
INSURGÊNCIA RECURSAL DA RÉ.

[...]

2. Em hipótese como a dos autos, na qual se pleiteia a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos decorrentes do extravio de sua bagagem, em transporte aéreo internacional, a jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de prevalência das normas do Código de Defesa do Consumidor em detrimento da Convenção de Varsóvia.

3. Agravo regimental a que se nega provimento' (AgRg no REsp n. 1.314.620/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 24.10.2013).

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. ATRASO DE VOO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ.

1. As indenizações tarifadas previstas nas Convenções Internacionais (Varsóvia, Haia e Montreal) não se aplicam ao pedido de danos morais decorrentes de má prestação do serviço de transporte aéreo internacional, prevalecendo o Código de Defesa do Consumidor.

2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ).

3. Em hipóteses excepcionais, quando manifestamente irrisório ou exorbitante o valor da indenização, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice, para possibilitar a revisão.

4. No caso concreto, a indenização fixada pelo juízo singular em R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e mantida pelo Tribunal local não se revela excessiva.

5. Agravo regimental desprovido' (AgRg no AREsp n. 39.543/RJ, da minha relatoria, QUARTA TURMA, DJe de 27.11.2012).

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. SEGURADORA SUB-ROGA-SE NOS DIREITOS DO SEGURADO EM AÇÃO DE REGRESSO. A INDENIZAÇÃO PELO EXTRAVIO DE MERCADORIA, APÓS O ADVENTO DO CDC, NÃO SEGUE O TARIFAMENTO DO PACTO DE VARSÓVIA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO' (AgRg no REsp n. 1.181.252/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe de 20.8.2012).

Entretanto, no presente caso, divergindo do entendimento adotado pelos eminentes Ministros Relator e MARCO BUZZI, entendo que o CDC não se aplica, tendo em vista que o contrato de transporte objeto destes autos não decorre de relação que se pode qualificar como de consumo, mas de simples relação jurídico-obrigacional de índole mercantil.

Nos termos do art. 2º, *caput*, do CDC, 'consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final'.

A expressão 'destinatário final', por sua vez, deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o CDC, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, em regra, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio.

Evidentemente, sob esse enfoque, não se pode considerar destinatário final aquele que, de alguma forma, com propósito meramente comercial, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização. Confira-se, a respeito, a lição de CLÁUDIA LIMA MARQUES:

'Para os *finalistas*, como eu, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela

só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, conviria delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não necessita dela, quem é consumidor e quem não é. Os finalistas propõem, então, que se interprete a expressão 'destinatário final' do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básico do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º.

Destinatário final seria aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida 'destinação final' do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição.

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Parece-me que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurada um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.

As exceções, sempre nesta visão teleológica, devem ser estudadas pelo Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu, uma vez que a vulnerabilidade pode ser fática, econômica, jurídica e informacional, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade (uma farmácia); interpretar o art. 2º de acordo com o *fim da norma*, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a estes profissionais. Note-se que neste caso se presume que a pessoa física seja sempre consumidora frente a um fornecedor e se permite que a pessoa jurídica vulnerável prove sua vulnerabilidade' (Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 68/69).

No caso presente, a aquisição do equipamento de *raio x* destina-se a ampliar a prestação de serviços pelo hospital ao destinatário final, que é o paciente. Em outras palavras, a aquisição do bem tem como objetivo único incrementar a atividade da instituição hospitalar, ampliando e melhorando a gama de serviços e aumentando os lucros.

Sob esse enfoque, não se pode conceber o contrato de transporte isoladamente. Na verdade, a importação do equipamento de *raio x* tem natureza de ato complexo, envolvendo (i) a compra e venda propriamente dita, (ii) o desembarço para retirar o bem do país de origem, (iii) o eventual seguro, (iv) o transporte e (v) o desembarço no país de destino mediante o recolhimento de taxas, impostos etc. Tais etapas do ato complexo de importação, conforme o caso, podem ser efetivadas diretamente por agentes da própria empresa adquirente – no caso o hospital – ou envolver terceiros contratados para cada fim específico. Mas esta última possibilidade – contratação de terceiros –, por si, não permite que se aplique separadamente, a cada etapa, normas legais diversas da incidente sobre o ciclo completo da importação.

Partindo da premissa incontroversa de que a importação – aí incluídos todos os atos praticados e contratos celebrados ao longo do respectivo ciclo – visa a incrementar a atividade econômica, hospitalar, não há como considerar a importadora, Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês, destinatária final do ato complexo de

importação nem dos atos e contratos intermediários, entre eles o contrato de transporte, para os propósitos da tutela protetiva da legislação consumerista.

A meu ver, aplica-se aqui o mesmo entendimento adotado nesta Corte nos casos de financiamento bancário ou de aplicação financeira com o propósito de ampliar capital de giro e de fomentar a atividade empresarial. O capital obtido da instituição financeira, evidentemente, destina-se, apenas, a fomentar a atividade industrial, comercial ou de serviços e, com isso, ampliar os negócios e o lucro. Daí que a tais operações não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pela ausência da figura do consumidor, definida no art. 2º do referido diploma. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. FINANCIAMENTO EMPRESARIAL. CDC. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. RESTITUIÇÃO EM DOBRO. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. JUROS MORATÓRIOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ARTIGO APONTADO COMO VIOLADO. SÚMULAS 282 E 356/STF. APLICAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência deste Sodalício é uníssona quanto a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos casos em que o financiamento obtido pelo empresário for destinado precipuamente a incrementar sua atividade negocial, não podendo ser qualificado como destinatário final, porquanto inexistente a pretendida relação de consumo. Precedentes.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento' (AgRg no AREsp n. 386.182/AP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 28.10.2013).

'PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO BANCÁRIO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCESSO DE EXECUÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. MÚTUO BANCÁRIO PARA OBTENÇÃO DE CAPITAL DE GIRO. INAPLICABILIDADE DO CDC. DECISÃO MANTIDA.

[...]

3. A empresa que celebra contrato de mútuo bancário com a finalidade de obtenção de capital de giro não se enquadra no conceito de consumidor final previsto no art. 2º do CDC. Precedente.

4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, a que se nega provimento' (AgRg no AREsp n. 71.538/SP, desta Relatoria, QUARTA TURMA, DJe de 4.6.2013).

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE FRANQUIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA.

1.- Conforme entendimento firmado por esta Corte, o critério adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido.

2.- No caso dos autos, em que se discute a validade das cláusulas de dois contratos de financiamento em moeda estrangeira visando viabilizar a franquia para exploração de Restaurante 'Mc Donald's', o primeiro no valor de US\$ 368.000,00 (trezentos e sessenta e oito mil dólares) e o segundo de US\$ 87.570,00 (oitenta e sete mil, quinhentos e setenta dólares), não há como se reconhecer a existência de relação de consumo, uma vez que os

empréstimos tomados tiveram o propósito de fomento da atividade empresarial exercida pelo recorrente, não havendo, pois, relação de consumo entre as partes.

3.- Agravo Regimental improvido' (AgRg no REsp n. 1.193.293/SP, SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 11.12.2012).

'CONTRATO DE FACTORING. RECURSO ESPECIAL. CARACTERIZAÇÃO DO ESCRITÓRIO DE FACTORING COMO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À AVENÇA MERCANTIL, AO FUNDAMENTO DE SE TRATAR DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INVIABILIDADE.

1. As empresas de *factoring* não são instituições financeiras, visto que suas atividades regulares de fomento mercantil não se amoldam ao conceito legal, tampouco efetuam operação de mútuo ou captação de recursos de terceiros. Precedentes.

2. 'A relação de consumo existe apenas no caso em que uma das partes pode ser considerada destinatária final do produto ou serviço. Na hipótese em que produto ou serviço são utilizados na cadeia produtiva, e não há considerável desproporção entre o porte econômico das partes contratantes, o adquirente não pode ser considerado consumidor e não se aplica o CDC, devendo eventuais conflitos serem resolvidos com outras regras do Direito das Obrigações'. (REsp 836.823/PR, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJ de 23.8.2010).

3. Com efeito, no caso em julgamento, verifica-se que a ora recorrida não é destinatária final, tampouco se insere em situação de vulnerabilidade, porquanto não se apresenta como sujeito mais fraco, com necessidade de proteção estatal, mas como sociedade empresária que, por meio da pactuação livremente firmada com a recorrida, obtém capital de giro para operação de sua atividade empresarial, não havendo, no caso, relação de consumo.

4. Recurso especial não provido' (REsp n. 938.979/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 29.6.2012).

'EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EFEITO INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULAS RURAIS. INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. DESTINATÁRIO FINAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA N.7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Desqualifica a condição de consumidor final a utilização dos recursos obtidos mediante financiamento por meio de cédulas rurais para a compra de insumos e o fomento da produção.

[...]

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento' (Edcl no REsp n. 1.171.343/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 27.9.2011).

Entendo que, da mesma forma que o financiamento e a aplicação financeira mencionados fazem parte e não podem ser desmembrados do ciclo de produção, comercialização e de prestação de serviços, o contrato de transporte igualmente não pode ser retirado do ato complexo de importar equipamento para ampliar os serviços no hospital em apreço. Observe-se que, num e noutro caso, está-se diante de uma engrenagem complexa, que demanda a prática de vários outros atos com o único escopo de fomentar a atividade da pessoa jurídica. No caso presente, almejam-se lucros mediante a utilização do equipamento na cadeia produtiva, e, sem o respectivo transporte para o Brasil, tal objetivo ficaria inviabilizado.

Nessa linha de entendimento, trago os seguintes precedentes da TERCEIRA TURMA,

nos quais, para efeito de afastar a relação de consumo, o contrato de transporte foi vinculado à finalidade do bem transportado de incrementar a atividade da empresa contratante:

'DIREITO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGAS. ATRASO. CDC. AFASTAMENTO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. APLICAÇÃO.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. Em situações excepcionais, todavia, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista, para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

4. Na hipótese em análise, percebe-se que, pelo panorama fático delineado pelas instâncias ordinárias e dos fatos incontroversos fixados ao longo do processo, não é possível identificar nenhum tipo de vulnerabilidade da recorrida, de modo que a aplicação do CDC deve ser afastada, devendo ser preservada a aplicação da teoria finalista na relação jurídica estabelecida entre as partes.

5. Recurso especial conhecido e provido' (REsp n. 1.358.231/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 17.6.2013).

'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE MULTIMODAL DE CARGAS. EXTRAVIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SUB-ROGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. NÃO APLICAÇÃO DO CDC. CONTRATO MERCANTIL. ATRAÇÃO DOS ENUNCIADOS SUMULARES N. 7 E 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO' (AgRg no Ag n. 1.291.994/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 6.3.2012).

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – TRANSPORTE MARÍTIMO - AVARIAS NAS CARGAS TRANSPORTADAS - AÇÃO DE REGRESSO PROPOSTA PELA SEGURADORA - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO GENÉRICA - APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF - PRESCRIÇÃO - INAPLICABILIDADE DO CDC À ESPÉCIE - PRAZO ANUAL APLICÁVEL – ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESACORDO COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO' (AgRg no REsp n. 1.221.880/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, DJe de 2.10.2012).

