EXAME DO CONTRATO DE TRANSPORTE CARREADO NO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

[EMERSON MARTINS SANTOS](#) e [SANDRA REGINA TABOSSI FREIRE](#)

1. INTRODUÇÃO:

Nessas linhas, buscaremos demonstrar de forma, simples e didática, a imprescindibilidade do contrato de transporte à sociedade.

O contrato de transporte, instituto jurídico, disciplinado pelo atual Código Civil nos artigos 730 e seguintes, contendo, a normatização necessária a especialização do instituto, sobretudo, no trato dinâmico e sucessivo das mais variadas situações.

O contrato de transporte, indubitavelmente, usual, histórico e necessário, atravessou os séculos sem perder ou transformar sua essência.

A primeira idéia que devemos trabalhar é a adaptação do homem a si próprio e ao meio em que vive. O ser humano, a fim de realizar seus ideais têm que se adaptar à natureza. Cria seu mundo cultural e a ele se submete.

Esse estudo modesto, porém dirigido, pretende desvendar as nuances contidas a legislação civil, aplicadas à matéria em comento, simplificando o conteúdo de seu texto e conseqüentemente interpretando sistêmica e teleologicamente a intenção do legislador do Código Civil.

Veremos que, o contrato de transporte, especificamente, concebe e admite a aplicação sistemática de um vasto conjunto normativo, por exemplo, o ornato do Código de Defesa do Consumidor e inúmeros outros diplomas de trato especial.

Anteveremos, outrossim, a dogmática constitucional face à matéria em comento, sob o prisma da ordem econômica, valorização do trabalho humano, justiça social em paralelo ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado, universalmente, a maior aspiração da humanidade.

A importância do instituto em comento, inclusive, mereceu especial espaço no texto constitucional, destaque nas doutrinas e inovações na jurisprudência, de modo que, sondaremos, linearmente, o dirigismo contratual e a intervenção do Estado nas relações eminentemente privadas.

Estudaremos a intervenção do Estado no domínio econômico.

Por derradeiro, estruturamos posição inovadora no Direito Civil contemporâneo, quer seja, o egresso do contrato de transporte ao status vital de ordem pública e, conseqüentemente, sondaremos até a abstração à posição de incomparáveis ícones do direito acerca da matéria.

2. A HISTÓRIA DOS TRANSPORTES:

Desde os primórdios da história da humanidade, o homem tem conexão com o transporte. A história do transporte desenvolveu-se no mundo através da necessidade que o homem encontrava de se deslocar de um lado para outro, e com isso ganhar tempo e espaço.

Até o século XVI, pouca coisa havia mudado nesta área, pois a velocidade máxima alcançada por um meio de transporte inventado pelo homem não passava de 20 km/h.

Porém, uma revolução estava prestes a acontecer. Tal revolução iniciou-se lentamente, intensificando-se no final do século XIX, tendo fundamental importância no decorrer de todo o século XX. Os meios de transportes passariam a ser desenvolvidos de uma maneira diferente e revolucionária.

Antes, os conhecimentos para a construção de máquinas, tanto para transporte de pessoas como para transporte de cargas, eram passados de geração em geração e utilizados de maneira rudimentar há séculos. Após o Renascimento, as coisas começaram a mudar apesar de isso ocorrer de uma maneira lenta. Primeiro vieram às caravelas, que possibilitaram ao homem cruzar o mundo, e descobrir novos continentes. Com a revolução causada pela descoberta de novos continentes, veio também uma outra revolução, que se iniciou na Inglaterra: a Revolução Industrial. Essa revolução geraria uma necessidade: transportar produtos e pessoas em grandes quantidades, e principalmente, de maneiras eficientes.

Então, os meios de transporte começam a ser desenvolvidos, e não pararam mais, em menos de 200 anos, evoluíram mais do que em todo o restante da história da humanidade. Para exemplificar esta situação, basta citarmos que a velocidade máxima, que era de aproximadamente 20 km/h, deu um impressionante salto para algo em torno de 200.000 km/h. Conquistamos não só a soberania no solo, mas também nas águas e nos céus.

Na década de 60, lançou um homem ao espaço. Não contente com isso, o homem, utilizando foguetes que atingem velocidades inimagináveis (pelo menos até então) e que têm a capacidade de cruzar grandes distâncias no espaço, pisa na Lua, no ano de 1969.

A revolução nos meios de transporte desencadeou toda uma série de outras revoluções tecnológicas. O homem passou a se locomover de maneira rápida para qualquer lugar: seja para ir ao trabalho, perto de casa, ou para cruzar todo o planeta, em uma viagem de avião.

3. O CONTRATO DE TRANSPORTE NO CÓDIGO CIVIL:

O contrato de transporte é matéria extremamente relevante, pois é um dos pilares que sustentou a infra-estrutura social convencionada na idade média, moderna e agora na contemporânea, em outras palavras, é serviço público de máxima importância.

O conceito de contrato de transporte foi perfeitamente, resumido no Art. 730 do atual Código Civil:

Art. 730 – Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.

A douta jurista, Maria Helena Diniz, esclarece:

“O contrato de transporte é aquele em que uma pessoa ou empresa se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um local para outro, pessoas ou coisas animadas ou inanimadas [...]” 1[1]

O não menos brilhante, Flavio Tartuce, anota:

“[...] Trata-se de contrato pelo qual alguém (o transportador) se obriga, mediante uma determinada remuneração, a transportar de um local para o outro pessoas ou coisas, por meio terrestre (rodoviário ou ferroviário), aquático (marítimo, fluvial e lacustre) ou aéreo.” 2[2]

O professor Cezar Fiuza, define:

“Transporte é, em poucas palavras, contrato pelo qual uma parte se obriga a levar coisas ou pessoas de um local a outro.” 3[3]

E, ainda:

“Aquele que recebe as coisas ou pessoas se denomina transportador. A pessoa transportada se denomina passageiro ou viajante e aquele que entrega as coisas para o transporte se chama expedidor. Não é parte contratante o eventual destinatário das coisas transportadas, a não ser que seja ele o próprio expedidor.” 4[4]

1[1] Curso de Direito Civil – Maria Helena Diniz, pg. 469

2[2] Curso de Direito Civil – Flavio Tartuce, pg. 519

3[3] Curso de Direito Civil – Cezar Fiuza, pg. 383

4[4] Curso de Direito Civil – Cezar Fiuza, pg. 383

E, arremata Fiuza:

“O transporte pode ser de pessoas ou coisas. Estas animadas ou inanimadas”.

O ícone do direito, Silvio de Salvo Venosa, ensina:

“Contrato de transporte é o negócio pelo qual um sujeito se obriga, mediante remuneração, a entregar coisa em outro local ou a percorrer um itinerário para uma pessoa.5[5]”

Ensina ainda e mais:

“Deve distinguir-se o contrato de transporte propriamente dito, que é o ato negocial cujo objetivo principal é o traslado de uma coisa ou pessoa, da relação de transporte acessório de outro contrato. O contrato de transporte traduz-se pelo deslocamento da coisa ou pessoa como fundamento do negócio jurídico. No entanto, a relação de transporte pode estar presente em outros negócios, como acessório, tal como na venda na qual o vendedor obriga-se a entregar coisa no domicílio do comprador. Nessa hipótese, o vendedor não se qualifica como transportador, não se submetendo a seus riscos específicos; a sua responsabilidade restringe-se às normas que se aplicam à compra e venda.”6[6]

Roberto Senise Lisboa, frisa:

“Transporte é o contrato por meio do qual uma pessoa física ou jurídica (transportadora) se obriga a conduzir pessoas ou coisas para determinado destino, mediante o pagamento respectivo do interessado”.

E, arremata:

“Diferencia-se o contrato de transporte de condução por mera cortesia, hipótese em que qualquer dano provocado à pessoa ou aos seus bens importará na responsabilidade extracontratual do agente. Não se considera de mera cortesia ou por amizade transporte que dá com o propósito de o transportador auferir para si vantagens indiretas.”7[7]

O professor Silvio de Salvo Venosa busca situar o pesquisador, separando os institutos e suas repercussões, pois não há o que se confundir. Os institutos premiados no atual Código Civil são distintos e buscam atingir finalidade particular e isolada uns dos outros. No entanto, não há impedimento legal de qualquer ordem para a coexistência concursal dos institutos, ou seja, as variações contratuais, possam há um só tempo, abarcar a mesma relação obrigacional. O contrato, como sabemos, é fonte do direito obrigacional.

O professor Silvio de Salvo Venosa sustenta a segregação dos institutos, nesse caso, devendo prevalecer o instituto que constitui a obrigação.

Em outras palavras, Silvio de Salvo Venosa, preconiza a autonomia e independência do direito contratual, fazendo-o taxativamente em suas imensuráveis obras.

Para Venosa, a relação contratual deve ser observada, por dois prismas: o **contrato principal** e o **contrato acessório**, sendo que, a relação estará subordinadas as normas de regência do contrato principal. É sabido, desde, o estudo do direito obrigacional que, o acessório não se sobrepõe ao principal, pelo contrário, o acessório segue a sorte do principal, assim, é natural e lógico as reflexões sugeridas por Venosa.

Segundo, Roberto Senise Lisboa, o contrato de transporte não se confunde com condução por mera cortesia, caso em que, afasta a aplicação normativas de regência da matéria, resultando, portanto, em responsabilidade extracontratual do agente. Nesse caso, o contrato de transporte inexistente.

5[5] Silvio de Salvo Venosa – Curso de Direito Civil, pg. 491

6[6] Silvio de Salvo Venosa – Curso de Direito Civil, pg. 491, 492

7[7] Manual Elementar de Direito Civil – Roberto Senise Lisboa, pg. 240

O contrato de transporte, assim, como as demais variações contratuais, deve ser juridicamente definido. A definição busca, em regra, situar o pesquisador dentro da matéria, tornado possível, o exame científico do instituto. O exame normativo revela que o contrato de transporte é: bilateral ou sinalagmático⁸[8], oneroso⁹[9], comutativo¹⁰[10], consensual¹¹[11] e típico¹²[12].

Quanto à natureza jurídica do instituto, examináramos "*Ad litteris et verbis - pari passu*":

Partimos da bilateralidade ou sinalagma: **o contrato de transporte é essencialmente bilateral, pois importa em obrigações recíprocas aos contraentes**. Nesse sentido, esclarece Maria Helena Diniz:

"[...] por originar obrigações para o transportador como para o passageiro ou expedidor. O transportador deverá remover coisa ou pessoa de um lugar para outro, e o passageiro ou expedidor terá o dever de pagar o preço ajustado, que é a passagem ou frete."¹³[13]

O professor Flavio Tartuce, anota:

"[...] o contrato de transporte é bilateral ou sinalagmático, pois gera direitos e deveres proporcionais para ambas as partes. Isso tanto para o transportador (que deverá conduzir a coisa ou pessoa de um lugar para outro) quanto para o passageiro ou expedidor (que terá a obrigação de pagar o preço convencionado pela partes)."¹⁴[14]

Silvio de Salvo Venosa, partilha do mesmo entendimento:

"O transporte é negócio jurídico bilateral, consensual, oneroso, típico conforme o atual Código, de duração, comutativo, não formal. É bilateral, pois gera obrigações para ambas as partes."¹⁵[15]

Mas destaca que:

"De início, muito se discutiu acerca de sua natureza jurídica: locação de serviços, empreitada, depósito, misto de locação e depósito. Cuida-se evidentemente de contrato com princípios próprios, embora, alguns comuns a outros negócios contratuais. Sua afinidade com o depósito é palpável, tanto que, o art. 751 do atual Código Civil estabelece que a coisa depositada ou guardada nos armazéns do transportador, em virtude de contrato de transporte, rege-se-à, no que couber, pelas disposições relativas ao depósito."¹⁶[16]

O entendimento do professor Cezar Fiuza é no mesmo sentido:

"[...] será bilateral, por gerar obrigações para ambas as partes."¹⁷[17]

