

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS COMPANHIAS AÉREAS NO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: Breves comentários acerca da inconstitucionalidade do acórdão do Recurso Extraordinário 636.331/RJ, do Supremo Tribunal Federal, no qual se decidiu que as Convenções de Varsóvia e de Montreal sobrepõem-se ao Código de Defesa do Consumidor

Leonardo de Faria Beraldo¹

Sumário: **1.** Introdução. **2.** Resumo do acórdão do RE n. 636.331/RJ. **3.** Minha visão sobre o acórdão. **4.** Questões de ordem prática no dia a dia forense. **5.** Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo científico é o de analisar o conteúdo do acórdão do Recurso Extraordinário n. 636.331/RJ, que, por maioria de votos, entendeu que as Convenções de Varsóvia e de Montreal devem ser aplicadas aos processos decorrentes de responsabilidade civil nos contratos de transporte aéreo internacional. Contrariou-se, pois, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (STJ),² que, há tempos, vinha aplicando o Código de Defesa do Consumidor (CDC). No Supremo Tribunal Federal (STF) a matéria tinha sido apreciada, salvo engano, apenas duas vezes. Na primeira oportunidade,³ decidiu-se pela aplicabilidade das convenções internacionais, e, na segunda, do CDC.⁴

Esse novo entendimento se deu por causa do disposto no art. 178 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88). No julgamento foi decidido que não haveria prejuízo e/ou retrocesso na proteção do consumidor e, ainda, que não estaria sendo violado o princípio constitucional da reparação integral. A propósito, é preciso destacar que ainda não houve o trânsito em julgado da decisão, haja vista a oposição de embargos de declaração pela consumidora.

¹ Advogado. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Processo Civil. Professor em cursos de graduação e pós-graduação de Processo Civil, Arbitragem e Direito Civil. Ex-Diretor da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Ex-Diretor do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Ex-Presidente da Comissão Especial da OAB/MG encarregada do estudo do projeto de lei de novo CPC. Membro do Conselho Deliberativo da CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil. Autor de diversos livros e artigos científicos. *E-mail:* leoberaldo@globo.com.

² Nesse sentido: STJ, 4ª T., AgInt no AREsp n. 874.427/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/10/2016, *DJe* 07/10/2016; STJ, 3ª T., AgRg no AREsp n. 607.388/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 16/06/2016, *DJe* 23/06/2016.

³ Cf. STF, 2ª T., RE n. 297.901/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, j. j. 07/03/2006, *DJ* 31/03/2006, p. 38.

⁴ Cf. STF, 1ª T., RE n. 351.750/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Carlos Britto, j. 17/03/2009, *DJe* 25/09/2009.

A metodologia desse trabalho será a seguinte: no *capítulo 2* farei um resumo imparcial do acórdão, não tecendo qualquer comentário pessoal sobre a decisão. No *capítulo 3* apresentarei, com todo o respeito, a minha visão sobre os acertos e desacertos, do ponto de vista técnico, desse novo aresto. E, no *capítulo 4*, debatarei questões bastante práticas e objetivas, envolvendo essa matéria, no dia a dia forense.

2. RESUMO DO ACÓRDÃO DO RE 636.331/RJ

Nesse tópico apresentarei os principais pontos e questões jurídicas do acórdão, sem fazer qualquer juízo pessoal acerca de eventual acerto ou desacerto da decisão. A minha intenção, com isso, é, após uma apresentação totalmente fidedigna e imparcial dos pontos fundamentais do acórdão, poder apresentar as minhas considerações sobre o *decisum*.

2.1. Voto do Min. Gilmar Mendes (relator)

Logo no início já é possível perceber qual é o *escopo do julgamento*, na visão do relator, como se extrai da seguinte passagem: “[n]a essência, a controvérsia está em definir se o direito do passageiro à indenização pode ser limitado por legislação internacional especial, devidamente incorporada à ordem jurídica brasileira”.⁵

Diante disso, o relator apresenta *três aspectos que considera serem os mais relevantes*: “(1) o possível conflito entre o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor e a regra do art. 178 da Constituição Federal; (2) a superação da aparente antinomia entre a regra do art. 14 da Lei 8.078/90 e as regras dos arts. 22 da Convenção de Varsóvia e da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional; e (3) o alcance das referidas normas internacionais, no que se refere à natureza jurídica do contrato e do dano causado”.⁶

Uma importante consideração sobre o *grau de hierarquia desses tratados internacionais* foi tecida pelo relator: “[o]s diplomas normativos internacionais em questão não gozam de estatura normativa supralegal de acordo com a orientação firmada no RE 466.343, uma vez que seu conteúdo não versa sobre a disciplina dos direitos humanos”.⁷

⁵ Página 10 do acórdão.