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCADORIA. SEGURADORA. COBRANÇA. PRESCRIÇÃO CIVIL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO.

1. Esta Corte já firmou entendimento de que, ao efetuar o pagamento da indenização ao segurado em decorrência de danos causados por terceiro, a seguradora sub-roga-se nos direitos daquele, podendo, dentro do prazo

prescricional aplicável à relação jurídica originária, buscar o ressarcimento do que despendeu, nos mesmos termos e limites que assistiam ao segurado.

2. No caso de não se averiguar a relação de consumo no contrato de transporte firmado, já decidiu esta Corte Superior que é de 1 (um) ano o prazo prescricional para propositura de ação de segurador sub-rogado requerer da transportadora o ressarcimento pela perda da carga. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido' (AgRg no REsp n. 1.169.418/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe de 14.2.2014).

Finalmente, não se desconhece que esta Corte tem atenuado a incidência da teoria finalista, aplicando o Código de Defesa de Consumidor quando, apesar de relação jurídico-obrigacional entre comerciantes ou profissionais, estiver caracterizada situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência. Confira-se, v.g.:

'AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VENDA PELA INTERNET. CARTÃO DE CRÉDITO CLONADO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO CONSUMERISTA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULAS STJ/5 E 7. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.

1.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade, hipótese não observada caso dos autos.

[...]

3.- Agravo Regimental improvido' (AgRg no AREsp n. 328.043/GO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 328.043/GO).

'EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO EM CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO, MANTENDO HÍGIDA A DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL.

IRRESIGNAÇÃO DA EXECUTADA

[...]

4. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica.

O Tribunal de origem asseverou não ser a insurgente destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente. Inviabilidade de reenfratamento do acervo fático-probatório para concluir em sentido diverso, aplicando-se o óbice da súmula 7/STJ. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido' (Edcl no AREsp n. 265.845/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 1º.8.2013).

'DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA PROTEÇÃO DE PESSOA JURÍDICA. TEORIA FINALISTA APROFUNDADA. REQUISITO DA VULNERABILIDADE NÃO CARACTERIZADO. EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO ASSUMIDA EM MOEDA ESTRANGEIRA. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO ATACADO.

1.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista

para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

2.- No caso dos autos, tendo o Acórdão recorrido afirmado que não se vislumbra a vulnerabilidade que inspira e permeia o Código de Defesa do Consumidor, não há como reconhecer a existência de uma relação jurídica de consumo sem reexaminar fatos e provas, o que veda a Súmula 07/STJ.

[...]

4.- Agravo Regimental a que se nega provimento' (AgRg no REsp n. 1.149.195/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 1º.8.2013).

'EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. TEORIA FINALISTA. DESTINATÁRIO FINAL. NÃO ENQUADRAMENTO. VULNERABILIDADE. AUSÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ.

[...]

2. Consoante jurisprudência desta Corte, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva).

3. Esta Corte tem mitigado a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica.

4. Tendo o Tribunal de origem assentado que a parte agravante não é destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente, é inviável a pretensão deduzida no apelo especial, uma vez que demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que se sabe vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7 desta Corte.

5. Agravo regimental a que se nega provimento' (Edcl no Ag n. 1.371.143/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 17.4.2013).

No presente caso, entretanto, além de não apreciado tal aspecto, tem-se que o hospital importador não revela vulnerabilidade ou hipossuficiência, o que afasta a incidência das normas do CDC.

Inexistindo relação de consumo entre o segurado e a transportadora, circunstância que impede a aplicação das regras específicas do CDC, há que ser observada a Convenção de Varsóvia, que regula especificamente o transporte aéreo internacional, dispondo o art. 22, item 2, alínea 'b', assim:

'b) No transporte de mercadorias limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, salvo declaração especial de valor feita pelo expedidor no momento de confiar os volumes ao transportador e mediante pagamento de uma eventual taxa suplementar. Neste caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao valor real da mercadoria' (Protocolo Adicional n. 4, assinado em Montreal, em 25 de setembro de 1975, promulgado no Brasil pelo Decreto federal n. 2.861, de 7.12.1998).

A indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia, portanto, equivalente a '17 Direitos Especiais de Saque por quilograma', deve prevalecer, ressaltando-se não haver notícia de 'declaração especial de valor' apresentada pelo hospital importador na forma do art. 22, item 2, alínea 'b', acima reproduzido. Ora, se o importador,

contratualmente, preferiu não fazer a referida 'declaração', não há dúvida de que livremente optou pelo risco de receber a indenização tarifada. Ou seja, desembolsou menos pelo transporte, mas, por escolha própria, correu um risco maior, o que, no âmbito das relações comerciais, é absolutamente legal. Por isso, acautelou-se por meio de um contrato de seguro."

Convém registrar que tanto o referido precedente quanto o presente processo dizem respeito a transportes e a danos ocorridos ainda na vigência do CC/1916.

Devo mencionar, no entanto, que este colegiado, assim como a TERCEIRA TURMA, proferiram julgados que, nas respectivas fundamentações, são contrários, em parte, ao mencionado precedente de minha relatoria. Tratam, todavia, de fatos ocorridos na vigência do CC/2002, sendo oportuno reproduzir as respectivas ementas, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PROMOVIDA POR SEGURADORA, EM REGRESSO, PELOS DANOS MATERIAIS SUPOSTOS PELA EMPRESA SEGURADA, DECORRENTES DO DEFEITO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO (EXTRAVIO DE MERCADORIA DEVIDA E PREVIAMENTE DECLARADA, COM INEQUÍVOCA CIÊNCIA DO TRANSPORTADOR ACERCA DE SEU CONTEÚDO). RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR PELO EXTRAVIO DAS MERCADORIAS. INDENIZAÇÃO TARIFADA PREVISTA NA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA. INAPLICABILIDADE. RELAÇÃO CONSUMERISTA. NÃO CARACTERIZAÇÃO, SENDO, POIS, IRRELEVANTE, PARA A INTEGRAL RESPONSABILIZAÇÃO DO TRANSPORTADOR. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. PROPOSIÇÃO. ANTINOMIA DE NORMAS. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. INSUFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA INDENIZABILIDADE IRRESTRITA. OBSERVÂNCIA. INSUBSISTÊNCIA DAS RAZÕES QUE JUSTIFIQUEM TRATAMENTO PROTETIVO AO TRANSPORTE AÉREO, EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior perfilha, atualmente, o entendimento de que, estabelecida relação jurídica de consumo entre as partes, a indenização pelo extravio de mercadoria transportada por via aérea deve ser integral, não se aplicando, por conseguinte, a limitação tarifada prevista no Código de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia. Dessa orientação não se dissuade. Todavia, tem-se pela absoluta inaplicabilidade da indenização tarifada contemplada na Convenção de Varsóvia, **inclusive na hipótese em que a relação jurídica estabelecida entre as partes não se qualifique como de consumo**, especialmente no caso em que os danos advindos da falha do serviço de transporte em nada se relacionam com os riscos inerentes ao transporte aéreo.

2. O critério da especialidade, como método hermenêutico para solver o presente conflito de normas (Convenção de Varsóvia de 1929 e Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986 x Código Civil de 2002), isoladamente considerado, afigura-se insuficiente para tal escopo.

Deve-se, ainda, mensurar, a partir das normas em cotejo, qual delas melhor reflete, no tocante à responsabilidade civil, os princípios e valores encerrados na ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988. E inferir, a partir daí, se as razões que justificavam a referida limitação, inserida no ordenamento jurídico nacional em 1931 pelo Decreto n. 20.704, encontrar-se-iam presentes nos dias atuais, com observância ao postulado da proporcionalidade.

3. A limitação tarifária contemplada pela Convenção de Varsóvia aparta-se, a um só tempo, do direito à reparação integral pelos danos de ordem material injustamente percebidos, concebido pela Constituição Federal como direito fundamental (art. 5º, V e X), bem como pelo Código Civil, em seu art. 994, que, em adequação à ordem constitucional, preceitua que a indenização mede-se pela extensão do dano.

Efetivamente, a limitação prévia e abstrata da indenização não atenderia, sequer, indiretamente, ao princípio da proporcionalidade, notadamente porque teria o condão de esvaziar a própria função satisfativa da reparação, ante a completa desconsideração da gravidade e da efetiva repercussão dos danos injustamente percebidos pela vítima do evento.

3.1 Tampouco se concebe que a solução contida na lei especial, que preceitua a denominada indenização tarifada, decorra das necessidades inerentes (e atuais) do transporte aéreo. Reprisa-se, no ponto, o entendimento de que as razões pelas quais a limitação da indenização pela falha do serviço de transporte se faziam presentes quando inseridas no ordenamento jurídico nacional, em 1931, pelo Decreto n. 20.704, não mais subsistem nos tempos atuais. A limitação da indenização inserida pela Convenção de Varsóvia, no início do século XX, justificava-se pela necessidade de proteção a uma indústria, à época, incipiente, em processo de afirmação de sua viabilidade econômica e tecnológica, circunstância fática inequivocamente insubsistente atualmente, tratando-se de meio de transporte, estatisticamente, dos mais seguros. Veja-se, portanto, que o tratamento especial e protetivo então dispensado pela Convenção de Varsóvia e pelo Código Brasileiro de Aeronáutica ao transporte aéreo, no tocante a responsabilização civil, devia-se ao risco da aviação, relacionado este à ocorrência de acidentes aéreos.

3.2 Em absoluto descompasso com a finalidade da norma (ultrapassada, em si, como anotado), permitir que o tratamento benéfico se dê, inclusive, em circunstâncias em que o defeito na prestação do serviço em nada se relacione ao risco da aviação em si. Esse, é, aliás, justamente o caso dos autos. Segundo consignado pelas instâncias ordinárias, o dano causado decorreu do extravio da bagagem já em seu destino – totalmente desconectado, portanto, do risco da aviação em si –, o que robustece a compreensão de que a restrição à indenização, se permitida fosse (o que se admite apenas para argumentar), careceria essencialmente de razoabilidade.

4. O art. 750 do Código Civil não encerra, em si, uma exceção ao princípio da indenizabilidade irrestrita. O preceito legal dispõe que o transportador se responsabilizará pelos valores constantes no conhecimento de transporte. Ou seja, pelos valores das mercadorias previamente declaradas pelo contratante ao transportador.

4.1 Desse modo, o regramento legal tem por propósito justamente propiciar a efetiva indenização da mercadoria que se perdeu – **devida e previamente declarada, contando, portanto, com a absoluta ciência do transportador acerca de seu conteúdo** – evitando-se, com isso, que a reparação tenha por lastro a declaração unilateral do contratante do serviço de transporte, que, eventualmente de má-fé, possa superdimensionar o prejuízo sofrido.

Essa circunstância, a qual a norma busca evitar, não se encontra presente na espécie. Efetivamente, conforme restou reconhecido pela instância precedente, ressaltando inequívoco dos autos que o transportador, antes de realizar o correlato serviço, tinha plena ciência do conteúdo da mercadoria – fato expressamente reconhecido pela própria transportadora e consignado no acórdão que julgou os embargos de declaração, e que pode ser constatado, inclusive, a partir do próprio conhecimento de transporte, em que há a menção do conteúdo da mercadoria transportada (equipamentos de telecomunicação).