8[8] O professor Flavio Tartuce, esclarece: "[...] o contrato será bilateral quando os contratantes são simultaneamente e reciprocamente credores e devedores uns dos outros, produzindo os negócios direitos e deveres para ambos. O contrato bilateral é também denominado contrato sinalagmático, pela presença do sinalagma que é a proporcionalidade das prestações, eis que as partes têm direitos e deveres entre si (relação contratual complexa)." pg. 44

9[9] O professor Flavio Tartuce, esclarece: "Os contratos onerosos são aqueles que trazem vantagens para ambos os contratantes, pois ambos sofrem o mencionado sacrifício patrimonial (idéia de proveito alcançado). Ambas as partes assumem deveres obrigacionais, havendo um direito subjetivo de exigi-lo."pg. 45

10[10] O professor Flavio Tartuce, esclarece: "[...] o contrato será comutativo ou pré-estimado quanto as partes já sabem quais são as prestações." pg. 46

11[11] O professor Flavio Tartuce, esclarece: "Os contratos consensuais são aqueles negócios que têm aperfeiçoamento pela simples manifestação de vontade das partes envolvidas. Já os contratos reais são aqueles que se aperfeiçoam com a entrega da coisa (*traditio rei*), de um contratante para o outro." pg.45

12[12] O professor Flavio Tartuce, esclarece: "[...] os contratos típicos são aqueles regulados por lei, enquanto, os atípicos aqueles não encontram previsão legal". pg. 47

13[13] Curso de Direito Civil – Maria Helena Diniz, pg. 469

14[14] Curso de Direito Civil – Flavio Tartuce, pg. 520

15[15] Curso de Direito Civil – Silvio de Salvo Venosa, pg. 494

16[16] Curso de Direito Civil – Silvio de Salvo Venosa, pg. 493

17[17] Curso de Direito Civil – Cezar Fiuza, pg. 383

Visto seja, portanto, que, a doutrina dominante é pacífica acerca do caráter bilateral ou sinalagmático dos contratos de transporte. E, é assim, pois a uma das partes incumbe-se o ônus de remunerar, passo em que, a outra parte recai o dever de transportar a coisa ou a pessoa de um local para outro previamente ajustado.

O contrato de transporte, em regra, será oneroso, nos termos do art. 730 do atual Código Civil, vejamos:

Art. 730 – Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, passou ou coisas. (grifei).

O Código Civil, não definiu o sentido de retribuição.

Pois é, o novo ordenamento jurídico privado, não esclareceu o modo de retribuição, mas essencial definiu que a retribuição é necessária, pois a própria natureza da atividade de transporte é econômica de fins lucrativos.

A retribuição poderá, portanto, ocorrer em pecúnia ou não (interpretação gramatical). Por outro lado, interpretando do texto legal por hermenêuticas sistemática e teleológica, pode-se dizer que a retribuição, nesse caso, deve ser em pecúnia (dinheiro). Mas vejamos a doutrina dominante.

Maria Helena Diniz, esclarece:

“Onerosidade, por haver vantagens para ambos os contraentes. Tal onerosidade lhe é essencial, pois o serviço de transporte é atividade econômica de fim lucrativo. Se porventura for gratuito, ter-se-á contrato, mas a responsabilidade do transportador obedecerá à norma diversa, entendendo-se que, havendo dano, a presunção de culpa será tão-somente “Juris tantum”.” 18[18]

Isto posto, podemos visualizar claramente que, Maria Helena Diniz, sustenta o entendimento de que, a retribuição, nesse caso, deve ser econômica, ou seja, em pecúnia, pois é da própria essência da atividade que objetiva finalidade lucrativa.

O ícone do direito contemporâneo, Silvio de Salvo Venosa, delineou seu magistral entendimento do seguinte modo:

“É geralmente oneroso o contrato, porque as partes buscam vantagens recíprocas; o destino para a coisa ou para o passageiro e o preço para o transportador. Excepcionalmente, o transporte pode ser gratuito, pois a onerosidade não lhe é essencial. Quem transporta em seu veículo um amigo ou um pacote a pedido dele, ordinariamente não espera o pagamento do preço.” 19[19]

De modo evidente, podemos abstrair o confronto de entendimento desses dois doutrinadores de elite. De um lado, Maria Helena Diniz, sustenta que, a onerosidade é elemento essencial no contrato de transporte. De outro lado, Silvio de Salvo Venosa, entende que o elemento onerosidade no contrato de transporte é acidental, embora, contrário senso, em direito, é excepcional.

Diante deste diapasão, Cezar Fiuza, elucida:

“oneroso ou gratuito, dependendo de o transportador cobrar ou não por seu serviço. É de se notar, porém, que se presume oneroso, uma que a ninguém a dado locupletar-se de atividade alheia [...]” 20[20]

Resta demonstrado, portanto, que, o elemento onerosidade no contrato de transporte, não é acidental, pois a presunção aqui é que deve existir uma contraprestação, ou seja, a toda prestação a devida uma contraprestação equivalente, sob pena de configurar-se o enriquecimento sem causa. O contrário, resulta apenas de previsão contratual expressa. De modo que, é possível concluir que o contrato de transporte em sua essência é oneroso, portanto, a forma gratuita é exceção.

O contrato de transporte, em regra, também é comutativo, pois os contraentes antemão conhecem os encargos do contrato, em outras palavras, os contraentes já sabem suas prestações uns aos

18[18] Curso de Direito Civil – Maria Helena Diniz, pg. 469

19[19] Curso de Direito Civil – Silvio de Salvo Venosa, pg. 494

20[20] Curso de Direito Civil – Cezar Fiuza, pg. 383

outros. No contrato de transporte, por exemplo, a obrigação do contrato é efetuar o transporte da coisa ou pessoa para o local determinado, ao passo que, o contratante é retribuir, mediante pagamento, os serviços de transporte prestado, pelo preço previamente pactuado. Podemos observar que, as prestações, nesse caso, já estão perfeitamente definidas, portanto, o contrato de transporte em sua natureza e essência será comutativo.

A doutrina dominante tem adotado o mesmo pensamento, vejamos, por exemplo, Maria Helena Diniz:

“Comutativo, porque as prestações de ambas as partes contratantes já estão certas, não ficando na dependência de algum evento futuro e incerto [...]” 21[21]

Flávio Tartuce, magistralmente completa:

“O contrato é também comutativo, pois as partes já sabem de imediato quais são as suas prestações [...]” 22[22]

Para Tartuce o contrato de transporte, no mais das vezes, assume a forma de contrato de adesão, vejamos:

“Na grande maioria das vezes, o contrato constitui – se em um típico contrato de adesão, por não estar presente a plena discussão das cláusulas. O transportador acaba por impor o conteúdo do negócio, restando à outra parte duas opções: aceitar ou não os seus termos (“take it or leave it”, como se afirma nos países de língua inglesa). Assumindo o contrato essa forma, deverão ser aplicadas as normas de proteção do aderente constantes do Código Civil em vigor (Art. 423 e 424 – princípios da equivalência material e da função social dos contratos, em sua eficácia interna).” 23[23]

O professor Silvio de Salvo Venosa, anota:

O contrato de transporte **“[...] É comutativo, porque as partes conhecem as obrigações respectivas de início, não dependendo de evento futuro e incerto [...]”** 24[24]

O professor Cezar Fiuza, concorda e destaca:

O contrato de transporte é **“[...] pré-estimado, uma vez que as prestações das partes são antemão conhecidas.”** 25[25]

Do arrazoado é possível abstrair as seguintes conclusões: o contrato de transporte é essencialmente comutativo, as partes, antemão conhece a extensão de seus encargos, ou seja, sabem previamente as prestações que deverão à relação contratual. Por outro lado, as reflexões suscitadas por Tartuce, nos parece conjectura, pois aprendemos desde os estudos básicos do direito, quer seja, introdução a ciência do direito, que, cientificamente nos afeiçãoamos pelo “ser da norma”, não pelo “dever ser”, em outras palavras, o objeto de estudo de jurista é a norma, não suas aberrações.

O contrato de transporte, em regra, será consensual. E, é assim, pois o contrato é aperfeiçoado mediante a manifestação de vontade das partes, ou seja, não depende de forma ou solenidade.

A nobre professora Doutora Maria Helena Diniz, endossa nosso entendimento:

“Consensualidade, visto que se aperfeiçoa pelo mutuo consentimento dos contraentes, admitindo qualquer meio de prova permitido em direito. No transporte de coisas, o meio hábil de provar o recebimento da mercadoria por parte do transportador será o conhecimento de frete (Decreto nº. 19.473/1930), e, no de pessoas, o bilhete de passagem, expedido pelo transportador, provará o pagamento

21[21] Curso de Direito Civil – Maria Helena Diniz, pg. 471

22[22] Curso de Direito Civil – Flávio Tartuce, pg. 521

23[23] Curso de Direito Civil – Flávio Tartuce, pg. 521

24[24] Curso de Direito Civil – Silvio de Salvo Venosa, pg. 494 e 495

25[25] Curso de Direito Civil – Cezar Fiuza, pg. 384

do preço, dando ao passageiro o direito de existir daquele a execução do contrato, isto é, sua remoção de um local para outro.”26[26]

O eminente professor Flavio Tartuce, ensina:

“O contrato é consensual, pois tem aperfeiçoamento com a manifestação de vontade dos contraentes, independentemente da entrega da coisa ou do embarque do passageiro [...]”.27[27]

Em outras palavras, Tartuce, ensina que a entrega da coisa ou o embarque do passageiro interessam a execução do contrato, não ao seu aperfeiçoamento ou validade.

O mestre-jurista, Silvio de Salvo Venosa, partilha do mesmo entendimento e destaca:

“É consensual, porque se aperfeiçoa com o simples acordo de vontades. A entrega da coisa ou embarque do passageiro configuram execução do contrato e não sua conclusão. Há doutrina em contrario, sustentando ser contrato real, o qual necessitaria dessa entrega ou embarque para ultimação. Contudo, no direito contratual, especialmente o de raiz mercantil, a consensualidade é regra geral, não sendo da essência desse negócio transferência de coisa ou embarque de passageiro. Como observado Pontes de Miranda (1972: v.45, 11), o contrato está perfeito “se a companhia de navegação responde, por telefone ou por telegrama, que a passagem está tomada, isto é, considerada, definitivamente, do freguês”. Se o transportador recebe o preço, o contrato de transporte está concluído, independentemente da entrega material da passagem, bilhete ou outro documento. Da mesma forma, quem acena para o táxi na via pública, ingressando no veículo e com este em movimento, está celebrando contrato de transporte.

Uma vez concluído o contrato, a fase subsequente é a entrega da mercadoria ao transportador (ou o ingresso do passageiro no meio utilizado) e sucessivamente o pagamento do preço, o ato material de deslocação da coisa e seu recebimento pelo destinatário. A entrega da coisa ao transportador comprova-se ordinariamente pelo conhecimento de transporte, não sendo, porém, documento essencial para que o contrato se perfeça.”28[28]

O douto professor Cezar Fiuza, com o brilhantismo habitual arremata:

O contrato de transporte será **“consensual, porque se considera celebrado pelo simples acordo de vontades.” 29[29]**

Visto seja, portanto, que a corrente doutrinária dominante convergiu, tornando pacífico o entendimento que, o contrato de transporte, guarda íntima e estreita relação com consentimento dos contraentes, sendo que, esse consentimento é o suficiente para aperfeiçoar o contrato.

Por derradeiro, passamos a enfrentar o último elemento formador da natureza jurídica do contrato de transporte, quer seja, a tipicidade.

O contrato de transporte com o advento da Lei Federal nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passou a ser um contrato típico e nominado.

O contrato será típico, sempre que, encontrar previsão legal expressa, por exemplo, o contrato de compra e venda, o contrato de mandato e agora o contrato de transporte.