5. Recurso especial improvido" (REsp n. 1.289.629/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, j. em 20.10.2015, DJe de 3.11.2015).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE MERCADORIA. EXTRAVIO E AVARIA. INDENIZAÇÃO TARIFADA. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. INAPLICABILIDADE. DANOS DE ORIGEM MATERIAL. REPARAÇÃO INTEGRAL. CONHECIMENTO AÉREO. DOCUMENTO PREENCHIDO. BENS TRANSPORTADOS PELO TRANSPORTADOR. CIÊNCIA.

1. São inaplicáveis as indenizações tarifadas previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA - art. 246 da Lei nº 7.565/1986) e na Convenção para a Unificação

de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Varsóvia - Decreto nº 20.704/1931), com as modificações dos Protocolos da Haia e de Montreal (Decreto nº 5.910/2006), seja para as relações jurídicas de consumo seja para as estabelecidas entre sociedades empresárias, sobretudo se os danos oriundos da falha do serviço de transporte não resultarem dos riscos inerentes ao transporte aéreo. Prevalência do direito à reparação integral dos danos de índole material (arts. 5º, V e X, da CF e 732 e 944 do CC). Precedente da Terceira Turma.

2. A reparação dos prejuízos causados pela perda ou avaria da mercadoria transportada deverá ser plena, principalmente se o transportador tiver ciência de seu conteúdo (art. 750 do CC).

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp n. 1.421.155/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, j. em 12.4.2016, DJe de 19.4.2016).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE MERCADORIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PAGAMENTO A SEGURADO. SUB-ROGAÇÃO LEGAL. SÚMULA 188/STF. INDENIZAÇÃO TARIFADA. CÓDIGO BRASILEIRO DA AERONÁUTICA. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não prospera a alegada ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, tendo em vista que o v. acórdão recorrido adotou fundamentação clara e suficiente, decidindo integralmente a controvérsia.

2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte de que a seguradora sub-roga-se no direito de sua segurada, nos termos da Súmula 188/STF, *in verbis*: "O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro."

3. Afigura-se inaplicável a indenização tarifada prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica e na Convenção de Varsóvia, em caso de responsabilidade do transportador aéreo por extravio de carga. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 782.548/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, j. em 17.3.2016, DJe de 13.4.2016 – grifei).

Registro que os dois últimos precedentes referidos acima (AgRg no REsp n. 1.421.155/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, QUARTA TURMA, DJe de 19.4.2016, e AgRg no AREsp n. 782.548/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 13.4.2016) encontram-se fundamentados no primeiro precedente reproduzido (REsp n. 1.289.629/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe de 3.11.2015), razão pela qual se cuidará a seguir, apenas, de tal julgado, parcialmente contrário – apenas sob o enfoque do princípio constitucional da indenização irrestrita – ao que foi decidido no REsp n. 1.162.649/SP, desta Turma, acerca especificamente dos casos em que não houver relação de consumo, como nestes autos.

Tal precedente (REsp n. 1.289.629/SP), da TERCEIRA TURMA, decidiu que, mesmo nas hipóteses em que a relação jurídica estabelecida não seja consumerista, a indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia não mais poderia ser aplicada, considerando o princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita (art. 5º, V e X, da CF/1988) e o afastamento, sob esse enfoque, do princípio processual da especialidade, admitindo a incidência da norma do art. 944 do CC/2002, que também disciplina a ampla indenização, e do art. 732 do mesmo Código. Confirmam-se, a propósito, os seguintes lances

do fundamentado voto proferido pelo em. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE sobre o tema:

"Sem olvidar a robustez dos fundamentos adotados nos precedentes retrocitados, que, como bem demonstrado, retratam indiscutivelmente o atual posicionamento jurisprudencial desta Corte de Justiça, reputou-se relevante proceder a uma detida reflexão sobre a questão da indenização tarifada contemplada pela Convenção de Varsóvia, em confronto com o princípio da indenizabilidade irrestrita assegurado pelo Código Civil (art. 944), em consonância com a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, V e X), inferindo-se, a partir daí, se as razões que justificavam a referida limitação, inserida no ordenamento jurídico nacional em 1931, pelo Decreto n. 20.704, encontrar-se-iam presentes nos dias atuais, com observância ao postulado da proporcionalidade.

E, o fazendo, *permissa venia*, tem-se pela absoluta inaplicabilidade da indenização tarifada contemplada na Convenção de Varsóvia, **inclusive na hipótese em que a relação jurídica estabelecida entre as partes não se qualifique como de consumo**, especialmente no caso em que os danos advindos da falha do serviço de transporte em nada se relacionam com os riscos inerentes ao transporte aéreo.

No ponto, releva anotar que **o fundamento utilizado**, inclusive em julgados desta Corte de Justiça, para lastrear a limitação das indenizações pelos prejuízos decorrentes do transporte aéreo prevista (prévia e abstratamente ao evento danoso) na Convenção de Varsóvia, assim como no Código Brasileiro de Aeronáutica (anteriores à Constituição Federal de 1988), **repousa essencialmente na especialidade das aludidas leis**, que prevaleceriam sobre a geral, a dirimir, assim, o conflito aparente de normas.

Assim, especialmente antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, tinha-se por legítima, **com base no critério da especialidade**, a limitação da indenização aos parâmetros contidos na referidas normas (Convenção de Varsóvia, assim como no Código Brasileiro de Aeronáutica).

[...]

Permissa venia, o critério da especialidade, como método hermenêutico para solver o presente conflito de normas (Convenção de Varsóvia de 1929 e Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986 x Código Civil de 2002), isoladamente considerado, afigura-se, na compreensão deste Relator, insuficiente para tal escopo.

Deve-se, ainda, mensurar, a partir das normas em cotejo, qual delas melhor reflete, no tocante à responsabilidade civil, os princípios e valores encerrados na ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988. E inferir, a partir daí, se as razões que justificavam a referida limitação, inserida no ordenamento jurídico nacional em 1931, pelo Decreto n. 20.704, encontrar-se-iam presentes nos dias atuais, com observância ao postulado da proporcionalidade.

Na hipótese dos autos, em matéria de responsabilidade civil, pode-se identificar, como normas em aparente colisão: de um lado, a Convenção de Varsóvia (norma especial e anterior - aliás, anterior à própria Ordem Constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988), e, de outro, o Código Civil (norma geral e posterior), que preconiza, em seu art. 944, que a indenização mede-se pela extensão do dano, em consonância, é certo, com a Ordem Constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988, que traz, em si, como direito fundamental, o princípio da indenizabilidade irrestrita (art. 5º, V e X).

Como assinalado, a adoção, simplesmente, dos critérios clássicos de resolução de conflito aparente de normas poderia, numa primeira e açodada análise, levar a conclusão de que haveria prevalência do critério da especialidade sobre o da anterioridade, inclusive porque a norma posterior não revoga necessariamente a preexistente. Todavia, há que se extrair, também no caso dos autos, a força normativa conferida às referidas normas pela Constituição Federal. Tal proceder se afigura ainda mais relevante em se considerando que uma das normas em confronto é anterior, como visto, à própria Constituição Federal.

Com esse norte, a prevalência da especialidade, como critério hermenêutico a solver

a antinomia de normas acima apresentada (norma anterior e especial x norma posterior e geral), deve ser admitida como regra, **desde que 'a solução contida na lei especial' decorra das necessidades próprias do setor específico por ela regulado**. Ausentes as razões que justifiquem o tratamento dado, a determinado setor, pela lei especial/anterior, diverso daquele emanado pelo regime geral/posterior, torna-se, por consectário, insubsistente o regramento especial.

Por oportuno, destacam-se, respectivamente, os escólios de Maria Helena Diniz e José de Oliveira Ascensão, que, após assentarem não ser o critério da especialidade absoluto a solver a antinomia de normas retratada nos autos, preceituam critérios a nortearem a correta solução do conflito:

[...] Em caso de antinomia entre o *critério de especialidade* e o *cronológico*, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Esse metacritério é parcialmente inefetivo, por ser menos seguro que o anterior [*lex posteriori inferiori non derogati priori superiori*]. A meta-regra *lex posteriori generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. A preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há uma regra definida: conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério.

[...]

A real antinomia jurídica é uma situação problemática que requer uma solução satisfatória e justa. Para tanto o aplicador do direito está autorizado a recorrer: 1) Aos princípios gerais de direito, elementos normativos operantes nos casos concretos problemáticos, decorrentes de uma estimativa objetiva, ética e social. [...] 2) Aos valores predominantes na sociedade, positivados, implícita ou explicitamente, pela ordem jurídica, para proporcionar a garantia necessária à segurança da comunidade' (Diniz, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 9ª Edição. 2009. Editora Saraiva. São Paulo. p. 50, 58-60)

[...]

A afirmação aparentemente lógica de que a lei geral, por ser mais extensa, incluirá no seu âmbito a matéria da lei especial, ficando esta revogada, não se sobrepõe à consideração substancial de que o regime geral não toma em contas as circunstâncias particulares que justificaram justamente a emissão de lei especial. Por isso não será afetada em razão de o regime geral ter sido modificado. [...] Mas esta consequência não é fatal. Não acontecerá assim se se retirar da lei nova a pretensão de regular totalmente a matéria, não deixando subsistir leis especiais. Haverá então circunstâncias relevantes, em termos de interpretação, que nos permitam concluir que a lei geral nova pretende afastar a lei especial antiga. Pode, por exemplo, a lei nova ter por objetivo justamente pôr termo a regimes especiais antigos que deixaram de se justificar. Se se puder chegar a esta conclusão, a lei especial antiga fica revogada pela lei geral.

Em qualquer caso, o intérprete terá de procurar apurar um sentido objetivo da lei. Esse sentido é o de regular exaustivamente um setor, não deixando subsistir fontes especiais. Não é diretamente o sentido e revogar as fontes especiais, pois esse é mera consequência da destinação à regulação integral. Esse sentido há de revelar-se por indícios de uma das seguintes ordens: 1) a premissa da solução, igualmente sentida no setor em que vigorava a lei especial; 2) o fato de a solução constante da lei 'especial' não se justificar afinal por necessidades próprias desse setor, pelo que não merece subsistir como lei especial.

[...]

Se o legislador se decide a alterar o regime geral, o que temos de perguntar é o seguinte: o regime estabelecido nesse domínio especial é justificado por

considerações próprias desse setor? Se o é - e mesmo que estajamos em total discordância com a solução trazida - o regime especial é insensível à alteração da lei geral.

Mas se o não é, se não há razões de especialidade substancial que o justifiquem, então esse regime foi atingido pela alteração da lei geral. Não há nada nele que oponha resistência à vigência da lei geral. (Ascensão, José de Oliveira. Introdução à Ciência do Direito. 3ª Edição. 2005. Rio de Janeiro. Editora Renovar. p. 518-519)

Nessa linha de intelecção, é de se reconhecer que a limitação tarifária contemplada pela Convenção de Varsóvia aparta-se, a um só tempo, do direito à reparação integral pelos danos de ordem material injustamente percebidos, concebido pela Constituição Federal como direito fundamental, bem como pelo Código Civil, que, em adequação à ordem constitucional, de igual modo preceitua.