O professor Flavio Tartuce, entende que, contrato típico não é igual contrato nomeado, pelo contrario. Vejamos:

“Na verdade, existem sim diferenças entre os conceitos expostos como sinônimos. As expressões contratos *nominados e inominados* devem ser utilizadas quando a figura

26[26] Curso de Direito Civil – Maria Helena Diniz, pg. 470

27[27] Curso de Direito Civil – Flavio Tartuce, pg. 520

28[28] Curso de Direito Civil – Silvio de Salvo Venosa, pg. 494

29[29] Curso de Direito Civil – Cezar Fiuza, pg. 383

negocial constar ou não em lei. Já a expressão contratos *típicos e atípicos* serve para apontar se o contrato ou não um tratamento legal mínimo.” 30[30]

Em outras palavras, Tartuce, ensina que, previsão legal, não é o suficiente para tornar o contrato típico ou atípico, mas apenas para nomeá-lo ou não. O contrato, em sua concepção, será típico ou atípico, quando houver a Lei-lhe dispensar trato legal mínimo.

Vejamos a ilustração de Tartuce, para maior compreensão:

“O art. 1º, parágrafo único, da Lei de Locações (Lei 8.245/1991) ao prever as hipóteses de sua não aplicação, faz menção ao contrato de garagem ou estacionamento, nos seguintes termos: “Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: (...) 2. das vagas autônomas de garagem ou de espaços de estacionamento de veículos”. Pois bem, percebe-se que o contrato de garagem ou estacionamento é nominado, pois seu nome consta em Lei. Entretanto, como não há uma previsão legal mínima, trata-se de um contrato atípico. Concluindo, o contrato em questão é nominado e atípico.” 31[31]

Portanto, se foi citado pelo texto normativo, o contrato será nomeado. Mas apenas será típico, se a lei-lhe, dispensar tratamento legal mínimo.

O contrato de transporte é essencialmente típico e nomeado, pois foi previsto e disciplinado em lei (CC, art. 730 a 756).

Cezar Fiuza, nesse mesmo sentido, assinala:

O contrato de transporte é **“típico, pois que tipificado em varias leis esparsas.” 32[32]**

Portanto, o contrato de transporte, quanto à natureza jurídica é bilateral ou sinalagmático, oneroso, comutativo, consensual, típico e nomeado.

O contrato de transporte é utilizado para circulação das riquezas.

Dos idos da história, as caravelas da idade média, as ferrovias da idade moderna as grandes aeronaves da idade contemporânea, sempre com o objetivo de circular riquezas, quer seja, com o deslocamento de pessoas ou de coisas. Mais além, é o contrato que, possibilita a atuação dos mercados. As relações jurídicas estabelecidas a partir do contrato de transporte têm o condão de nortear a economia e a sorte nações. A importância, imprescindibilidade e relevância, do contrato de transporte, encerram o status pretendido no art. 2.035 do atual Código Civil.

É o contrato que, possibilita a circulação de pessoas e coisas. Mas, embora, extremamente relevante, como vimos, esse contrato não foi objeto de regulamentação no Brasil até o advento da Lei Federal nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O contrato de transporte, como vimos, não foi objeto de inquietação para o legislador do século XX, ou seja, em outras palavras, a pobre normatização contida no Código Comercial, bastava para regular instituto de primordial relevância.

Maria Helena Diniz, nesse sentido, esclarece:

“O contrato de transporte, apesar de ser um dos negócios jurídicos mais usuais, não foi regulamentado pelo Código Civil de 1916, e muito escassamente o disciplinava o Código Comercial, referindo-se apenas nos arts. 99 a 118 aos condutores de gêneros e comissários de transporte.” 33[33]

Por outro lado, Flavio Tartuce, em sentido diverso assevera:

“É forçoso concordar de forma integral com o jurista Carlos Roberto Gonçalves, para quem, embora seja o transporte um dos negócios jurídicos mais comuns na prática,

30[30] Curso de Direito Civil – Flavio Tartuce, pg. 48

31[31] Curso de Direito Civil – Flavio Tartuce, pg. 48

32[32] Curso de Direito Civil – Cezar Fiuza, pg. 383

33[33] Curso de Direito Civil – Maria Helena Diniz, pg. 468

não havia uma legislação tão específica, na qual se mencionasse, com riqueza de detalhes, as regras basilares de contrato de transporte.”34[34]

Nesse caso, temos: a posição divergente de dois juristas de elite, mas fato é que a normatização contida no Código Comercial era precária e insuficiente, pois disciplinava apenas e somente os condutores de gênero e comissários de transporte, deixando órfã a matéria de fundo, quer seja, o contrato de transporte, cuja, cunho normativo pautava-se na analogia e nos costumes.

No entanto, é importante destacar que, a matéria em comento, as vias da legislação anterior, carecia de especial atenção, mesmo porque, as disposições preliminares da Lei Federal nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, estabeleceu:

Art. 1º - Este código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e suas relações.

Visto seja, portanto, que, a função precípua do Código Civil de 1916, era justamente regular as relações entre os particulares. O que é então do contrato de transporte? Ora, embora, aparentemente incongruente afirmar que, o contrato de transporte, reputa-se serviço de ordem pública, carecendo de melhor normatização em legislação estritamente privada, não o é. Explicamos. O contrato de transporte é popular e usual, importa em serviço interesse público, pois viabiliza a circulação de riquezas, mas não possível afastar seu caráter eminentemente privado, pois a relação surge apartir do interesse individual o do proveito econômico.

A matéria por sua relevância, foi objetivo de inquietação do legislador constituinte nos termos do Art. 178 da Carta Magna.

O Prof. Flávio Tartuce, destaca: **“O que se percebe é que o Código Civil acaba ordenando as regras de transporte, de forma parcial, como prevê a Constituição Federal.” 35[35]**

No mesmo sentido, Tartuce, conclui: **“ [...] analisando o Código Civil de 2002, pode – se afirmar que o legislador que da atual codificação atendeu a esse mandamento constitucional.” 36[36]**

A premissa é verdadeira, como estabelece o próprio texto constitucional:

Art. 178 – A Lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único: Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

O próprio texto constitucional, diz que: **“A Lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre [...]”**. Aqui é evidente que, o Constituinte, concedeu a matéria especial cuidado e equacionamento, determinando, normatização própria e específica. Evidente, intenção de elevar a matéria ao status de relevante interesse público.

Segundo o professor José Afonso da Silva, nesse caso, o que temos é intervenção do Estado no domínio econômico^{37[37]}:

“Os autores costumam indica, varias modalidades possíveis de atuação do estatal na economia, incluindo entre elas a atividade política, que, a nosso ver, não o é. Não raro se emprega a expressão intervenção no domínio econômico num sentido amplo para abranger todas as formas de atuação do Estado na economia. A Constituição vigente não repudia esta postura. Mas também não impede a distinção que estamos fazendo entre as duas modalidades de atuação estatal – a participação e a intervenção,

34[34] Curso de Direito Civil – Flavio Tartuce, 520

35[35] Curso de Direito Civil – Flavio Tartuce, pg. 519

36[36] Curso de Direito Civil – Flavio Tartuce, pg. 519

37[37] É livre o exercício de qualquer atividade econômica lícita. A intervenção no domínio econômico ocorrerá sempre que o Poder do Estado, disciplinar a matéria, de modo que, limite ou norteie o exercício, puro e simples, da atividade econômica – Fábio Conder Comparato, pg, 231.

tomada esta última em sentido restrito. A primeira com base nos arts. 173 a 177, caracterizando o Estado administrador de atividade econômica; a segunda fundada no art. 174, em que o Estado aparece como agente normativo e regulador da atividade econômica, que compreende as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado regulador, o Estado promotor e o Estado planejador da atividade econômica.

A intervenção por via de regulamentação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para devolvê-la à normalidade; normalidade, então, consistia em manter um regime de livre concorrência; por isso, as primeiras formas de intervenção manifestaram-se através de um conjunto de medidas legislativas que intentavam restabelecer a livre concorrência. Nesse sentido é o texto que embasa a legislação repressiva do abuso do poder econômico, que deveria ser parágrafo do art. 174 e não do art. 173. Hoje existem muitos outros objetivos da regulamentação econômica, mediante a qual se disciplinam os preços, o consumo, a poupança e o investimento. O art. 22 indica, como competência legislativa da União, varias hipóteses que se inserem no temo da regulamentação econômica, como legislar sobre informática, política de crédito, cambio, transferência de valores, comercio exterior e interestadual, diretrizes da politica nacional de transportes, regime de portes, navegações, jazidas, minas, outros recurso minerais e metalurgia, enquanto, o art. 24 prevê a competência concorrente para legislar sobre direito econômico, que, por si só, é bastante para abranger todas as áreas de intervenção, sendo importante notar que aí se tem também a competência estadual, distrital e municipal, donde se vê que a tais entidades se reconhece o poder de intervenção na ordem econômica. É também dessa natureza a ordenação dos transportes aéreo, marítimos e terrestre, determinada no art. 178. A fiscalização, como toda fiscalização, pressupõe o poder de regulamentação, pois ela visa precisamente controlar o cumprimento das determinações daquele e, em sendo o caso, apurar responsabilidades e aplicar penalidades cabíveis. Não fora assim o poder de fiscalização não teria objeto.”³⁸[38]

Kildare Gonçalves Carvalho, em sentido análogo frisou:

“O Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), cabendo-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

A Constituição prevê a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, que será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173). José Affonso da Silva sustenta que as duas formas de exploração direta do Estado na atividade econômica (a necessária – art. 173 – e a monopolística – art. 177) não significam participação suplementar ou subsidiária da iniciativa privada, pois essa participação sempre ocorrerá desde que presentes as exigências estabelecidas nos citados dispositivos constitucionais.”³⁹[39]

E, concluir o mestre:

“Mas a flexibilização da economia promovida pelas emendas constitucionais n.º. 6, 7, 8 e 9, de 1995, irá certamente acarretar a diminuição da exploração da atividade econômica pelo Estado, reduzindo-se, conseqüentemente, os níveis de estatização.”⁴⁰[40]

Visto seja, portanto, nesse caso, o Poder Publico intervindo, regulando e fiscalizando atividade econômica concorrente. No entanto, a intervenção do Estado, a rigor, na presença daqueles permissivos, quer intervindo, quer regulando, quer fiscalizando as atividades econômicas, sobretudo, a partir do princípio constitucional do livre exercicio da atividade econômica.

Por outro lado, à matéria, não foi prestigiada adequadamente nas legislações anteriores, embora, evidentemente, devesse fazê-lo. Mas o constituinte ciente da importância e vitalidade da matéria reservou-lhe especo no próprio texto constitucional.

³⁸[38] Curso de Direito Constitucional Positivo – José Afonso Pinto, pg. 785 e 786

³⁹[39] Direito Constitucional Didático – Kildare Gonçalves Carvalho, 666

⁴⁰[40] Direito Constitucional Didático – Kildare Gonçalves Carvalho, 666

Além do mais, seguindo as linhas de entendimento do professor José Afonso da Silva, a atividade de transporte, não é mera atividade econômica, pura e simples, nesse caso, sustente a intervenção do Estado, para nivelar e limitar o exercício da respectiva atividade, reservando para o Estado, por exemplo, a atividade de transporte coletivo de pessoas com o exercício concorrente do particular, no entanto, é vital destacar que, o particular no exercício de atividade pública concorrente têm os mesmos deveres do Estado, quer seja, o interesse coletivo é de preferir o interesse econômico.

Por outro lado, **a ordenação**, que, quis o legislador de 1988, deve observar os postulados esculpidos no Art. 170 da Constituição, que, estabelece:

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca de pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País.

Parágrafo único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O objetivo do texto normativo em tela é vasto. Aqui a intenção não é apenas disciplinar relação jurídica, mas sim assegurar a digna existência com vias a justiça social. A questão a ser enfrentada, nessas linhas, transcende a relação contratual, pura e simples, essa variação contratual, por si, **está erigida ao status de ordem pública**.

O brilhante doutrinador, Alexandre de Moraes, endossa nosso entendimento:

“A ordem econômica constitucional (CF, art. 170 a 181), fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos expressamente previstos em Lei. E têm por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios previstos no art. 170.”⁴¹ [41]

Nessa esteira, José Afonso da Silva:

“A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora, capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, IV).”⁴² [42]

A Constituição Federal prestigia a livre iniciativa privada, mas não indiscriminadamente. Nesse caso, podemos observar que a livre iniciativa privada, **não é absoluta ou plena**, pois encontra limitação

41[41] Curso de Direito Constitucional – Alexandre de Moraes – pg. 723

42[42] Curso de Direito Constitucional Positivo – José Afonso da Silva, pg. 766

na valorização do trabalho humano, com vias a garantir digna existência conforme ditames de justiça social;

A intenção do legislador constituinte é preservar a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, a intervenção no domínio econômico tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na econômica, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil;

Já a justiça social, que objetiva assegurar a efetiva preservação, perpetuação e fomentação desse preceito. A busca, nesse caso, é por uma igualdade real e palpável.

O cerne da problemática é a limitação da livre iniciativa privada, valorização do trabalho humano e a justiça social.

E assim será, pois esse último elemento, justiça social, está intimamente ligado ao preceito da dignidade da pessoa humana, a maior aspiração da humanidade.

Não obstante a dogmática constitucional, objetivamos, nessas linhas, melhor compreender nosso objeto de estudo, quer seja, o contrato de transporte à luz do texto normativo essencial.

O ponto de partida é, sem dúvida, a própria justiça social.

O brilhante jurista, Silvio de Salvo Venosa, com maestria nós ensina:

“A chamada justiça social, assim referida nos últimos tempos mormente por influência da Igreja, repousa na necessidade de proteção aos menos aquinhoados de bens, os hipossuficiente, como indivíduos e como nações. A justiça social deve estar presentes os princípios de proteção e critérios para uma melhor distribuição de riquezas [...]43[43]”

E, mais:

“De qualquer forma, o que se pretende com essa denominada justiça social é evoluir no sentido de traduzir uma concepção mais ampla de justiça que transcenda os simples direitos individualistas, dando ênfase à responsabilidade solidária dos membros da sociedade e do Estado para os menos favorecidos.44[44]”

André Franco Montoro, igualmente brilhante anota:

“[...] é característica da justiça social orientar todas as virtudes para o bem comum, dando completude aos atos das demais virtudes. Assim, o empregador que paga um justo salário pratica um ato de justiça distributiva para o empregado e de justiça social para com a coletividade; o juiz que resolve um litígio pratica uma ato de justiça distributiva para com as partes no processo e um ato de justiça social para com a coletividade, pacificando as relações entre os indivíduos45[45].

Em sentido complementar, destacou Miguel Reale:

“[...] só pode ser concebido, concretamente, como um processo incessante de composição de valorações e de interesses, tanto como base ou fulcro o valor condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético – jurídica [...]”46[46]

Assim não é demasiado concluir que a matéria sob exame é essencialmente de relevante interesse social e está para classe da ordem pública. Isto porque, fins outros, devem ser prestigiados, antes do interesse individual e econômico. É o interesse da coletividade que deverá prevalecer, daí o entendimento que nos condução ao status constitucional do instituto em apreço.

Portanto, a Lei Federal nº. 10.406, 10 de janeiro de 2002, inovou, disciplinando matéria de sua evidente competência, mas até então carecedora de melhor normatização.

43[43] Curso de Introdução ao Estudo do Direito – Silvio de Salvo Venosa – pg. 245

44[44] Curso de Introdução ao Estudo do Direito – Silvio de Salvo Venosa – pg. 246

45[45] Curso de Introdução a Ciência do Direito – André Franco Montoro – pg. 275, 276

46[46] Curso de Filosofia do Direito – Miguel Reale – pg. 272

Além do mais, atende comando constitucional.

O atual Código Civil, em seu dorso, trás a regulamentação necessária ao instituto do contrato de transporte nos Art. 730 e seguintes.

Em regra, aplica-se ao instituto do contrato de transporte a regulamentação contida no atual Código Civil, mas exceção à regra é o art. 731 do mesmo diploma. Isto porque, o art. 731 dispõe sobre o transporte público de pessoas. O que, de plano afasta a aplicação do consignado no Art. 732 do mesmo diploma.

Nesse caso, especificamente, não é possível aplicar, por exemplo, a legislação consumerista, pois não se trata de mero contrato de transporte, ou, contrato geral de transporte, mas de contrato específico de transporte público (mediante autorização, permissão ou concessão), aplicando-se, portanto, o disposto em normas regulamentares próprias e no que couber as disposições do Código Civil.

E, é assim, pois o próprio texto normativo estabelece que **“o transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código”**. A interpretação gramatical do texto legal revela que, as normas regulamentares e atos normativos próprios destinados a disciplinar a relação contratual em matéria de transporte público, devem, guardar retidão e compasso com o atual Código Civil (CC, Art. 731).

Exatamente, senhor leitor, estamos falando em serviço público. A nós, também, parece incongruente enfrentar essa matéria em uma codificação eminentemente privada, mas buscaremos extrair a melhor compreensão possível.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ensina:

“Não é tarefa fácil definir o serviço público, pois a sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência. Além disso, alguns autores adotam conceito amplo, enquanto, outros preferem um conceito restrito. Nas duas hipóteses, combinam-se, em geral, três elementos para a definição: o material (atividade de interesse coletivo), o subjetivo (presença do Estado) e o formal (procedimento de direito público).”⁴⁷[47]

O mestre-jurista, Hely Lopes Meireles, arremata:

“O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgão públicos; ora nos apresenta uma conceituação forma, tendente a identificá-los por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material, visando a defini-lo por seu objeto. Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas. Eis o nosso conceito: Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.”⁴⁸[48]

Conclui o mestre:

“[...] são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone.”⁴⁹[49]

47[47] Direito Administrativo – Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pg. 94

48[48] Direito Administrativo Brasileiro – Hely Lopes Meireles, pg. 311

49[49] Direito Administrativo Brasileiro – Hely Lopes Meireles, pg. 312

E, por derradeiro, Kildare Gonçalves Carvalho:

“Serviço público é o prestado pela Administração para a realização de uma necessidade de interesse geral. Diz a Constituição que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviço público” (art. 175). Assim, a prestação dos serviços públicos será direta quando envolver órgãos da própria Administração; indireta, a cargo de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e mediante concessão ou permissão, envolvendo pessoas de direito privado ou de direito público.”50[50]

O brilhante entendimento exarado por Hely Lopes Meireles, Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Kildare Gonçalves Carvalho, bastariam para resolver a problemática contida no art. 731 do atual Código Civil. Mas ocorre que, a compreensão, mesmo assim, restaria prejudicada, pois é preciso discorrer acerca dos institutos da concessão, permissão e autorização, esses típicos da Administração Pública.

Acerca da matéria, o professor Hely Lopes Meirelles, ensina:

“Autorização é o ato administrativo discricionário51[51] e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc. Na autorização, embora, o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão, em que, satisfeitas as prescrições legais, fica a Administração obrigada a licenciar ou a admitir. Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou a continuidade de uma autorização, daí por que a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma.”52[52]

“Permissão é o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração. Não se confunde com a concessão, nem com a autorização: a concessão é contrato administrativo bilateral; a autorização é ato administrativo unilateral. Pela concessão contrata-se um serviço de utilidade pública; pela autorização consente-se numa atividade ou situação de interesse exclusivo ou predominantemente particular; pela permissão faculta-se a realização de uma atividade de interesse concorrente do permitente, do permissionário e do público.”53[53]

E, por fim:

“Concessão é o ajuste pelo qual a Administração delegada ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. Daí a tripartição da concessão de serviço público54[54], concessão de

50[50] Direito Constitucional Didático – Kildare Gonçalves Carvalho, pg. 668

51[51] Ato administrativo discricionário são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais conveniente ao interesse público. Daí a justa observação de Nunes Leal de que só por tolerância se poderá falar em ato discricionário, pois o certo é falar-se em poder discricionário da Administração. Direito Administrativo Brasileiro – Hely Lopes Meirelles, pg. 160

52[52] Direito Administrativo Brasileiro – Hely Lopes Meirelles, pg. 179 e 180

53[53] Direito Administrativo Brasileiro – Hely Lopes Meirelles, pg. 180

54[54] Contrato de concessão de serviço público, ou, simplesmente, concessão de serviço público, é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada dos usuários. É comum, ainda, nos contratos de concessão de serviço público a fixação de um preço, devido pelo concessionário ao concedente a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução de ajuste, a cargo deste último. (Direito Administrativo Brasileiro – Hely Lopes Meirelles, pg. 248.

obra pública^{55[55]} e **concessão de uso de bem público**^{56[56]}, consubstanciadas em contrato administrativo bilateral, comutativo, remunerado e realizado “*intuitu personae*”^{57[57]}.^{58[58]}

O mestre-jurista, Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca da dogmática dos institutos, assevera:

“Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita presta-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas a alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.”^{59[59]}

“Permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, é o ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários. Dita outorga se faz por licitação (art. 175 da Constituição Federal) e pode ser gratuita ou onerosa, isto é, exigindo-se do permissionário pagamento como contraprestação.”^{60[60]}

Assim é possível, destacar que o legislador do Código Civil, a toda evidencia, deixou de observar à finalidade precípua de institutos próprios do Direito Público. Não é possível atingir o objetivo perseguido pelo Art. 731 do atual Código Civil, através do instituto “**autorização**”. A concessão de serviço público e a permissão de serviço público, a rigor, representam a via processual administrativa concebível em direito, que como vimos: “**[...] é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas a alteráveis unilateralmente pelo Poder Público [...]**”^{61[61]}

No entanto, a confusão entre os institutos, permissão e concessão, é natural, pois em muito se parecem. Entretanto, os institutos são distintos, não havendo o que confundir, senão vejamos:

Na concessão o que temos: “**[...] o ajuste pelo qual a Administração delegada ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais [...]**”^{62[62]}

55[55] Contrato de concessão de obra pública, ou, simplesmente, concessão de obra pública, é o ajuste administrativo que tem por objeto a delegação a um particular da execução e exploração de uma obra pública ou de interesse público, para uso da coletividade, mediante remuneração ao concessionário, por tarifa (Lei nº. 8.987/1995). Essa concessão, que obedece ao mesmo princípios da concessão de serviço público, é comumente usada nos Estados Unidos para a construção de pontes, viadutos, estradas e demais obras necessárias à coletividade [...]. Direito Administrativo Brasileiro – Hely Lopes Meirelles, pg. 248

56[56] Contrato de concessão de uso de bem público, ou, simplesmente, concessão de uso, é o destinado à outorga ao particular a faculdade de utilizar um bem da Administração segundo sua destinação específica, tal como um hotel, um restaurante, um logradouro turístico ou uma área de mercado pertencente ao Poder Público concedente. É um típico contrato de atribuição, pois visa mais ao interesse do concessionário que ao da coletividade, mas, como todo contrato administrativo, não pode contrapor-se às exigências do serviço público, o que permite à Administração alterá-lo unilateralmente a até mesmo rescindi-lo, e isto o distingue visceralmente das locações civis e comerciais. Como contrato administrativo, sujeita-se também ao procedimento prévio. A concessão de uso, que pode ser remunerada ou não, apresenta duas modalidades, a saber: a concessão administrativa de uso e a concessão de real de uso. A primeira, também denominada concessão comum de uso, apenas confere ao concessionário um direito pessoal, intransferível a terceiros. Já, a concessão de direito real de uso, instituída pelo Decreto Lei nº. 271, de 28/08/1967 (arts. 7º e 8º), como o próprio nome indica, atribui o uso do bem público como direito real, transferível a terceiros por ato inter-vivos ou por sucessão legítima ou testamentária. E é isso que a distingue da concessão administrativa de uso, tornando-a um instrumento de guarda utilidade par aos empreendimentos de interesse social, em que o Poder Público fomenta determinado uso do bem público.