Efetivamente, a limitação prévia e abstrata da indenização não atenderia, sequer, indiretamente, ao princípio da proporcionalidade, notadamente porque teria o condão de esvaziar a própria função satisfativa da reparação, ante a completa desconsideração da gravidade e da efetiva repercussão dos danos injustamente percebidos pela vítima do evento.

Aliás, o Código Civil, em seu artigo 732, ao tratar especificamente dos contratos de transporte, em contrariedade ao que alega a parte recorrente, reconhece a aplicabilidade dos preceitos da legislação especial e de tratados e convenções internacionais, desde que não contrariem as disposições do mesmo diploma.

Eis o teor do dispositivo legal:

Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.

Ressalta-se, porque relevante, que a restrição ao direito à reparação integral pelos danos de ordem material e moral injustamente percebidos somente poderia ser admitida, em tese, caso houvesse previsão nesse sentido no próprio diploma legal do qual tal direito emana. Esta contemporização do direito à integral reparação, todavia, não se verifica do tratamento ofertado à questão pelo Código Civil. Vislumbra-se, quando muito, como hipótese de incidência subsidiária, o caso em que o transportador não detém conhecimento prévio sobre o conteúdo da mercadoria a ser transportada e, embora incontroverso a ocorrência do dano, não se tem elementos idôneos a demonstrar seu valor (ante o extravio da mercadoria, por exemplo), circunstâncias, conforme se demonstrará, não ocorrentes na espécie.

Tampouco se concebe que a solução contida na lei especial, que preceitua a denominada indenização tarifada, decorra das necessidades inerentes (e atuais) do transporte aéreo. Reprisa-se, no ponto, o entendimento de que as razões pelas quais a limitação da indenização pela falha do serviço de transporte se faziam presentes quando inseridas no ordenamento jurídico nacional, em 1931, pelo Decreto n. 20.704, não mais subsistem nos tempos atuais. A limitação da indenização inserida pela Convenção de Varsóvia, no início do século XX, justificava-se pela necessidade de proteção a uma indústria, à época, incipiente, em processo de afirmação de sua viabilidade econômica e tecnológica, circunstância fática inequivocamente insubsistente atualmente, tratando-se de meio de transporte, estatisticamente, dos mais seguros.

Veja-se, portanto, que o tratamento especial e protetivo então dispensado pela Convenção de Varsóvia e pelo Código Brasileiro de Aeronáutica ao transporte aéreo, no tocante à responsabilização civil, devia-se ao risco da aviação, relacionado este à ocorrência de acidentes aéreos. Em absoluto descompasso com a finalidade da norma (ultrapassada, em si, como anotado), permitir que o tratamento benéfico se dê, inclusive, em circunstâncias em que o defeito na prestação do serviço em nada se relacione ao risco da aviação em si.

Esse, é, aliás, justamente o caso dos autos. Segundo consignado pelas instâncias ordinárias, o dano causado decorreu do extravio da bagagem já em seu destino – totalmente desconectado, portanto, do risco da aviação em si –, o que robustece a compreensão de que a restrição à indenização, se permitida fosse (o que se admite apenas para argumentar), careceria essencialmente de razoabilidade.

Na linha de entendimento ora esposado, há que se fazer necessária menção ao lapidar voto-vista do eminente Ministro Cesar Peluso, que, por ocasião do já referido Recurso Extraordinário 351750, aprofundou, e muito, na controvérsia então submetida ao Supremo Tribunal Federal (**restrita, como assinalado, sobre a prevalência do CDC sobre a Convenção de Varsóvia**), para reconhecer, *obter dictum*, a própria não recepção de indenização tarifária pela Ordem Constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988.

Pela robustez dos fundamentos, passa-se a reproduzi-lo, em sua inteireza, no que importa à presente controvérsia:

[...]

Como é de lugar comum, o '*ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais*', e os incs V e X do art. 5º da CF consagram o '*princípio da indenizabilidade irrestrita*', segundo o qual as indenizações por dano material e moral devem ser a estes proporcionais.

Por outro lado, os arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional ("*Convenção de Varsóvia*"), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006) estabelecem limites pré-fixados à verba indenizatória por danos materiais. Assim, a questão que se põe é saber se tais dispositivos subsistiriam, ou não, perante o art. 5º, incs. V e X, da vigente Constituição Federal da República.

3.3. Já não vigeriam deveras, ou, segundo reza outra doutrina de igual conseqüência prática, perderam seus fundamentos de validade, as normas insertas nos arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional ("*Convenção de Varsóvia*"), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006), porque incompatíveis com o alcance das regras estaduais no art. 5º, V e X, da atual Constituição da República, que consagram o '*princípio da indenizabilidade irrestrita*'.

3.4. De fato, o primeiro passo do procedimento metodológico em que se desdobraria a investigação analítica do tema central deste recurso está em saber se tal princípio encontra, já a título de definição de sua esfera de eficácia, dentre as limitações próprias da estrutura da norma que o condensa, alguma restrição apriorística ao valor reparatório dos danos materiais e morais, em qualquer de suas modalidades, ou seja, se o âmbito de proteção da norma garantidora do direito à indenização proporcional ao dano, que constitui o objeto último da tutela, é encurtado por algum limite prévio e abstrato ao valor da reparação pecuniária do mesmo dano.

Aqui, a resposta é negativa. Na fisionomia normativa da indenização proporcional ao dano, a vigente Constituição da República não contém de modo expresso, como o exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como se concede para argumentar, nenhuma **disposição restritiva** que, limitando o valor da indenização e o grau consequente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela. A norma garantidora, que nasce da conjugação dos textos constitucionais (art. 5º, V e X), é, antes, nesse aspecto, de cunho irrestrito.

3.5. A pergunta subsequente, de certo modo implicada na primeira, é se a Constituição, posto não restringindo o valor indenizatório, autorizaria, com o mesmo resultado prático, de maneira expressa ou não, o

preestabelecimento de limites por mediação de lei subalterna, que, para acomodar sua força restritiva a outros postulados sistemáticos, deveria atender aos requisitos constitucionais da **restringibilidade legítima**, sobretudo aos postulados da proibição de excessos e do resguardo ao conteúdo essencial do direito fundamental tutelado.

Noutras palavras, abrigaria a Constituição, ainda quando por modo indireto, cláusula da chamada **reserva de lei restritiva**, à qual autorizasse, por esse artifício, reduzir o âmbito teórico da tutela?

E, aqui, também é não menos negativa a resposta, porque o princípio por observar é que, se lho não autoriza a Constituição *expressis verbis*, não pode lei alguma restringir direitos, liberdades e garantias constitucionais. Tal como no Direito Português e pelas mesmíssimas e irrespondíveis razões, a Constituição brasileira *'individualizou expressamente os direitos sujeitos a reserva de lei restritiva'*.

3.6.E, supondo-se por epítrope que o autorizasse a Constituição, ter-se-ia ainda de indagar se os arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional ("*Convenção de Varsóvia*"), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006) não sucumbiriam ao contraste com o postulado da proporcionalidade, o qual impõe à lei restritiva que seja necessária, adequada e proporcional.

Ora, parece evidente que, pelo menos, não seria nem necessária (a indenização por danos materiais fixa-se conforme os danos comprovados e a compensação por danos morais por juízo prudencial), nem de justa medida, porque firma uma **ficção reparatória**, ao estatuir limites prévios e abstratos à indenização, a qual, no extremo, estaria sempre a independer dos critérios concretos.

3.7 Não é só. Outra pergunta, envolvida no inquérito teórico, é se, à luz daquele outro postulado, tal limitação absoluta não sacrificaria o núcleo essencial do direito fundamental restringido.

E vê-se logo que o sacrificaria, porque, na sua vigência hipotética como instância legal redutora da responsabilidade civil, aniquilaria toda a função **satisfativa** que constitui o cerne mesmo justificador da indenização garantida pela norma de escalão supremo, a qual perderia a razão de ser, em não se prestando a tutelar o direito subjetivo à incolumidade material e moral, pelo só fato de que o valor econômico do ressarcimento deixaria, em regra, de exprimir algum significado útil ao titular do mesmo direito.

Ora, limitações prévias, que, despojadas de qualquer justificação lógica, desqualificam a importância estimativa da natureza, da gravidade e da repercussão dos danos, bem como dos outros ingredientes pessoais do arbitramento da compensação por danos morais (que é sempre obra de **juízo de equidade**), tomam nula, ou vã, a proteção constitucional do direito à inviolabilidade material e moral e sacrificam-no em concreto. São imposições **excessivas e arbitrárias**, que mal se afeiçoam à vertente substantiva do princípio do justo processo da lei (*substantive due process of law*), que, na visão desta Corte *'atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável'*.

Dessarte, ainda que a mero título de argumentação por hipótese, tenho por incompatíveis com os incs V e X do art. 5º da CF, os arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional ("*Convenção de Varsóvia*"), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006)'

Portanto, em atenção: i) ao princípio da indenizabilidade irrestrita, que preconiza que a reparação civil mede-se pela efetiva extensão dos danos, tal como delimitado no Código Civil, a consubstanciar direito fundamental, segundo a ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988; ii) à ausência de razoabilidade e proporcionalidade em se conferir tratamento especial e protetivo, em matéria de responsabilização civil, ao setor de transporte aéreo, cuja evolução tecnológica e econômica o coloca entre os mais seguros estatisticamente, notadamente em casos em que os danos em nada se relacionam com o risco da aviação em si; conclui-se pela absoluta inaplicabilidade da indenização tarifada contemplada na Convenção de Varsóvia, inclusive na hipótese em que a relação jurídica estabelecida entre as partes não se qualifique como de consumo.

Por fim, diversamente do que argumenta o insurgente, o art. 750 do Código Civil não encerra, em si, uma exceção ao princípio da indenizabilidade irrestrita. O preceito legal dispõe que o transportador se responsabilizará pelos valores constantes no conhecimento de transporte, ou seja, pelos valores das mercadorias previamente declaradas pelo contratante ao transportador.

Desse modo, o regramento legal tem por propósito justamente propiciar a efetiva indenização da mercadoria que se perdeu – **devida e previamente declarada, contando, portanto, com a absoluta ciência do transportador acerca de seu conteúdo** – evitando-se, com isso, que a reparação tenha por lastro a declaração unilateral do contratante do serviço de transporte, que, eventualmente de má-fé, possa superdimensionar o prejuízo sofrido.

Essa circunstância, a qual a norma busca evitar, não se encontra presente na espécie. Efetivamente, conforme restou reconhecido pela instância precedente, ressaltando inequívoco dos autos que o transportador, antes de realizar o correlato serviço, tinha plena ciência do conteúdo da mercadoria – fato expressamente reconhecido pela própria transportadora (e-STJ, fl. 223) e consignado no acórdão que julgou os embargos de declaração (e-STJ, fls. 439-442), e que pode ser constatado, inclusive, a partir do próprio conhecimento de transporte constante de fls. 87, 218 e 219 (e-STJ), em que há a menção do conteúdo da mercadoria transportada (equipamentos de telecomunicação).