57[57] Segundo, Roberto Senise Lisboa, o contrato personalíssimo ou *intuitu personae* é aquele que apenas o obrigado poder vir a cumprir a obrigação, que é infungível, sob pena de responder por perdas e danos. Manual Elementar de Direito Civil – Roberto Senise Lisboa, pg. 88

58[58] Direito Administrativo Brasileira – Hely Lopes Meirelles, pg. 247

59[59] Curso de Direito Administrativo – Celso Antônio Bandeira de Mello, pg. 622

60[60] Curso de Direito Administrativo – Celso Antonio Bandeira de Mello, pg. 672

61[61] Curso de Direito Administrativo – Celso Antônio Bandeira de Mello, pg. 622

62[62] Direito Administrativo Brasileiro – Hely Lopes Meirelles, pg. 247

Por outro lado à permissão “[...] é o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração [...]”⁶³[63]

Resta demonstrado, portanto, que a intenção querida pelo legislador do Código Civil, somente, poderá, ser alcançada às vias do instituto próprio, quer seja, concessão de serviço público.

4. A FUNÇÃO SOCIAL E A BOA FÉ:

Examinaremos, nas próximas linhas a aplicação da função social dos contratos, especificamente, ao contrato de transporte.

Os contratos, de modo geral, estão sujeitos aos limites impostos pela função social.

O parágrafo único do art. 2.035 do atual Código Civil estabelece:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (grifei)

Maria Helena Diniz, nesse sentido, leciona:

“E nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos (CC, art. 2.035, parágrafo único). A função social da propriedade e dos contratos constituem limites à autonomia de vontade, na qual se funda a liberdade contratual, que deverá estar voltada à solidariedade (CF, art. 3º, I), à justiça social (CF, art. 170, caput), à livre iniciativa, ao progresso social, à livre circulação de bens e de serviços a produção de riquezas, ao equilíbrio das prestações, evitando o abuso do poder econômico, a desigualdade entre os contratantes e a desproporcionalidade, ao valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, ao respeito a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). O parágrafo único do Art. 2.035 do Código Civil retrata a incidível vinculação da convenção a princípios jurídico – constitucionais. Assim, os contratantes deverão sujeitar sua vontade: a) às normas de ordem pública, que fixam, atendendo aos interesses da coletividade, as bases jurídicas fundamentais em que repousam a ordem econômica e moral da sociedade, uma vez que são atinentes ao estado e à capacidade das pessoas; à organização da família; aos princípios básicos da ordem de vocação hereditária, da sucessão testamentária, do direito de propriedade, da responsabilidade civil, da liberdade e da igualdade dos cidadãos, da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; e a organização política, administrativa e econômica do Estado; b) aos bons costumes, relativos a moralidade social, de forma que sejam proibidas, por exemplo, contratos que versam sobre exploração de casas de tolerância, corretagem matrimonial, usura, por contrariarem os bons costumes. Humberto Theodoro Júnior apresenta alguns exemplos de contratos que se desviam de sua função social, não tendo interesse coletivo, não merecendo proteção jurídica, tais como locação de imóvel em zona residencial para fins empresariais; venda de produto ou serviço mediante propaganda enganosa; alienação de bens, fraudando credores; ato negocial conducente à concorrência desleal; negócio simulado para prejudicar terceiro; turismo sexual por agência de viagens e etc...”

A liberdade contratual é reconhecida, mas seu exercício está condicionado à função social do contrato e implica valores de boa fé e probidade (CC, art. 422). Logo, a função social do contrato, dirigida à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz seu alcance, quando

estiverem presentes interesses meta-individuais ou interesse individual coletivo relativo à dignidade da pessoa humana [...]”64[64]

Leciona ainda e mais:

“O princípio da autonomia de vontade sofre, portanto, restrições, trazidas pelo dirigismo contratual65[65], que é intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual, por entender-se que, se deixasse o contratante estipular livremente o contrato, ajustando qualquer cláusula sem que o magistrado pudesse interferir, mesmo quando uma das partes ficasse em completa ruína, a ordem jurídica não estaria assegurando a igualdade econômica. A expressão dirigismo contratual é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contraentes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes de os da sociedade.”66[66]

O brilhante jurisconsulto, Flavio Tartuce, em sua preleção destaca:

“Em matéria de contratos, faz-se necessária à transcrição do art. 421 do Código Civil de 2002, dispositivo que inaugura o tratamento do tema na atual codificação privada: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” [...]. Desse modo, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. Valoriza-se a equidade, a razoabilidade, o bom senso, afastando-se o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado expressamente pela própria codificação, nos seus arts. 884 a 886. A função social dos contratos visa a proteção da parte vulnerável da relação contratual.”67[67]

O Dr. Roberto Senise Lisboa, anota:

“A coletivização dos interesses, em relação ao contrato que é formado, executando e posteriormente extinto, uma vez mais encontra fundamento na função social do contrato, decorrente da socialização dos direitos. Desse modo, são tutelados os direitos subjetivos indisponíveis ou irrenunciáveis e os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, preferencialmente quando contrastados com os direitos subjetivos patrimoniais, desprovidos de relevo social. Sobreditas figuras contratuais são de interesse social, porque a massificação contratual, com a fixação de idêntico conteúdo das avenças, despersonalizou o tratamento entre as partes. Cabe ao legislador proceder ao estabelecimento de cláusulas negociais gerais, aplicáveis às relações jurídico – contratuais próprias para a proteção dos interesses individuais, individuais plúrimos, individuais homogêneos (da mesma origem e da mesma relevância), coletivos (nos moldes acima mencionados) e difusos (gerais, de pessoas indeterminadas que integram a sociedade).

64[64] Curso de Direito Civil Brasileiro – Maria Helena Diniz, pg. 25 e 26

65[65] Segundo o professor Rafael de Menezes: Chama-se de dirigismo contratual esta iniciativa do Estado de elaborar leis para dar superioridade jurídica a certas categorias economicamente mais fracas, como os trabalhadores, os inquilinos, os consumidores e os devedores. (<http://www.rafaeldemenezes.adv.br/contratos/aula5.htm>)

Na mesma linha de pensamento o professor Reinaldo Mendonça Biatto de Menezes, esclarece: Por meio das leis de ordem pública, o legislador desvia o contrato de seu leito natural dentro das normas comuns dispositivas, para conduzi-lo ao comando daquilo que a moderna doutrina chama de “dirigismo contratual”, onde as imposições e vedações são categóricas, não admitindo possam as partes revogá-las ou modificá-las. O alcance da autonomia da vontade está atenuado pelos mandamentos sociais, como os de boa-fé e da função social do contrato. O dirigismo estatal, que hoje abrange quase a totalidade do campo contratual, derroga em grande parte a vontade individual, movida pelo sentimento egoístico necessário às relações humanas, e o interesse meta-individual – a atual visão do indivíduo inserido num todo, que é a sociedade. Dirigir é ministrar, zelar pelos interesses comuns, coletivos, sendo esta função intrínseca do Estado. O dirigismo estatal como limitador da autonomia da vontade tem, por finalidade, a existência da igualdade ou sua manutenção nas avenças, e o seu desrespeito pode levar à revisão ou resolução deste contrato, conforme artigos 478, 479 e 480 do Código Civil de 2002. (<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=1805>).

66[66] Curso de Direito Civil Brasileiro – Maria Helena Diniz, pg. 26 e 27

67[67] Curso de Direito Civil – Flavio Tartuce, pg. 80

A tutela processual aos titulares desses interesses se dá de acordo com os instrumentos fornecidos pela legislação própria, destacando, para os interesses transindividuais (individuais homogêneos, coletivos e difusos), a proteção a título preventivo ou repressivo de dano, por meio da ação civil pública⁶⁸[68] ou da ação popular⁶⁹[69].” 70[70]

O extraordinário jurista, Silvio Rodrigues, com a mestria peculiar de suas obras acentuou:

“Função social do contrato – como ensina Messine, o contrato exerce uma função e apresenta um conteúdo constante: o de ser o centro da vida dos negócios. É o instrumento prático que realiza o mister de harmonizar interesses não coincidentes. Defluindo da vontade das partes, ele só se aperfeiçoa quando, pela transigência de cada um, alcançam os contratantes um acordo satisfatório a ambos (cf., infra, n. 25). Ainda na lição daquele jurista, a instituição jurídica do contrato é um reflexo da instituição jurídica da propriedade. Ele é o veículo da circulação de riquezas e, por conseguinte, só se pode concebê-lo, como instituição pura de direito privado, em regimes que admitem a propriedade individual. Aliás, o extraordinário desenvolvimento do comércio, que impôs a necessidade da celebre evolução da teoria contratual, só foi possível, por outro lado, em virtude do aperfeiçoamento do contrato. O contrato vai ser instrumento imprescindível e o elemento indispensável à circulação dos bens. E não há exagero em se dizer que o direito contratual foi um dos instrumentos mais eficazes da expansão capitalista em sua primeira etapa.”71[71]

Ora, prezadíssimo leitor, é evidente, portanto, que *nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos no atual Código Civil para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*

A questão é objeto de intensa disputa nos Tribunais, de um lado o interesse social, de outro o interesse econômico, aos Tribunais a difícil missão de ponderar e nivelar as duas coisas.

A matéria é extraordinariamente relevante, sobretudo, o cerne da questão, dividido em dois grandes blocos, de um lado: o princípio da autonomia de vontade das partes em contratar. E, de outro: as imposições e limitações do dirigismo contratual.

A fundação política e institucional do Brasil repousa sobre o Estado Democrático de Direito, portanto, não é possível preterir a uma ou outra vertente, é preciso encontrar o equilíbrio entre elas.

O Prof. Dr. Miguel Reale, acentuou **“na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916, ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a “socialização dos contratos”; ou, então, assume uma posição**

68[68] A ação civil pública: é o instrumento processual, previsto na [Constituição Federal](#) brasileira e em leis infraconstitucionais, de que podem se valer o [Ministério Público](#) e outras entidades legitimadas para a defesa de [interesses difusos](#), [interesses coletivos](#) e [interesses individuais homogêneos](#). O instituto, embora não possa ser chamado de ação constitucional, tem, segundo a doutrina, um “status constitucional”, já que a Constituição coloca a sua propositura como função institucional do Ministério Público (art. 129, II e III da Constituição Federal). Os bens jurídicos tutelados pela ação cível pública estão elencados no art. 129, III, CF; ou seja, a defesa de direitos transindividuais relacionados com o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, as infrações à ordem econômica e à economia popular, à ordem urbanística, a crianças e adolescentes, a idosos, a pessoas portadoras de deficiência, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. A legislação distingue os direitos transindividuais, passíveis de tutela coletiva (isto é, os [interesses difusos](#), os [interesses coletivos](#) e os [interesses individuais homogêneos](#)) dos direitos estritamente individuais, que são passíveis de defesa individual (por meio de ações judiciais promovidas por cada um dos lesados. (http://pt.wikipedia.org/wiki/A%C3%A7%C3%A3o_civil_p%C3%BAblica).

69[69] A Ação popular: é o meio processual a que tem [direito](#) qualquer [cidadão](#) que deseje questionar [judicialmente](#) a validade de atos que considera lesivos ao [patrimônio público](#), à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. **ação popular**, no [direito processual civil](#) brasileiro, é um instituto jurídico de natureza constitucional, por meio do qual se objetiva atacar não só ato comissivo mas também a omissão administrativa, quando conjugados dois requisitos - ilegalidade e lesividade. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, [habeas data](#). São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 85), um importante doutrinador brasileiro, afirma que a ação popular é instituto de natureza constitucional, utilizado pelo cidadão, visando ao reconhecimento judicial da invalidade de atos ou contratos administrativos, desde que ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual ou municipal, incluindo-se as autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas que recebam subvenções públicas. (http://pt.wikipedia.org/wiki/A%C3%A7%C3%A3o_popular).