Assim, encontrando-se cabalmente demonstrado que o transportador tinha plena e prévia ciência do conteúdo da mercadoria a ser transportada, os danos advindos do defeito da prestação do serviço de transporte devem ser integralmente reparados.

Nesse contexto, o argumento de que não houvera menção do valor no conhecimento de transporte carece de idoneidade, porquanto tal providência era de incumbência do próprio emissor, que, repisa-se, tinha inequívoco conhecimento prévio do conteúdo da mercadoria a ser transportada, inexistindo prova de que o contratante teria se recusado a declarar os correlatos valores (circunstância nem sequer cogitada nos presentes autos). Aliás, como assinalado, a prova que emerge dos autos, diversamente, aponta que o contratante efetivamente declarou o conteúdo da mercadoria, conferindo absoluta ciência ao transportador." (Grifei.)

Acerca da fundamentação adotada no julgado acima, da TERCEIRA TURMA (REsp n. 1.289.629/SP), observo que as normas dos arts. 732 e 944 do CC/2002 não alcançam a presente demanda, em que os fatos ocorreram na vigência do CC/1916. Destaco que o antigo Código Civil não possuía dispositivos correspondentes aos do atual diploma, acima mencionados.

Quanto ao princípio constitucional da reparação integral, invocado com base no art. 5º, V e X, da CF/1988, por sua vez, com as mais respeitadas vênias, entendo não se poder adotá-lo no âmbito de Turma deste Tribunal Superior para efeito de afastar a aplicação da Convenção de Varsóvia, diploma específico que regula o transporte aéreo

internacional e que foi incorporado no ordenamento jurídico interno "nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa" (ADI/MC n. 1.480-3 – DF, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, DJ de 18.5.2001). Incide, no caso, a vedação contida na Súmula Vinculante n. 10, do STF, segundo a qual "viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

Por outro lado, no presente caso, ressaltando-se que o Tribunal de origem aplicou a Convenção de Varsóvia quanto à indenização tarifada e que a ora recorrente nem mesmo cuidou de interpor recurso extraordinário para, eventualmente, discutir a inconstitucionalidade de tal limitação, não seria permitido a esse colegiado sequer arguir a inconstitucionalidade perante a CORTE ESPECIAL, tendo em vista que tal posicionamento representaria uma forma de contornar a distribuição da competência nas instâncias superiores, feita pela Constituição Federal, que remete ao STF as discussões acerca da violação de dispositivos constitucionais. Nesse sentido:

"CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS III E IV DO ART. 1.790 DO CC/2002. NÃO CONHECIMENTO.

1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido.

2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido" (AI no REsp n. 1.135.354/PB, Rel. originário Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. para acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28.2.2013).

No julgamento da precitada arguição de inconstitucionalidade, constou expressamente do voto do em. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI o que se segue:

"2. Procede a preliminar suscitada pelo Min. César Rocha. O acórdão recorrido, confirmando decisão no mesmo sentido proferida em primeiro grau, julgou a causa aplicando - e, portanto, considerando constitucional - o art. 1790 do Código Civil. É evidente, portanto, que a reforma do julgado supõe a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo. Justamente por isso é que a questão constitucional foi suscitada nas razões de recurso especial. O próprio voto do Ministro relator, referindo-se aos fundamentos do recurso especial, registrou que o recorrente "sinalizou dissídio jurisprudencial quanto à aplicação do art. 1.790 do CC/02 e suscitou, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício". Ora, embora questões constitucionais possam ser invocadas pela parte recorrida, é indubitável que, em nosso sistema, não cabe ao recorrente do recurso especial invocar tais questões como fundamento para reforma do julgado, como ocorreu no caso. O recurso próprio, para essa finalidade, é o extraordinário para o STF. Tem-se, portanto, hipótese de insuperável óbice ao conhecimento do recurso, que também contamina, por derivação natural, o do presente incidente de inconstitucionalidade. Assim, em preliminar, voto pelo não-conhecimento do incidente." (Grifei.)

Portanto, em que pesem os referidos precedentes da Terceira e desta Quarta Turma, entendo inaplicáveis ao presente caso as normas do CC/2002 por se cuidar de fatos ocorridos na vigência do CC/1916, bem assim inviável afastar nestes autos, com fundamento em dispositivo constitucional, a norma da Convenção de Varsóvia que disciplina a indenização tarifada.

Para finalizar, informo que o STF iniciou o julgamento do RE n. 636.331/RJ, cuja repercussão geral foi reconhecida, interposto pela SOCIÉTÉ AIR FRANCE com o propósito de aplicar a Convenção de Varsóvia e afastar o CDC em ação indenizatória relativa a extravio de bagagem. Na sessão de 8.5.2014, foram proferidos três votos favoráveis ao provimento do recurso, dos em. Ministros GILMAR MENDES (Relator), ROBERTO BARROSO E TEORI ZAVASCKI, pedindo vista a em. Ministra ROSA WEBER.

Acerca da alegação de dolo ou culpa grave por parte do transportador, essa tese foi repelida pelo Tribunal de origem assim:

"5. Embora as apelantes não tenham se preocupado em justificar a ocorrência das avarias da mercadoria, limitando-se a afirmações genéricas e vazias de conteúdo, sem apontar a adoção de medidas concretas, necessárias à boa prestação do serviço, impossível o reconhecimento da culpa grave ou do dolo.

É provável a ocorrência desse elemento subjetivo, pois dificilmente teria se verificado o sinistro senão em decorrência de um desses fatores. Se a carga não foi danificada ou se os responsáveis pela conferência e entrega não agiram com manifesta negligência, que outra explicação se pode dar para o ocorrido? Certamente os estragos não se devem a caso fortuito ou força maior.

Mas a causa de pedir é omissa a respeito e o afastamento da indenização tarifada, com incidência do art. 25 da Convenção de Varsóvia configura julgamento *extra petita*, tal como apontado correta e exclusivamente pela co-apelante Global (fls. 476).

Não obstante inexistir explicação razoável para a danificação da mercadoria, não há como presumir o dolo ou a culpa grave neste processo, simplesmente porque não deduzidos como fato constitutivo do direito. A apelada limitou-se a sustentar a responsabilidade objetiva regulada pelo Código de Defesa do Consumidor" (e-STJ fl. 685).

A ora recorrente, entretanto, não invocou afronta ao art. 25 da Convenção de Varsóvia e deixou de apontar dispositivos legais supostamente violados acerca dos fundamentos atrelados à impossibilidade de julgamento *extra petita* e de não ser permitido presumir o dolo ou a culpa grave. Igualmente não comprovou divergência jurisprudencial relativamente a avarias decorrentes de dolo ou de culpa grave, sendo inviável, portanto, conhecer do recurso sob esse enfoque.

Em tais circunstâncias, o recurso especial interposto por UNIBANCO AIG SEGUROS S.A. não deve ser provido.

II. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POR UNITED PARCEL SERVICE

CO.

Resumidamente, a mencionada recorrente alega que (i) o prazo de 2 (dois) anos disciplinado no art. 29, n. 1 e 2, da Convenção de Varsóvia é decadencial, não

prescricional, e foi superado entre a chegada da carga ao seu destino (12.7.2001) e a distribuição do processo (19.7.2004); (ii) o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende por qualquer motivo – "tampouco por ação de protesto" – conforme disposto no art. 207 do CC/2002; (iii) a "medida cautelar de protesto" não teve o condão de interromper o curso da eventual prescrição, tendo em vista que, "no momento de sua apresentação já havia *actio nata*, ou seja, a Recorrida naquela oportunidade já poderia ter proposto a presente ação de cobrança" (e-STJ fl. 737), presentes todos os requisitos para tal ajuizamento. Sendo desnecessário o protesto (faltando interesse justificado porque "existia *actio nata*"), não produziu efeito interruptivo; (iv) mesmo atribuindo efeitos ao protesto e admitindo que o prazo teria natureza prescricional, a demanda estaria prescrita. É que "o prazo prescricional eventualmente interrompido retoma seu curso a partir da data da distribuição da aludida ação cautelar de protesto interruptivo, nos termos do art. 219, § 1º, e 263 do CPC" (e-STJ fl. 740), não do final do procedimento do protesto. Com isso, a interrupção se deu em 12.7.2002 (distribuição da cautelar do protesto) e a ação de cobrança foi proposta dois dias além do prazo prescricional de 2 (dois) anos, isto é, em 14.7.2004; (v) "viola o art. 26 da Convenção de Varsóvia a condenação da transportadora ao pagamento de mercadorias, por supostas avarias, se estas não foram consignadas pela via adequada, qual seja, a ressalva do destinatário" (e-STJ fl. 750); (vi) "as anotações sobre o estado do pacote, do *container* ou da caixa, **externos**, jamais foram suficientes, na prática do comércio exterior, para 'substituir' ou 'dispensar' a imediata averiguação das cargas, **internamente**, a ensejar a *ressalva formal* (protesto) prevista tanto na Convenção de Varsóvia (art. 26) quanto no Código Civil (art. 754), pelo importador (recebedor da carga)" (e-STJ fl. 750).

II.a – Art. 29, n. 1 e 2, da Convenção de Varsóvia. Prazo prescricional ou decadencial

Encontrar critério objetivo distintivo entre prescrição e decadência sempre foi um desafio para a doutrina e para a jurisprudência, sendo certo que os dois institutos atingem direitos de pessoas físicas e jurídicas.

O professor Orlando Gomes, por exemplo, após ressaltar a dificuldade legal e doutrinária para separar claramente os referidos institutos, distingue-os assim:

"Partindo-se do pressuposto de que prescrição visa à ação, enquanto a decadência tem em mira o direito, pode-se distinguir uma da outra, como fazem certos autores, tomando-se em consideração a *origem da ação*. Quando é idêntica à origem do direito, nasce ao mesmo tempo que este. Então, o prazo para exercê-lo, por meio da ação, é *extintivo*. Trata-se, neste caso, de *decadência*. Quando é distinta da origem do direito, nasce posteriormente, e, de modo mais preciso, quando o direito, já existente, é violado por outrem, o qual, por ação ou omissão, cria obstáculo ao seu exercício.

Esse critério é criticado por não oferecer orientação científica para saber-se quando coincidem, na origem, direito e ação. Pode-se encontrá-la, entretanto, nos próprios

pressupostos da prescrição. A *actio nata* supõe a violação de um direito atual. Consequentemente, o direito de obter em juízo o reequilíbrio do direito violado nasce, necessariamente, depois deste, cuja preexistência é imperativa. É no momento da violação do direito que nasce a *pretensão*. Quando o direito é desprovido de pretensão, se necessária a seu exercício, surge com ele. No primeiro caso, prescrição, no segundo, decadência.

[...]