70[70] Manual Elementar de Direito Civil – Roberto Senise Lisboa, pg. 72

71[71] Direito Civil – Silvio Rodrigues, pg. 11

intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções eqüitativas e concretas. Não há dúvida que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2.002.”72[72]

Nessas linhas e esteira, abstraímos a vitalidade, importância e aplicabilidade dos princípios de ordem pública sob ótica da função social dos contratos vertido nos Arts. 421 e 422 do atual Código Civil em paralelo aos preceitos e garantias fundamentais prestigiados na Carta Magna paralelamente ao Art. 2.035, parágrafo único, da Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Os contratos guardam íntima e estreita relação com os princípios jurídicos da função social, da probidade e da boa-fé, assim, dispõe os Art. 421 e 422 do Código Civil, mas é preciso destacar, como oportuno, que, aqueles postulados nascem do próprio texto constitucional, as vias, do indisponível preceito esculpido no Art. 1º, III, que, assim vem redigido:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e têm como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo jurídico. (grifei).

Assim é possível observar, que, nas relações contratuais, primar pelos postulados de função social, probidade e boa-fé, não é mais do que atender mandamento constitucional.

Nesse sentido, Fernando Ferreira dos Santos, ensina:

“[...] Estabelecido que a pessoa - distinta do indivíduo - é um valor e o seu princípio correspondente - a dignidade da pessoa humana - é absoluto, e há de prevalecer sempre sobre qualquer outro valor ou princípio, impõe-se, agora, que se precise o conceito de princípio”73[73].” (grifei).

E arremata:

“[...] Conseqüentemente, cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado”74[74]. (grifei).

É possível afirmar que, o princípio da dignidade da pessoa humana, enraizado na Constituição Federal é o cerne de toda construção jurídica contemporânea, não sendo possível, examinar as relações particulares, contratuais ou não, afastando a aplicabilidade sistêmica daqueles postulados.

Essencialmente a definição constitucional é o pilar que sustenta todas as demais fontes de direito. Além do mais, estamos enfrentando questões de ordem pública, sobretudo, porque transcende a relação inter-partes.

O Prof. Alexandre de Moraes esclarece a aplicabilidade dos princípios de ordem pública, em face do sistema constitucional, vejamos:

“São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de um constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem de muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidores de direitos sociais, enquadrados entre

72[72] Miguel Reale. Função Social dos Contratos, <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>

73[73] Fernando Ferreira dos Santos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>

74[74] Fernando Ferreira dos Santos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>

74[75] Alexandre de Moraes. Curso de Direito Constitucional, p. 16

fundamentais. Em regra as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma – síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata [...]75[75]” (grifei)

Visto seja, portanto, que princípio constitucional de ordem pública como é o caso da **função social**, aplica-se de plano.

O juiz deve aplicar de ofício.

Os contratos existem com evidente finalidade de atender objetivo social, finalidade outra, portanto, não é possível examinar as estruturas contratuais, afastando a principiolgia constitucional.

Os preceitos de ordem pública estão em nível constitucional. Não seria demasiado destacar, pelo contrário, é oportuno: **os postulados constitucionais estão acima de todo e qualquer interesse privado, o fim social, pretere todo e qualquer outro inferior.**

Não estamos aqui, desqualificando a pretensão eminente dos contratos como meio de viabilizar a consecução de objetivos particulares, pelo contrário, essa é a razão de ser do pacto. No entanto, não podemos, concebe-lo isoladamente.

O professor Herbert Hart esclarece que “[...] **na busca sobre a natureza do Direito, há certas questões principais recorrentes: uma delas refere-se a que o sistema jurídico consiste pelo menos em geral em regras. Ele mesmo constrói um modelo complexo, o Direito como a união entre regras primárias e regras secundárias, que é, assim, a chave para a ciência do direito**76[76]”.

Assim do arrazoado é possível concluir: ***os princípios norteadores das relações contratuais particulares ou não, desempenham funções secundárias e complementares aos mais elevados postulados constitucionais, quer seja, dignidade da pessoa humana, função social, boa – fé, isonomia e legalidade.***

O princípio da força obrigatória dos contratos, encontra limite na finalidade transcendental do pacto, logo, os contratos estão condicionados a observância dos preceitos de ordem pública. Nesse caso, o que temos é justamente a preferência do bem social, sobre o bem econômico. Além do mais, os contratos existem, para atender finalidade social, estando, portanto, além, dos interesses dos contraentes, devendo, o Estado intervir quando da ocorrência de desnivelamento.

Não é possível, proceder ao exame jurídico das variadas situações que, nos são apresentadas diuturnamente, em detrimento há princípios de ordem pública, pelo contrario (função social e boa-fé)

Nesse sentido, Flavio Tartuce, esclarece “[...] **desse modo, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção de meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contraentes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e o equilíbrio a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. Valorizando-se a equidade, a razoabilidade, o bem senso, afastando-se o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado expressamente pela própria codificação nos seus Art. 884 a 886. A função social dos contratos visa à proteção da parte vulnerável da relação contratual**77[77].” (grifei).

Na mesma linha de pensamento, esclareceu Maria Helena Diniz **“E nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos (CC, art. 2.035, parágrafo único). A função social da propriedade e dos contratos constituem limites à autonomia da vontade, na qual se funda a liberdade contratual, que deverá estar voltada a solidariedade (CF, art. 3º, I) à justiça social (CF, 17, caput), a livre iniciativa, ao progresso**

76[76] Herbert Hart. O conceito de Direito, p. 91

77[77]Flavio Tartucci. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, p. 80.

social, à livre circulação de bens e serviços, à produção de riquezas, ao equilíbrio das prestações, evitando o abuso de poder econômico, a desigualdade entre os contraentes e a desproporcionalidade, aos valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, ao respeito à dignidade da pessoa humana (CF, Art. 1º, III). O parágrafo único do Art. 2.035 do Código Civil retrata a incidível vinculação da convenção a princípios jurídico-constitucionais.[...]78[78]". (grifei).

5. CONTRATO TRANSPORTE DE PESSOAS:

O transporte de pessoas é aquele pelo qual o transportador se obriga a trasladar o passageiro até o destino objetivado.

Segundo, Maria Helena Diniz:

"O contrato de transporte é aquele em que uma pessoa ou empresa se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um local para outro, pessoas ou coisas animadas ou inanimadas [...]"79[79]

E, mais:

"O contrato de transporte de pessoas é aquele em que o transportador se obriga a remover um pessoa e sua bagagem de um local para outro, mediante remuneração [...]"80[80]

Roberto Senise Lisboa, observa:

"Transporte é o contrato por meio do qual uma pessoa física ou jurídica (transportadora) se obriga a conduzir pessoas ou coisas para determinado destino, mediante o pagamento respectivo do interessado."81[81]

E, mais:

"Transporte de pessoas é aquele que decorre da condução de passageiros, acompanhados ou não de bagagem, com bilhete expedido pelo transportador ou por ele autorizado."82[82]

No mesmo sentido, ensina Flavio Tartuce:

"O transporte de pessoas é aquele pelo qual o transportador se obriga a levar uma pessoa e sua bagagem até o destino, com total segurança, mantendo incólume os seus aspectos físicos e patrimoniais [...]"83[83]

São partes no contrato o transportador e o passageiro.

Essa é a modalidade de contrato mais utilizado no cotidiano de uma pessoa. Alguns trabalhadores pactuam esse contrato, ainda que sem conhecimento, pelo menos quatro vezes ao dia. Exemplo clássico é o transporte coletivo urbano.

O passageiro, mediante bilhete de passagem, contrata com o transportador o seu deslocamento para o lugar de seu destino.

Esse bilhete poderá ser nominal, como ocorre com as passagens para transporte aéreo, ou ao portador, como acontece quando compramos uma passagem interestadual rodoviária. Vale lembrar que no caso de passagem rodoviária intermunicipal, as empresas exigem o preenchimento de documento contendo o nome e dados documentais do passageiro, o que não torna o bilhete um título nominal, haja vista que esse preenchimento é válido apenas a título de identificação e controle dos passageiros.

78[78] Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 25

79[79] Curso de Direito Civil Brasileiro – Maria Helena Diniz, pg. 469

80[80] Curso de Direito Civil Brasileiro – Maria Helena Diniz, pg. 488

81[81] Manual Elementar de Direito Civil – Roberto Senise Lisboa, pg. 241

82[82] Manual Elementar de Direito Civil – Roberto Senise Lisboa, pg. 242

83[83] Curso de Direito Civil – Flavio Tartuce, pg. 526

Segundo, Maria Helena Diniz:

“O passageiro adquire um bilhete de passagem, que poderá ser nominativo ou ao portador, e dará direito a quem se apresentar com ele de ser transportado; é, portanto, um título de legitimação, que atesta a vontade do adquirente de ser transportado de um lugar para o outro, e a do transportador de realizar o transporte.

O bilhete de passagem constitui a prova do contrato de transporte. A falta, irregular ou perda do bilhete de passagem não prejudica a existência e eficácia do contrato, dentro de seu prazo de validade (Portaria GM5 nº. 957/1989, art. 1º e parágrafo único).”84[84]

Nesse sentido, esclarece a mestre-jurista: **“no transporte aéreo de pessoas com tarifa especial para grupo, e nas viagens de fretamento, o bilhete individual poderá ser substituído por um bilhete de passagem coletivo – Máster Ticket -, anexando-se a cada cupom de voo a lista com identificação nominal dos passageiros (portaria GM nº. 957/1989, art. 2º, § 2º).”85[85]**

O contrato de transporte, nessa esteira, é bilateral.

O contrato bilateral, por sua vez, torna a um só tempo os contratantes, credores e devedores na mesma obrigação. As partes, portanto, partilham direitos e obrigações recíprocas (bilateralidade dos contratos). O sinalagma, por sua vez, é a balança que nivela a relação, portanto, não é forço concluir que a relação poderá ser bilateral, mas não sinalagmática.

O art. 740 e §§, dispõe que o passageiro poderá rescindir, unilateralmente, o contrato de transporte, sendo-lhe devida à restituição.

Segundo, Flavio Tartuce:

“O art. 740 da atual codificação privada trata da possibilidade de rescisão, ou mais especificamente, de resilição unilateral do contrato de transporte pelo passageiro. Essa será possessível antes da viagem, desde que feita à comunicação ao transportador em tempo de a passagem poder ser renegociada. Mesmo depois de iniciada a viagem, ou seja, no meio do percurso, é facultado ao passageiro desistir do transporte, tendo direito à restituição do valor correspondente ao trecho não utilizado, desde que fique provado que pessoas haja sido transportada em seu lugar no percurso faltante (art. 740, §1º, do CC).

Entretanto, se o usuário não embarcar, não terá direito, por regra, ao reembolso do valor da passagem, salvo se conseguir provar que uma outra pessoa foi transportada em seu lugar, caso em que lhe será restituído o valor do bilhete não utilizado (art. 740, §2, do CC).

Fica a ressalva, contudo, de que nas hipóteses de resilição unilateral o transportador terá direito a retenção de até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória. Como se trata de cláusula penal sendo está exagerada (o que será difícil de ocorrer na prática, diga-se de passagem), pode – se aplicar a redução eqüitativa da multa constante do art. 413 do CC, como corolário da eficácia interna do princípio da função social dos contratos.”86[86]

A resilição unilateral, portanto, é concebível. No entanto, é preciso observar certas condições que a própria lei impõe, tais como:

a) É possível antes de iniciar a viagem, desde que faça a comunicação ao transportador em tempo hábil;

b) após iniciada a viagem, tendo direito apenas à restituição do valor referente ao trecho não utilizado e desde que fique provado que outra pessoa viajou em seu lugar;

84[84] Curso de Direito Civil Brasileiro – Maria Helena Diniz, pg. 490

85[85] Curso de Direito Civil Brasileiro – Maria Helena Diniz, pg. 491

86[86] Curso de Direito Civil – Flavio Tartuce, pg. 538

c) caso não se apresente para o embarque e desde que fique provado que outra pessoa viajou em seu lugar.