Por fim, uma vez que a *decadência* extingue o direito, este, logicamente, jamais poderá ser exercido, seja qual for o modo. A prescrição, no entanto, permite que a pretensão se faça valer por outro modo, nos casos em que o meio judicial proporcionado ao titular do direito visa a facilitar seu exercício" (Introdução ao Direito Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, pp. 558/560).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, por sua vez, estabelecem a separação entre prescrição e decadência assim:

"Sob um determinado prisma, é possível afirmar que a prescrição diz respeito aos direitos subjetivos patrimoniais (aqueles que trazem consigo a possibilidade de que o titular exija de alguém um determinado comportamento). Por isso, a prescrição fulmina a *pretensão* de exigir o comportamento economicamente apreciável. Submete-se à prescrição, por exemplo, o crédito. A outro giro, a decadência concerne aos direitos potestativos, que, por essência, não possuem pretensão, já que não podem ser objeto de violação. A decadência, assim, refere-se àqueles direitos cujo exercício depende, tão somente, do próprio titular, como, e.g. Reclamar vícios redibitórios ou anular um contrato por vício de vontade. Fulmina o próprio direito.

Noutra dimensão, é de ser sublinhado que a prescrição está associada às *ações condenatórias* (nas quais se materializa a pretensão), enquanto a decadência atrela-se às *ações constitutivas* (em que o pedido é caracterizado pelo exercício de um direito cujo exercício dependerá do próprio titular apenas).

Nessa ordem de idéias, enquanto a *decadência*, que se refere ao próprio direito material e cujo prazo *'não se interrompe, nem se suspende, corre indefectivamente contra todos e é fatal, peremptório, termina sempre no dia preestabelecido'*, como ensina Washington de Barros Monteiro, a *prescrição*, que fulmina a pretensão de ver reparada uma lesão a direito subjetivo patrimonial e disponível, pode ser interrompida na forma e para os casos previstos em lei.

Sinteticamente, esclareça-se que os efeitos da decadência e os da prescrição são diversos, pois aquela *faz perecer o próprio direito não afirmado pelo exercício* (direitos potestativos), enquanto esta *perece a pretensão do titular para defender o direito já afirmado*, porém comprometido por importunação alheia (direitos subjetivos patrimoniais).

De maneira bem clara: a prescrição atinge os direitos armados com a pretensão (que são os direitos subjetivos), enquanto a decadência ou caducidade fulmina os direitos sem pretensão (os direitos potestativos)" (Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, pp. 779/780).

Por último, cito as lições de Arnaldo Rizzardo acerca da distinção entre os referidos institutos:

"Efetivamente, domina no direito brasileiro a teoria alemã da prescrição, que a considera como a perda da ação atribuída a um direito. Já Clóvis assentava o fundamento desse conceito: 'Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo. Não é o fato de não se exercer o direito que lhe tira o vigor; nós podemos conservar inativos em nosso patrimônio muitos direitos, por tempo indeterminado. O que o torna inválido é o não uso da sua propriedade defensiva, da ação que o reveste e protege'. Também Antônio de Almeida Oliveira,

bem antes do Código Civil de 1916, ressaltava: 'A prescrição e o obstáculo pela lei posto à ação proveniente de direitos, que durante certo tempo deixaram de ser exercidos por aqueles a quem pertencem'.

Efetivamente, o que desaparece é a ação para a defesa de determinado direito, em razão da inércia ou omissão de um titular ante violações ou ofensas desse direito, durante um período de tempo previsto para exercitar de defesa. O direito está acompanhando de medidas para o seu exercício e a proteção. Se a pessoa não faz uso dos meios assegurados, entende-se que houve a desistência, levando os sistemas jurídicos a retirar a faculdade de defesa.

[...]

De modo que a prescrição é do procedimento ou do tipo especial de ação que o diploma contempla, e não do direito ao recebimento do valor ou da indenização. Pode-se concluir que se dirige para a ação, fazendo, normalmente, e não sempre, desaparecer o direito. Isto com exceção ao crédito tributário, em que a prescrição extingue o direito de recebê-lo, como se deduz do art. 156 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.1966): 'Extinguem o crédito tributário: ... V – a prescrição e decadência'.

Já a decadência diz respeito ao direito, colocando fim a qualquer pretensão para a sua satisfação. Não se tem em vista o tipo de ação ou lide contemplado para a busca do direito. O próprio direito é atingido, porquanto não procurado, sem importar qual o caminho processual eleito. Por afetar o direito, fazendo-o desaparecer, abrange automaticamente a ação, não se encontrando meio algum para ser aquele exercitado. Sintetiza Carlos da Rocha Guimarães: 'A prescrição só atinge o direito de ação, referente a direitos já constituídos, ao passo que a decadência atinge os próprios direitos, quando se trata de direitos potestativos'" (Parte Geral do Código Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 565/566).

As orientações doutrinárias convergem no sentido de que a prescrição se refere ao direito de defender algum direito material pré-existente mediante a propositura da competente ação, como ocorre no presente caso em que o contratante do transporte aéreo possuía o direito certo de receber sua carga no respectivo destino sem danos, o que foi desrespeitado pela contratada. Esse foi o serviço especificamente pactuado mediante o indispensável pagamento à transportadora. Quanto à decadência, encontra-se vinculada ao próprio direito, cujo exercício depende apenas do titular de tal direito, revelando o caráter potestativo.

A propósito, invoco os escorritos fundamentos adotados pelo em. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator do REsp n. 1.192.243/SP, QUARTA TURMA, DJe de 23.6.2015, para distinguir a prescrição da decadência:

"3. A distinção entre direitos potestativos e subjetivos, como bem assinala Caio Mário da Silva Pereira, muito embora seja de nítida feição acadêmica, mostrou-se fundamental para solucionar um dos mais antigos problemas de direito civil, o da diferença entre **prescrição e decadência**.

Assim, a prescrição é a perda da **pretensão** inerente ao direito subjetivo, em razão da passagem do tempo, ao passo que a decadência se revela como o perecimento do próprio direito potestativo, pelo seu não exercício no prazo predeterminado.

Esse é o antigo magistério de Antônio Luís da Câmara Leal:

Posto que **a inércia e o tempo sejam elementos comuns à decadência e à prescrição, diferem, contudo, relativamente ao seu objeto e momento de atuação, por isso que, na decadência, a ineficácia diz respeito ao exercício do direito e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento deste, ao passo que, na prescrição, a inércia diz respeito**

ao exercício da ação e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento desta, que, em regra, é posterior ao nascimento do direito por ela protegido. (CAMARA LEAL, A. L. da. *Da prescrição e da decadência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 115)

Corolário desse entendimento é o de que os deveres jurídicos que subsumem aos direitos subjetivos são **exigidos**, ao passo que os direitos potestativos são **exercidos** (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 565).

Nesse passo, o prazo de prescrição, em essência, começa a correr tão logo nasça a pretensão, a qual tem origem com a violação do direito subjetivo.

Outrossim, o prazo decadencial tem início no momento do nascimento do próprio direito potestativo, que deverá ser exercido em determinado lapso temporal sob pena de perecimento:

Mas, se as ações relativas à determinação do estado das pessoas são imprescritíveis, os direitos patrimoniais, que dele decorrem estão sujeitos à prescrição.

Não importa se o estado de família possa adquirir-se por posse diuturna (nome, fama e tratamento). (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007, p. 401 e 402)

Prescrita a pretensão, remanesce ainda o direito subjetivo desprovido de exigibilidade, como aqueles relacionados às chamadas obrigações naturais.

Destarte, fica evidente a máxima doutrinária, alicerçada sobretudo na teoria trinária das ações de Chiovenda, segundo a qual as tutelas **condenatórias** (que visam a recompor um direito subjetivo violado, mediante uma prestação do réu) sujeitam-se a prazos **prescricionais**; as tutelas **constitutivas** (positivas ou negativas, que visam à criação, modificação ou extinção de um estado jurídico: anulatória ou revocatória de ato jurídico, por exemplo) sujeitam-se a prazos **decadenciais**; e as tutelas **declaratórias** (v.g., de nulidade) **não se sujeitam a prazo** prescricional ou decadencial (AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. In: Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961).

Com efeito, a prescribibilidade é a regra, só havendo falar em imprescribibilidade em hipóteses excepcionalíssimas, como no tocante às ações referentes ao estado das pessoas. Somente alguns direitos subjetivos, observada sua envergadura e especial proteção, não estão sujeitos a prazos prescricionais, como na hipótese de ações declaratórias de nulidades absolutas, pretensões relativas a direitos da personalidade e ao patrimônio público.

Assim, não há falar em imprescribibilidade no caso em exame, pois a lei prevê direito potestativo para anulação da doação, cuidando-se, pois, de decadência.

Esta é a lição de San Tiago Dantas, ressaltando que a decadência visa a punir a inércia:

Em primeiro lugar, porque **as prescrições e as decadências visam a punir a inércia de um titular**. Alguém tem um direito, mas não o usa; pode cobrar a dívida, mas não a cobra; **pode anular o casamento, mas não o anula; quer dizer, a faculdade que a lei põe nas mãos do titular é, então, atingida pela prescrição ou pela decadência, o que os antigos exprimiam num brocardo: *juge silentium diuturnum silentium, jugis taciturnitas***".

A essa razão acrescenta-se uma outra que é, **talvez, a razão fundamental em que se amparam os nossos dois institutos**. Esta influência do tempo consumido pelo direito pela inércia do titular serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica que é estabelecer a **segurança das relações sociais**. Tenho eu o direito de anular o meu matrimônio, mas não o faço. Passam-se anos e anos e a situação jurídica contrária ao meu direito se mantém, sem que eu me abalance a praticar os atos

capazes de corrigi-la. Então, para que a insegurança não reine na sociedade, para que nós não estejamos expostos, a cada dia, à discussão de certas situações que o tempo já se incumbiu de consagrar, vem a prescrição considerar desaparecidos todos os defeitos e estender sua anistia sobre os defeitos porventura existentes nas relações entre os indivíduos.

Como se passou muito tempo sem se modificar o atual estado de coisas, não é justo que continuemos a expor as pessoas à insegurança que o nosso direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. Então, a prescrição vem e diz: daqui em diante o inseguro é seguro, quem podia reclamar não o pode mais. De modo que, vêm os senhores, o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: distribuir a justiça - dar a cada um o que é seu - e estabelecer a segurança nas relações sociais - fazer com que o homem possa saber com o quê conta e com o quê não conta. (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 342-349)

O prazo decadencial, pois, tem início no momento do nascimento do próprio direito potestativo, que deverá ser exercido em determinado lapso temporal, sob pena de perecimento:

*A pretensão é própria dos direitos subjetivos, não existindo nos direitos potestativos nem nos direitos que se exercem por meio de ações prejudiciais ou de estado. Nas ações para o exercício de um direito potestativo, o autor não exige prestação alguma do réu, querendo apenas que o juiz modifique, por sentença, a relação jurídica que admite a modificação pretendida, como, por exemplo, a ação do foreiro para resgatar a enfiteuse e converter em propriedade plena a propriedade até então restrita. (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 99)*

Dessarte, penso que, na vigência do Código Civil de 1916 e na do Diploma vigente é de 2 anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação."

No presente caso, a norma do art. 29 do diploma internacional possui a seguinte redação:

"ARTIGO 29

- (1) A ação de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada, ou do dia, em que a aeronave, devia ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte.
- (2) O prazo será computado de acordo com a lei nacional do tribunal que conhecer da questão."

Sem dúvida, não se está diante de prazo decadencial, mas prescricional relativo ao direito de requerer proteção em demanda proposta com o objetivo de alcançar direito material violado pelo réu. Nesse ponto, eis o que decidiu esta Corte Superior:

"Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Prescrição.

O prazo prescricional para a ação de indenização por extravio de mercadoria, em se tratando de transporte aéreo internacional, é de dois anos, conforme previsto no artigo 29 da Convenção de Varsóvia e, não, o do artigo 449, II do Código Comercial" (REsp n. 220.564/RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJ de 6.12.1999).

O recurso, nessa parte, deve ser desprovido.

II.b – Art. 207 do CC/2002. Interrupção do prazo decadencial. Impossibilidade

Sustenta a recorrente que o prazo decadencial não se interrompe. Ocorre que tal alegação se encontra prejudicada, tendo em vista que, conforme destacado no item anterior, não se trata de decadência, mas de prescrição.

II.c – Arts. 219, § 5º, 868, 869 e 871 do CPC/1973 e 202, I e II, do CC/2002

Alega a recorrente, nesse aspecto, que "a medida cautelar de protesto ajuizada pela Recorrida não teve o condão de interromper o curso da prescrição, pois no momento de sua apresentação já havia *actio nata*, ou seja, a Recorrida naquela oportunidade já poderia ter proposto a presente ação de cobrança" (e-STJ fl. 737), tendo sido violados os arts. 219, § 5º, 868, 869 e 871 do CPC/1973 e 202, I e II, do CC/2002, com o seguinte teor, respectivamente:

"Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

[..]

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição."

"Art. 868. Na petição o requerente exporá os fatos e os fundamentos do protestos."

"Art. 869. O juiz indeferirá o pedido, quando o requerente não houver demonstrado legítimo interesse e o protesto, dando causa a dúvidas e incertezas, possa impedir a formação de contrato ou a realização de negócio lícito."

"Art. 871. O protesto ou interpelação não admite defesa nem contraprotesto nos autos; mas o requerido pode contraprotostar em processo distinto."

"Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I – por despacho do juiz mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II – por protesto, nas condições do inciso antecedente;"

O Tribunal de origem, acerca do tema, fundamentou o seu entendimento assim:

"Rejeita-se ainda a tese de ineficácia da notificação, tendo em vista a possibilidade de imediata propositura da demanda. Os motivos pelos quais a tutela provisória era necessária foram deduzidos pela autora e não se tornaram controvertido. Inadmissível afastá-los nesta sede" (e-STJ fl. 682).

Claramente a Corte local, a título de motivação, afirmou que as causas para protesto foram deduzidas na respectiva peça e nos autos específicos, não foram objeto de controvérsia e não poderiam ser afastadas nesta ação ordinária. A questão, portanto, para

uma eventual reforma do acórdão recorrido, é saber se, deferido o protesto pelo magistrado, nos autos próprios – por estarem presentes os requisitos legais necessários –, poderia o Juiz da ação ordinária rever tais requisitos para efeito de considerar ausente o interesse para o protesto e para concluir, conseqüentemente, que o referido ato judicial não teria acarretado a interrupção da prescrição para a demanda indenizatória.

Os dispositivos elencados no recurso especial como violados e reproduzidos acima, entretanto, não cuidam da possibilidade de desconstituir, neste processo, os motivos do protesto, acolhidos pelo Juiz competente, sendo, portanto, impertinentes para reforma do acórdão recorrido quanto a essa fundamentação. A propósito, conduzem, na verdade, a entendimento em sentido contrário, ou seja, o juiz, nos autos do protesto, é que poderá indeferir-los quando ausente legítimo interesse, e o requerido poderá apresentar contraprotesto em processo específico para tal fim, desse modo:

(i) o art. 219, § 5º, do CPC/1973 apenas estabelece que a citação válida interrompe a prescrição e que o "o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição", sem aventar a possibilidade de o magistrado da ação principal retirar a força interruptiva do protesto efetuado mediante decisão positiva e fundamentada de juiz que atuou, especificamente, no processo cautelar;

(ii) os arts. 868, 869 e 871 do CPC/1973 tão somente disciplinam os requisitos do protesto a serem apreciados no âmbito do respectivo procedimento cautelar;

(iii) por fim, o art. 202, inciso I c/c inciso II, do CC/2002 nem mesmo se aplica ao presente caso tendo em vista que os fatos da demanda ocorreram na vigência do CC/1916. Além disso, dispõe somente que a interrupção da prescrição pelo protesto se dará pelo "despacho do juiz" que ordenar a "citação" (notificação ou intimação) do requerido nos autos da cautelar, devendo o interessado promovê-la "no prazo e na forma da lei processual". Com efeito, tal dispositivo não dispõe acerca da possibilidade de o juiz da ação ordinária enfrentar novamente os requisitos do protesto judicial realizado anteriormente mediante deferimento por decisão do magistrado então competente.

Diante dos argumentos acima, fica afastada a alegada contrariedade aos arts. 219, § 5º, 868, 869 e 871 do CPC/1973 e 202, I e II, do CC/2002.

II.d – Arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973 e 202, parágrafo único, do CC/2002

O TJSP asseverou que, "ainda que se pudesse invocar, por analogia, o disposto no art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil, enquanto não efetivada a comunicação e concluído o processo de notificação judicial, a interrupção perdurou. Nessa linha, mesmo que admitido o efeito retroativo da interrupção para a data do ajuizamento da cautelar, o prazo não recomeçou a correr a partir dessa data. Deve ser considerado como termo *a quo* do reinício da contagem o dia em que concluído o processo antecedente" (e-STJ fl. 682).

No acórdão que rejeitou os embargos de declaração, o Tribunal de origem acrescentou em sua fundamentação o seguinte:

"2. Decidiu-se no acórdão que a interrupção do prazo prescricional perdurou até a conclusão do processo de notificação judicial, ou seja, atendeu ao disposto na parte final do art. 173 do Código Civil" (e-STJ fl. 728).

No acórdão dos aclaratórios, portanto, foi indicado o fundamento para que a interrupção do prazo prescricional fosse mantida até o final da cautelar de protesto. Invocou a parte final do art. 173 do CC/1916, que assim dispõe:

"Art. 173. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper." (Grifei.)

A recorrente, por sua vez, afirmou terem sido ofendidos os seguintes dispositivos do CPC/1973 e do CC/2002:

"Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação."

"Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado."

"Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

[...]

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a ocorrer da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper."

Argumenta que, diante dos dispositivos mencionados, "o *dies a quo* a partir do qual deve ser contada a prescrição, nos casos em que sua 'interrupção' se dá mediante ajuizamento de **protesto**, não é o dia '*do último ato praticado no protesto*', como mencionado no v. acórdão recorrido, mas sim o **DIA DO PROTOCOLO** (data da distribuição da notificação judicial/protesto), consoante os julgados deste Colendo Tribunal" (e-STJ fl. 741). No presente caso, "a interrupção da prescrição deu-se em **12 de julho de 2002**, dia em que foi **distribuída** a cautelar de protesto (fls. 108). A presente demanda de cobrança, todavia, foi proposta em **14 de julho de 2004** (fls. 02), dois dias *após* escoado o prazo prescricional" (e-STJ fls. 742/743).

Inicialmente, os arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973, conforme se pode verificar na transcrição acima, dizem respeito, apenas, ao momento inicial da interrupção, não cuidando do seu período de duração, isto é, se o prazo prescricional volta a correr no dia seguinte ao da prática do respectivo ato ou se permanece interrompido até o final da cautelar de protesto.

Quanto ao art. 202, parágrafo único, do CC/2002, embora discipline o tema pertinente ao período de interrupção do prazo prescricional, não se aplica ao presente caso. Observe-se que a cautelar de protesto foi autuada e distribuída em 15.7.2002 (e-STJ fl. 111), o Juiz deferiu a notificação respectiva em 18.7.2002 (e-STJ fl. 130), o mandado de notificação foi cumprido em 8.8.2002 (e-STJ fl. 139), e o despacho liberando o processo para ser entregue ao requerente foi publicado em 23.8.2002 (e-STJ fls. 140/141). Com efeito, qualquer que seja o ato processual a ser considerado, a interrupção do prazo se deu na vigência do sistema legal disciplinado no CC/1916. Por isso é que o Tribunal de origem invocou, tão somente, o art. 173 do referido diploma, nem mesmo enfrentado expressamente pela recorrente.

Em tal contexto, o art. 202, parágrafo único, do CC/2002 revela-se impertinente para buscar a reforma do acórdão recorrido, sendo irrelevante o fato de tal norma legal corresponder, com alguns ajustes, ao art. 173 do CC/1916. A propósito, esta QUARTA TURMA, por maioria, adotou tal orientação no julgamento do REsp n. 903.849/RN, ocorrido em 27.9.2016, DJe 24.11.2016, no qual fui designado Relator para lavrar o acórdão. Confira-se a ementa do referido precedente:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. CONTRATO DE ASSUNÇÃO DE DÍVIDA E NOTA PROMISSÓRIA A ELE VINCULADA. IMPORTÂNCIA DECORRENTE DA INADIMPLÊNCIA EM CONTRATO ANTERIOR DE *FACTORING*. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Quanto à alínea 'a' do permissivo constitucional, destaco que a recorrente indicou como violado apenas o art. 166, II, primeira parte, do CC/2002, que não se aplica ao presente caso, porque o contrato a ser anulado foi celebrado na vigência do CC/1916. Retroatividade vedada nos termos do art. 2.035 do CC/2002. Precedentes.

3. O fato de existir no CC/1916 (*cf.* art. 145, II, primeira parte) dispositivo semelhante ao art. 166, II, primeira parte, do CC/2002 não permite conhecer do recurso. Por se tratar de dever da parte mencionar as normas federais violadas, é vedado a este colegiado indicar a norma correta em substituição àquela mencionada pela recorrente, sob pena de ferir, também, o princípio processual da isonomia, disciplinado nos arts. 125, I, do CPC/1973 e 139, I, do CPC/2015. Caso em que não se está diante de mero equívoco material sanável.

[...]

5. Recurso especial não conhecido."

Os precedentes colacionados pela recorrente também não viabilizam a passagem do recurso especial nessa parte. O REsp n. 52.607/DF, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA TURMA, DJ de 26.9.1994, e os EREsp n. 108.866/DF, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 8.6.1998, referem-se à interrupção do prazo prescricional na seara tributária à luz dos arts. 173 e 174 do CTN. O REsp n. 97.147/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA por sua vez, enfrenta exclusivamente a questão pertinente à eventual necessidade de o autor da ação requerer a prorrogação do prazo de citação para ensejar o efeito interruptivo da prescrição. Portanto, tais paradigmas não guardam a necessária semelhança fático-jurídica com o presente processo.

Entendo, por tudo isso, que não ocorreu violação dos arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973 e 202, parágrafo único, do CC/2002, além de não estar configurado o dissídio jurisprudencial.