Nas situações apresentadas nos itens b e c, o passageiro somente teria direito a restituição caso ficasse provado que outra pessoa viajou em seu lugar. Isso foi fixado visando proteger as empresas do prejuízo, haja vista que com a venda do bilhete ao passageiro, a mesma deixou um lugar reservado ao mesmo, e, no caso de sua desistência, teria ela prejuízo, caso tivesse que devolver o valor e a poltrona fosse vazia.

No que tange à prova, por tratar-se de prestação de serviços e, portanto, inerente às normas do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, cabe ao transportador provar que outra pessoa viajou no lugar do passageiro, haja vista o instituto da inversão do ônus da prova, presente no inciso VIII, do art. 6º.

O passageiro tem direito à franquia de bagagem, entendendo-se esta como bem acessório ao transporte de pessoas. Assim, ao realizar contrato de transporte de pessoas, o passageiro adquire o direito ao transporte acessório de suas bagagem, não constituindo o mesmo um contrato paralelo de transporte de coisas.

Outros direitos cabem ao passageiro, oriundos do próprio núcleo do contrato de transporte, como por exemplo: exigência de transporte incólume; usufruição dos serviços oferecidos pelo transportador e ocupação no lugar mencionado no bilhete;

Em contrapartida, como em todo contrato bilateral, tem o passageiro a obrigação de cumprir com seus deveres, como, por exemplo, o pagamento da tarifa, sendo esta a obrigação principal; apresentação pontual para embarque; procedimento adequado ao transporte; sujeição às normas legais da empresa.

Passamos, agora, a analisar os direitos e os deveres do transportador. Entre os direitos, destacamos o direito de retenção de bagagem. Assim como ocorre na classe de hotelaria, caso o pagamento do contrato de transporte se dê na conclusão do mesmo, não adimplindo o passageiro com sua obrigação, estará o transportador no direito de reter a bagagem do mesmo, até o limite da obrigação daquele.

Outro direito de suma importância é o direito de reter 5% (cinco por cento) do valor da passagem no caso de desistência do passageiro elencados nos § 1º e 2º do art. 740. Isso se dá pelo fato de que o transportador possui outros gastos com a emissão de bilhete de passagem, como, por exemplo, o papel utilizado, a tinta da máquina de imprimir, a hora de trabalho do funcionário que vendeu a passagem, dentre outros. Assim, essa retenção serve para amenizar essas despesas suportadas pelo transportador.

O transportador poderá impedir o embarque de passageiro mal trajado ou sob o efeito de álcool e entorpecentes, ou substância que gere dependência físico-psíquica.

Poderá, ainda, determinar o desembarque, na próxima escala, do passageiro inoportuno ou inconveniente, que não esteja respeitando as normas legais impostas pela empresa.

O principal dever do transportador é contratar seguro para os passageiros; responsabilidade por danos aos passageiros; responsabilidade por atrasos; transporte diligente e incólume; ceder franquia de bagagem.

6. O CONTRATO DE TRANSPORTE DE COISAS:

No transporte de coisas as partes contratantes são remetente, pessoa depositária do objeto e quem contrata o transporte ao seu destino, e transportador. Alguns renomados autores incluem o consignatário (pessoa destinatária do objeto) como parte nessa modalidade de contrato. Não seguimos essa linha, pois entendemos que o consignatário apenas sofre alguns dos efeitos do contrato, mas não se insere como parte do mesmo.

Inclui-se no contrato de transporte de coisas o transporte de animais.

Nessa modalidade de contrato, a responsabilidade do transportador será limitada ao valor constante no conhecimento, que é o documento emitido quando da entrega do objeto ao transportador. É o correspondente ao bilhete de passagem no transporte de pessoas. O Conhecimento possui a

característica da literalidade, ou seja, o que estiver escrito no mesmo valerá como lei. Outra característica é a de ser um documento endossável, a exceção de possuir cláusula “não à ordem”.

Passaremos, agora, à análise dos direitos e deveres das partes envolvidas.

O principal direito do remetente é a chamada variação de consignação, que é a troca de destino do objeto. Por esse instituto, poderá o remetente alterar o local de entrega da mercadoria, para outro diverso do anteriormente estipulado, desde que seja feita a solicitação antes da entrega ao destinatário. Assim, se o objeto já se encontra na cidade de destino, porém em armazém do transportador, não sendo feita a entrega ao destinatário, poderá o remetente alterar o local de entrega para outro diverso daquele.

Outro direito do remetente é o que diz respeito à indenização por perda, furto ou avaria da coisa, incluindo-se neste o vício redibitório, previsto no art. 441 do Código Civil. Outrossim, no que diz respeito ao vício redibitório, o parágrafo único do art. 754, prevê que o prazo prescricional para reclamar é de 10 (dez) dias, contados da entrega do objeto. Nesse ponto, o Código Civil não foi tão generoso como o Código de Defesa do Consumidor, que prevê que a prescrição começa a contar da data que o consumidor descobre o vício redibitório.

Dentre os deveres do remetente estão: declaração do valor e da natureza das mercadorias acondicionadas em embalagens fechadas; acondicionamento satisfatório da mercadoria;

Dentre os direitos do transportador, podemos citar o direito de retenção. Semelhante ao que ocorre no transporte de pessoas poderá o transportador reter a mercadoria transportada, a título de pagamento de frete, caso tenha sido pactuado para ser feita no destino e encontra-se inadimplida. Poderá, ainda, o transportador reajustar o frete, em caso de exercício do direito de variação de consignação por parte do remetente.

Outro direito que caberá ao transportador será o de efetuar o transporte cumulativo, meio pelo qual o transportador “terceiriza” o transporte em determinado trecho, que será feito por empresa distinta da contratada. Nesses casos, conforme preceito do art. 733, cada transportador será responsabilizado pelos danos causados ao objeto relativamente ao respectivo trecho percorrido.

O art. 746 elenca as hipóteses em que o transportador **poderá** recusar o transporte de mercadorias, inserindo-se tais hipóteses numa faculdade do transportador, cabendo a ele próprio avaliar os riscos e decidir pela aceitação ou não do transporte.

Já o art. 747 traz o rol de hipóteses nas quais o transportador **deverá** recusar o transporte de mercadorias, constituindo em dever legal, não cabendo ao transportador a análise pela aceitação ou não do transporte.

Dentre os deveres do transportador, elencados: expedição de conhecimento; aceitação da variação de consignação.

7. DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:

Como se sabe, o art. 6º da Lei 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor, consagra o *princípio da reparação integral dos danos*, princípio este pelo qual o consumidor tem o direito ao ressarcimento integral pelos prejuízos materiais e imateriais causados pelo prestador de serviços, fornecedor de produtos ou até mesmo pela informação deficiente por eles relacionados. Assim também é a lógica dos arts. 18, 19 e 20 do mesmo ordenamento jurídico, pois prevê *as perdas e danos* para o caso de má prestação dos serviços, não deixando dúvidas de que em casos de viagem aérea nacional ou internacional, haverá relação de consumo nos termos dos arts. 2º e 3º do daquele Condex:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. (negritos nossos)

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação,

distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (negritos nossos)

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Segundo o sábio jurista Flavio Tartuce⁸⁷[87], “pelo que consta no art. 1º da própria Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e interesse social, devendo prevalecer sobre os tratados internacionais e demais fontes do direito internacional público, o que também é aplicação do art. 17 da LICC. Dessa forma, a autonomia privada manifestada em um tratado internacional encontra limitações nas normas de ordem pública, como é o caso da Lei Consumerista”.

Nesse sentido, é o teor do próprio texto normativo:

Art. 1º O presente código estabelece **normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social**, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. **(negritos nossos)**

O exame do art. 1º do CDC nos conduz a interpretação sistemática, história e linear das disposições agora prestigiadas no atual “Corpus ius civilis”.

Assim é a inteligência do art. 732 do “condex”: **“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.”**, prevê que os tratados não podem prevalecer em relação ao CC, o mesmo ocorrendo com as leis especiais, essa relação busca uma complementação entre as leis, visando proteger o consumidor, que é a parte mais vulnerável da relação contratual. Essa relação entre as normas está bem clara no enunciado 167 do CJP/STJ da III Jornada de Direito Civil, in verbis:

167 – Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos. (negritos nossos)

O contido no art. 732 do CC não prejudica a aplicação do CDC, sempre que haja uma relação jurídica de consumo no contrato de transporte. É nesse sentido que foi aprovado o enunciado 369 do CJP/STJ, na IV Jornada de Direito Civil:

369 - Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se às normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este. (negritos nossos).

Nesse mesmo caminho, está a polivalente Maria Helena Diniz, quando diz: **“transportes efetivados em relação de consumo reger-se-ão pelo Código de Defesa do Consumidor”**.⁸⁸[90]

Também prevê o transporte cumulativo o art. 733 do CC:

Art. 733. Nos contratos de transporte cumulativo, cada transportador se obriga a cumprir o contrato relativamente ao respectivo percurso, respondendo pelos danos nele causados a pessoas e coisas.

§ 1º O dano, resultante do atraso ou da interrupção da viagem, será determinado em razão da totalidade do percurso.

87[87] Tartuce, Flavio, Direito Civil – Teoria dos Contratos e Contratos em espécie, pág. 524.

88[90] Diniz, Maria Helena: Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria das obrigações Contratuais e Extracontratuais, pág. 502.

§ 2º Se houver substituição de algum dos transportadores no decorrer do percurso, a responsabilidade solidária estender-se-á ao substituto.

Assim esta norma nos remete a que quando há vários transportadores (transporte cumulativo) estes se obrigam a cumprir o contrato por um determinado percurso. O art. 756 do Código Civil prescreve que, neste caso respondem solidariamente.

Art. 756. No caso de transporte cumulativo, todos os transportadores respondem solidariamente pelo dano causado perante o remetente, ressalvada a apuração final da responsabilidade entre eles, de modo que o ressarcimento recaia, por inteiro, ou proporcionalmente, naquele ou naqueles em cujo percurso houver ocorrido o dano.

Essa regra será aplicada tanto para o transporte de pessoas quanto para o de coisas, o que poderá ser tirado do próprio art. 733 CC.

Havendo, em tais casos danos a pessoas ou a coisas, haverá responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, visto que a obrigação de cada transportador é de resultado, portanto, cabe invocar o Código de Defesa do Consumidor.

Tartuce, arremata: "Havendo dano resultante do atraso ou interrupção da viagem, este será determinado em razão da totalidade do percurso, diante da indivisibilidade da obrigação dos transportadores (art. 733, § 1º, do CC). Ocorrendo a substituição de um transportador por outro nessa mesma forma de contratação, a responsabilidade solidária também será estendida ao substituto (art. 733, § 2º, do CC)"^{89[91]}

8. CONCLUSÃO:

A conclusão deste estudo nos conduz a incontáveis entendimentos, novas compreensões e inéditas vertentes.

O contrato de transporte de coisas ou pessoas, em essência reflete o negócio jurídico mais pactuado do século XXI, atravessando o tempo e espaço, pois esteve presente na idade média, na idade moderna e agora com ênfase e tecnologia na idade contemporânea.

Nos tempos atuais, o contrato de transporte, observa e guarda estreita retidão com princípios esculpidos e enraizados no sistema normativo pátrio, pois não se pode conceber a idéia meramente econômica do contrato, em oposição aos interesses difusos e coletivos, nesse ponto, especificamente nasce à teoria do dirigismo contratual que examinamos e discorremos oportunamente.

O contrato de transporte constitui-se em importante e relevante atividade econômica, nos termos da Carta Magna, será livre o exercício de qualquer ofício, profissão e atividade econômica com finalidade lícita, desde que, observados os institutos normativos específicos. O contrato de transporte, não poderia margear o comando constitucional, portanto, o sábio e erudito legislador reservou-lhe destacado espaço no texto constitucional, o que, sem sombra de dúvida, nos conduz ao entendimento de que o Estado intervirá no exercício e exploração da atividade, em tese. A doutrina nomeou esse acontecimento como "intervenção do Estado no domínio econômico".

Ocorrerá intervenção do Estado no domínio econômico, sempre que, o "*leviatã*" intervir diretamente sobre a livre iniciativa econômica, controlando-a ou normatizando-a sistematicamente.

Nesse contexto, especial cuidado mereceu a atividade de transporte, pois não é forçoso concluir que se trata de atividade econômica residual, ou seja, o exercício é efetuado pelo Estado em concurso com o particular, nesse caso, o particular tem os mesmos deveres e obrigações que o Estado na prestação de serviço público.

O contrato de transporte exercido em virtude de autorização, concessão ou permissão remete-nos ao estudo peculiar dos institutos próprios do Poder Público, nessa linha o legislador do atual Código Civil, em nossa concepção, atendeu ordem constitucional, essas últimas determinando taxativamente a normatização e segregação da atividade em comento.

^{89[91]} Tartuce, Flavio, Direito Civil – Teoria dos Contratos e Contratos em espécie, pág. 526.

^{89[92]} Curso de Direito Civil – Maria Helena Diniz, pg. 469

O contrato de transporte é dotado de caráter meta-partes, ou seja, no trato geral concorre com os demais contratos vertidos no atual Código Civil, mas a interpretação do texto constitucional nos remete a fins outros.

O contrato de transporte, em síntese, divide-se em instituto de direito público e instituto de direito privado. O primeiro exercido direta ou indiretamente pelo Poder Público. O último exercido por particulares, nesse caso, com anuência do princípio da autonomia de vontades. Em outras palavras, mediante a livre possibilidade de pactuar as condições de execução do contrato.

O princípio da autonomia de vontades não é soberano, pois encontra limites nos preceitos de ordem pública erigida em normas especiais, gerais e esparsas. O novo Código Civil consagrou alguns desses preceitos de ordem pública, em que, os contratos acham-se estritamente vinculados, pois não haverá convenção juridicamente possível ou jurisdicionalmente tutelável em detrimento àqueles preceitos fundamentais.

Os preceitos de ordem pública refletem a intervenção do Estado na relação privada, buscando o nivelamento e, conseqüente, a igualdade contratual. O objetivo perseguido pelo Estado às vias do dirigismo contratual não é outro senão à livre iniciativa contida, ao progresso social, à livre circulação de bens e serviços, à produção de riquezas, ao equilíbrio das prestações, evitando o abuso do poder econômico e moral, ao respeito à dignidade da pessoa humana sedimentada na Constituição Federal.

Portanto, os contratos estão adstritos à observação estrita das normas de ordem pública, cujo objetivo é atender aos interesses da coletividade, as bases jurídicas fundamentais em que repousam a ordem econômica e moral da sociedade, uma vez que são atinentes aos estado e a capacidade das pessoas; à organização família; aos princípios básicos da ordem de vocação hereditária, da sucessão testamentária, do direito de propriedade, da responsabilidade civil, da liberdade e da igualdade dos cidadãos, da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; e à organização política, administrativa e econômica do Estado. Outrossim, igualmente, as convenções devem respeitar aos bons costumes, relativos à moralidade social, de forma que sejam proibidos, por exemplo, a exploração econômica de atividades libidinosas.

Nesse sentido, opera a função social do contrato, esculpida no art. 421 do atual Código Civil, que, taxativamente diz: **“a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”**, portanto, os contratos deverão ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. Valorizando-se a equidade, a razoabilidade, o bom senso, afastando-se o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado expressamente pelo próprio *Condex*.

A função social do contrato objetiva, em regra, garantir a isonomia e paridade da relação, portanto, não é possível conceber a sobrevivência de pacto em detrimento àqueles preceitos de ordem pública indisponíveis.

Os preceitos de ordem pública, como é o caso da função social, a toda evidência, não podem ser suprimidos pela vontade das partes, em outras palavras, não poderá haver arranjo contratual com o objetivo de nublar ou mitigar a inserção das normas de ordem pública aos contratos.

Nessas linhas, abstraímos compreensão essencial acerca da função social dos contratos. O sábio legislador buscou garantir a função social da propriedade e, conseqüentemente, dos contratos, como é cediço, a propriedade existe para atender finalidade social e, portanto, com os contratos diferente não poderia ser. Não é possível conceber pacto meramente econômico ou casuístico, a concepção contemporânea dos contratos versa sobre a supremacia do interesse coletivo.

Ocorrendo desrespeito a norma de ordem pública o Estado deverá intervir na ralação, buscando o nivelamento e equacionamento, a fim de garantir a efetiva razoabilidade e proporcionalidade da relação.

Por outro lado, o novo ordenamento jurídico privado enalteceu sobremaneira o princípio da boa-fé objetiva aplicando a relação contratual. O princípio da boa-fé objetiva resulta da indexação da boa-fé e do princípio do princípio da probidade contratual.

A boa-fé objetiva passou a importar o aspecto moral da obrigação contratual, impondo-se à parte uma conduta leal e proba para o cumprimento das obrigações no tempo, modo e local convencionados.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva é aferida mediante a análise do cumprimento, ou não dos deveres decorrentes das obrigações principais assumidas pelos contratantes. O conteúdo da obrigação não fica, entretanto, sujeito à mera satisfação do que está expresso, mas se estende até conseguir identificar qual é a utilidade que resultará para o credor com o seu cumprimento.

Diante deste diapasão, podemos afirmar que a boa-fé objetiva resulta do dever de prestação mais amplo que aquele expressamente disposto na lei ou no negócio jurídico. E porque, não dizer que a boa-fé objetiva resulta, outrossim, uma série de deveres ou obrigações acessórias ou laterais de contratação, advêm do simples fato jurídico de se concluir um negócio e que se acham implícitos ao acordo de vontades realizado, por exemplo, a lealdade, a cooperação mútua, a prestação de informação, a assistência técnica, a veracidade, a transparência e a segurança. Para tanto, deve-se analisar as circunstâncias e a natureza jurídica do contrato.

Não é forçoso ou demasiado concluir, portanto, que o princípio da boa-fé objetiva é aplicado, inclusive, nas relações pré-contratuais, por exemplos, as negociações preparatórias ou preliminares do contrato e, mesmo ainda, posteriormente à extinção do contrato, graças à proteção que as partes devem ter, para o asseguramento dos direitos por elas pactuados.

Ora, naturalmente, considerando, tudo o que, discorreremos é possível afirmar que, na relação contratual, não basta que a pessoa cumpra com a sua obrigação pactuada. É necessário que elas, desde a fase pré-contratual, garantam a dignidade da outra, destarde, por ocasião de início de negociações, as partes assumem os deveres recíprocos de proteção contra danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Em suma, durante a fase de execução das obrigações ajustadas, ambas as partes devem se pautar por uma conduta tal que não violem os demais direitos subjetivos e os interesses recíprocos ou de terceiros. O mesmo é possível dizer após a extinção do vínculo contratual, em que subsistem os efeitos jurídicos da relação negocial, impondo-se a observância de outras obrigações pelas partes, implícitas ao contrato. O novo ordenamento jurídico privado permite a aplicação da boa-fé objetiva no direito contratual, portanto, a boa-fé é elemento formador da relação contratual, é elemento extrínseco.

A boa-fé é objetiva e se presume e se aplica de plano, a má-fé está sujeita a prova da parte que a suscitar.

A regra geral recomenda a aplicação dos princípios, preceitos e vertentes estudados nesse sucinto trabalho a todas as modalidades de contratos existentes no ordenamento jurídico pátrio, quer seja o contrato típico, quer seja o contrato atípico. Nós em nosso estudo humilde e singelo nos inclinaremos ao contrato de transporte especificamente.

Em nosso exame, entendemos que, o contrato de transporte, foi perfeitamente, definido no Art. 730 do atual Código Civil:

Art. 730 – Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.

Leciona, nesse sentido, Maria Helena Diniz:

“O contrato de transporte é aquele em que uma pessoa ou empresa se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um local para outro, pessoas ou coisas animadas ou inanimadas [...]” 90[92]

Nesse contexto, podemos observar que o contrato de transporte, assim, como as demais variações contratuais, devem ser juridicamente definidos. A definição busca, em regra, situar o pesquisador dentro da matéria, tornado possível, o exame científico do instituto. Do exame normativo, podemos depreender que o contrato de transporte é: bilateral ou sinalagmático, oneroso, comutativo, consensual e típico.

O contrato de transporte, agora conceituado e juridicamente definido, sujeita-se à legislação especial, por exemplo, as normas de proteção e defesa do consumidor, ao estatuto do idoso, aos tratados e convenções internacionais e aos atos próprios da Administração Pública, mas o no novo ordenamento jurídico privado que encontrará sua essência, estrutura e vitalidade.

Nesse trecho, é oportuna e pertinente a afirmação do jurista, Mozart Victor Russomano:

“[...] se o direito não tem lacunas, a lei as possui, porque é o produto da inteligência do homem, logo falível e incompleta, sendo uma norma abstrata para aplicação a fatos concretos. E não é possível que o legislador tenha o Dom de prever, sem falhas, todas as formas que os fatos assumem”⁹¹[93]

Ora, nesse trecho, nasce a necessidade da aplicação sistemática do arcabouço jurídico pátrio, pois as legislações de regência, a rigor, insuficientes para resolver as mais variadas questões que nos são apresentadas dia a dia, sobretudo, no que tange ao contrato de transporte que é matéria de extrema relevância. É o contrato que, possibilita a circulação das riquezas, pessoas e coisas. No entanto, extremamente relevante como vimos, esse contrato não foi objeto de regulamentação no Brasil até o advento da Lei Federal nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O contrato de transporte, não foi objeto de inquietação para o legislador do século XX, ou seja, em outras palavras, a pobre normatização contida no Código Comercial, bastava para regular instituto de primordial relevância.

Diante desse diapasão, o contrato de transporte, durante tempos foi regido por leis gerais de aplicação análoga, pelas práticas comerciais geralmente aceitas e pelos usos e costumes das convenções temporais e regionais.

É certo que, o contrato de transporte de coisas ou pessoas é atividade perigosa, ou seja, sua execução pode provocar risco a incolumidade física das pessoas ou das coisas, quer seja mediante acontecimentos incertos e imprevisível, quer seja mediante o risco do inadimplemento da obrigação imposta ao transportador a quem compete o dever de zelo, acarretando, portanto, em responsabilidade objetiva na reparação de danos nos termos do art. 927 e seguintes do atual Código Civil, buscamos ilustrar a assertiva final anexando acordo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que, se discutiu justamente a responsabilidade do transportador, face aos princípios, preceitos e vertentes aqui estudados e a responsabilidade objetiva que se impõe ao transportador ou explorador da atividade econômica em comento.

BIBLIOGRAFIA:

Curso de Direito Civil – Maria Helena Diniz;
Curso de Direito Civil – Flavio Tartuce;
Curso de Direito Civil – Cezar Fiuza;
Curso de Direito Civil - Silvio de Salvo Venosa;
Manual Elementar de Direito Civil – Roberto Senise Lisboa;
Curso de Direito Constitucional Positivo – José Afonso Pinto;
Curso de Direito Constitucional – Alexandre de Moraes;
Curso de Introdução a Ciência do Direito – André Franco Montoro;
Curso de Filosofia do Direito – Miguel Reale;
Direito Administrativo – Maria Sylvania Zanella Di Pietro;
Direito Administrativo Brasileiro – Hely Lopes Meireles;
Curso de Direito Administrativo – Celso Antônio Bandeira de Mello;
Direito Civil – Silvio Rodrigues;
Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho". 3. ed., revista, acrescida e atualizada, Rio de Janeiro: José Konfino, vol. I, 1955, p. 76
O conceito de Direito - Herbert Hart;
História Geral - Florival Cáceres
Almanaque Abril - 25ª Edição, Editora Abril, 1999

Sites consultados:

<http://www.suapesquisa.com>
<http://www.museuinstitucional.com.br>
<http://www.wikipedia.com.br>
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>

⁹¹[93] Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho". 3. ed., revista, acrescida e atualizada, Rio de Janeiro: José Konfino, vol. I, 1955, p. 76