II.e – Art. 26 da Convenção de Varsóvia

Alega a recorrente que "as mercadorias transportadas pela ora Recorrente foram desembarcadas no Aeroporto de Viracopos em julho de 2001, tendo sido **recebida** pelos representantes da empresa Columbia, segurada da Recorrida Unibanco AIG Seguros, **sem qualquer ressalva imediata com relação à sua integridade**" (e-STJ fl. 749). Acrescenta que "o v. Acórdão considerou que as mercadorias estavam avariadas com base em um documento que não se trata da ressalva do destinatário, qual seja, o chamado 'SISCOMEX-MANTRA' (Manifesto de Trânsito Aduaneiro), que é alimentado diretamente pela INFRAERO, empresa que tem **interesse direto** em exonerar-se da responsabilidade pelos prejuízos aqui cobrados, pois estes foram detectados quando as cargas se encontravam *sob sua guarda*. As menções contidas no MANTRA, ademais, são as de praxe, e se referem ao **aspecto externo** das caixas nas quais as mercadorias estavam acondicionadas, que, obviamente, sempre estão sujeitas a 'amassados' (até para cumprir a sua função, que é proteger adequadamente as mercadorias dos naturais percalços do transporte, sujeitos ao trânsito aduaneiro)" (e-STJ fl. 750). Destaca "o fato de que as anotações sobre o estado do pacote, do *container* ou da caixa, **externos**, jamais foram suficientes, na prática do comércio exterior, para 'substituir' ou 'dispensar' a imediata averiguação das cargas, **internamente**, a enseja a *ressalva formal* (protesto) prevista tanto na Convenção de Varsóvia (art. 26) quanto no Código Civil (art. 754), pelo **importador (recebedor da carga)**" (e-STJ fl. 750). Diz que "prova indiciária" não prevalece no caso de ausência de ressalva do destinatário. Afirma, então, contrariedade ao art. 26, 1, da Convenção de Varsóvia, com o seguinte teor:

"(1) Salvo prova em contrário, presumem-se entregues em bom estado, e de conformidade com o documento de transporte, as mercadorias e bagagens que o destinatário haja recebido sem protesto."

O referido dispositivo disciplina, claramente, presunção relativa, permitindo prova em contrário no caso de o recebimento da mercadoria ocorrer sem ressalva. Por outro lado, não especifica quais serão as provas válidas, admitindo-se, em tal circunstância, amplo suporte probatório.

Ocorre que, acerca do tema, o Tribunal de origem afastou a presunção disciplinada no art. 26 da Convenção de Varsóvia considerando incontroversas as avarias, constatadas no dia seguinte ao desembarque, confirmadas por vistoria posterior e aceitas pela própria transportadora, estando o acórdão recorrido, que julgou as apelações das rés, assim fundamentado:

"4. A existência do contrato de transporte e as avarias na mercadoria são fatos incontroversos. Nessa medida, irrelevante a ausência de autenticação e tradução dos documentos representativos dessa relação jurídica.

Os problemas que tornaram a mercadoria totalmente imprópria para uso foram constatados no dia seguinte ao do desembarque e confirmados posteriormente, por vistoria aduaneira, conclusão aceita pela transportadora (fls. 85/86).

Dúvida não há, portanto, quanto à danificação da mercadoria importada. Resta saber quem e o responsável pelos danos.

Para a apelada, o problema ocorreu durante o armazenamento, com o que concorda a transportadora, que ressaltou a entrega em perfeitas condições, que ressaltou a entrega em perfeitas condições (fls. 86).

Destaca-se que eventual mau acondicionamento do produto pelo exportador não exime a responsabilidade das apelantes, que o receberam sem qualquer ressalva. Caso houvesse alguma irregularidade, a transportadora e a depositária não deveriam ter aceitado a carga. Se o fizeram é porque nada existia.

Importante enfatizar, todavia, a ausência de qualquer anotação quanto ao estado da mercadoria por ocasião da entrega pelo transportador e recebimento pelo representante da co-apelante Bax Global. Ele próprio, aliás, como já observado, reconheceu ter a avaria ocorrido depois de concluído o transporte.

A apelada aponta, porém, observação feita pela depositária, quanto ao estado em que a mercadoria foi entregue pela transportadora (fls. 348, 352 e 532).

De fato, não obstante as alegações das apelantes, o documento de fls. 83 revela a existência de avarias. Intimada a indicar a fonte da informação e demonstrar o significado dos códigos, a apelada prestou os devidos esclarecimentos (fls. 553/558), não impugnados pelas litisconsortes passivas.

A prova documental permite concluir, portanto, pela responsabilidade da transportadora. Ao que tudo indica, há nexos entre o transporte e os danos" (e-STJ fls. 684/684 – grifei).

Desfeita a presunção relativa prevista no dispositivo, a reforma do acórdão recorrido, nesse ponto, esbarra na vedação contida na Súmula n. 7 do STJ, que impede o simples reexame de provas na instância especial.

Quanto ao mencionado art. 754 do CC/2002, que não possui correspondente no CC/1916, além de não prevalecer sobre a norma especial da Convenção de Varsóvia (art. 26), não se aplica ao presente caso, tendo em vista que os fatos ocorreram na vigência do Código anterior, conforme anotado anteriormente, ao longo deste voto.

Para encerrar, o precedente citado no recurso especial vinculado a esse tema (REsp n. 198.811/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, DJ de 16.12.2002), por cuidar de indenização decorrente de extravio de mercadorias durante transporte marítimo, não de transporte aéreo internacional, regido pela Convenção de Varsóvia, não guarda semelhança com este processo.

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE dos recursos especiais interpostos por UNIBANCO AIG SEGUROS S.A. e por UNITED PARCEL SERVICE CO., mas NEGÓ-LHES PROVIMENTO.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2009/0175755-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.156.735 / SP**

Número Origem: 7036577601

PAUTA: 01/12/2016

JULGADO: 01/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNITED PARCEL SERVICE CO
ADVOGADOS : ABRÃO JORGE MIGUEL NETO - SP172355
CAROLINA NEVES DO PATROCÍNIO NUNES - SP249937
RECORRENTE : UNIBANCO AIG SEGUROS S/A
ADVOGADO : MÁRCIO ROBERTO GOTAS MOREIRA E OUTRO(S) - SP178051
RECORRIDO : OS MESMOS
LITIS. PAS : BAX GLOBAL DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : MÁRCIO ROSSI VIDAL E OUTRO(S) - SP154483

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Seguro

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2009/0175755-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.156.735 / SP**

Número Origem: 7036577601

PAUTA: 01/12/2016

JULGADO: 06/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNITED PARCEL SERVICE CO
ADVOGADOS : ABRÃO JORGE MIGUEL NETO - SP172355
CAROLINA NEVES DO PATROCÍNIO NUNES - SP249937
RECORRENTE : UNIBANCO AIG SEGUROS S/A
ADVOGADO : MÁRCIO ROBERTO GOTAS MOREIRA E OUTRO(S) - SP178051
RECORRIDO : OS MESMOS
LITIS. PAS : BAX GLOBAL DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : MÁRCIO ROSSI VIDAL E OUTRO(S) - SP154483

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Seguro

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado para a próxima sessão por indicação do Sr. Ministro Relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2009/0175755-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.156.735 / SP**

Número Origem: 7036577601

PAUTA: 01/12/2016

JULGADO: 13/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNITED PARCEL SERVICE CO
ADVOGADOS : ABRÃO JORGE MIGUEL NETO - SP172355
CAROLINA NEVES DO PATROCÍNIO NUNES - SP249937
RECORRENTE : UNIBANCO AIG SEGUROS S/A
ADVOGADO : MÁRCIO ROBERTO GOTAS MOREIRA E OUTRO(S) - SP178051
RECORRIDO : OS MESMOS
LITIS. PAS : BAX GLOBAL DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : MÁRCIO ROSSI VIDAL E OUTRO(S) - SP154483

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Seguro

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2009/0175755-2 **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.156.735 / SP**

Número Origem: 7036577601

PAUTA: 01/12/2016

JULGADO: 15/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROGÉRIO DE PAIVA NAVARRO**

Secretária

Dra. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNITED PARCEL SERVICE CO
ADVOGADOS : ABRÃO JORGE MIGUEL NETO - SP172355
CAROLINA NEVES DO PATROCÍNIO NUNES - SP249937
RECORRENTE : UNIBANCO AIG SEGUROS S/A
ADVOGADO : MÁRCIO ROBERTO GOTAS MOREIRA E OUTRO(S) - SP178051
RECORRIDO : OS MESMOS
LITIS. PAS : BAX GLOBAL DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : MÁRCIO ROSSI VIDAL E OUTRO(S) - SP154483

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Seguro

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado para a próxima sessão por indicação do Sr. Ministro Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2009/0175755-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.156.735 / SP**

Número Origem: 7036577601

PAUTA: 01/12/2016

JULGADO: 02/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS**

Secretário

Bel. **ROMILDO LUIZ LANGAMER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNITED PARCEL SERVICE CO
ADVOGADOS : ABRÃO JORGE MIGUEL NETO - SP172355
CAROLINA NEVES DO PATROCÍNIO NUNES - SP249937
RECORRENTE : UNIBANCO AIG SEGUROS S/A
ADVOGADO : MÁRCIO ROBERTO GOTAS MOREIRA E OUTRO(S) - SP178051
RECORRIDO : OS MESMOS
LITIS. PAS : BAX GLOBAL DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : MÁRCIO ROSSI VIDAL E OUTRO(S) - SP154483

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Seguro

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

O presente feito foi retirado de pauta por indicação do Sr. Ministro Relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2009/0175755-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.156.735 / SP**

Número Origem: 7036577601

PAUTA: 16/02/2017

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS**

Secretária

Dra. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNITED PARCEL SERVICE CO
ADVOGADOS : ABRÃO JORGE MIGUEL NETO - SP172355
CAROLINA NEVES DO PATROCÍNIO NUNES - SP249937
RECORRENTE : UNIBANCO AIG SEGUROS S/A
ADVOGADO : MÁRCIO ROBERTO GOTAS MOREIRA E OUTRO(S) - SP178051
RECORRIDO : OS MESMOS
LITIS. PAS : BAX GLOBAL DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : MÁRCIO ROSSI VIDAL E OUTRO(S) - SP154483

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Seguro

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **PAULO HENRIQUE CREMONEZE PACHECO**, pela parte RECORRENTE: UNIBANCO AIG SEGUROS S/A

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente e negou provimento ao recurso especial de UNIBANCO AIG SEGUROS S/A e ao recurso especial de UNITED PARCEL SERVICE CO, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Senhora Presidente, também quero cumprimentar o Doutor Paulo Henrique Cremonese Pacheco, pela qualidade da sustentação produzida, e o eminente Relator, pelo voto profundo que nos traz analisando o caso. Entendo que seria de muita relevância, na hipótese, o afastamento da tarifação prevista em lei específica, à luz de dispositivos constitucionais, mesmo na vigência do Código Civil de 1916, mas já sob influência da Constituição 1988. Isso poderia efetivamente afastar a limitação tarifária da indenização pretendida pelo Unibanco AIG Seguros S/A, mas demandaria que também o recurso extraordinário tivesse sido paralelamente agitado com este recurso especial, o que não se deu, como esclarece o eminente Relator em seu primoroso voto. Diante disso, fica comprometido um ponto que seria crucial à pretensão do recorrente, Unibanco AIG Seguros S/A.

Acompanho o voto do eminente Relator nesses termos.