⁶ Página 12 do acórdão.

⁷ Página 13 do acórdão.

O relator entende que os tratados internacionais devem prevalecer em face do CDC, seja pelo critério cronológico (a última atualização do tratado é do ano de 1998), seja pelo critério da especialidade, pois os tratados disciplinam o transporte aéreo internacional, enquanto que o CDC regula toda a relação de consumo.⁸

Outras duas relevantes constatações apresentadas pelo relator dizem respeito ao objeto desses tratados internacionais: (i) regulam apenas o transporte aéreo internacional⁹ e (ii) disciplinam apenas o dano material.¹⁰

No tocante às espécies de lides em que deveriam ser aplicados os tratados internacionais em detrimento do CDC, consignou o relator que, “com base nos fundamentos acima alinhavados, penso que é de se concluir pela prevalência da Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil em detrimento do Código de Defesa do Consumidor não apenas na hipótese extravio de bagagem. A mesma razão jurídica impõe afirmar a mesma conclusão também nas demais hipóteses em que haja conflito normativo entre os mesmos diplomas normativos”.¹¹

Ao final de seu voto, ele propôs a seguinte tese de repercussão geral: “[é] aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais”.¹²

⁸ Cf. as páginas 13 a 15 do acórdão.

⁹ Cf. “Dois aspectos devem ficar sobremaneira claros neste debate. O primeiro é que as disposições previstas nos acordos internacionais aqui referidos aplicam-se exclusivamente ao transporte aéreo internacional de pessoas, bagagens ou carga. A expressão ‘transporte internacional’ é definida no art. 1º da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, nos seguintes termos: [...]. A disposição deixa claro o âmbito de aplicação da Convenção, que não alcança os contratos de transporte nacional de pessoas e estão, por conseguinte, excluídos da incidência da norma do art. 22” (página 16 do acórdão).

¹⁰ Cf. “O segundo aspecto a destacar é que a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se, porque a disposição do art. 22 não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral. Corrobora a interpretação da inaplicabilidade do limite do *quantum* indenizatório às hipóteses de dano moral a previsão do art. 22, que permite o passageiro realizar ‘declaração especial’ do valor da bagagem, como forma de eludir a aplicação do limite legal. Afinal, se pode o passageiro afastar o valor limite presumido pela Convenção mediante informação do valor real dos pertences que compõem a bagagem, então não há dúvidas de que o limite imposto pela Convenção diz respeito unicamente à importância desses mesmos pertences e não a qualquer outro interesse ou bem, mormente os de natureza intangível” (páginas 16 e 17 do acórdão).

¹¹ Página 17 do acórdão.

¹² Página 17 do acórdão.

2.2. Voto do Min. Roberto Barroso

Preliminarmente, é imperioso destacar que o Min. Barroso é o relator do recurso extraordinário com agravo n. 766.618/SP, que possui acórdão próprio e com 128 laudas.

Esse ministro, inicialmente, reitera a necessidade de se observar os três critérios para se dirimir antinomia entre o CDC e os já referidos tratados internacionais, quais sejam, hierarquia, cronológico e especialização. Deixa claro, assim, que em todos os três os tratados preponderam sobre o CDC.¹³

O ministro lembra que o recurso extraordinário só pode ser interposto por causa do art. 178 da CF/88, e que “a teleologia da norma constitucional é perfeitamente legítima: ela se volta ao interesse de se uniformizarem as regras no transporte aéreo internacional – o que, em última análise, traz não só isonomia entre todos os consumidores desse serviço, como também impõe ao Brasil o respeito aos compromissos internacionais que tenha assumido”.¹⁴

Dentre desse voto, o Min. Barroso recorda que no julgamento do já mencionado ARE n. 766.618/SP, no qual a matéria de fundo é o prazo prescricional das pretensões indenizatórias decorrentes de transporte aéreo internacional, há de se aplicar o prazo estabelecido no art. 29 da Convenção de Varsóvia, que é de apenas dois anos, e, não, as regras do CDC.¹⁵

Quanto ao inciso XXXII do art. 5º da CF/88, que dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, o ministro salientou se trata daquilo que a doutrina costuma chamar de princípio institutivo, isto é, uma norma voltada para o legislador. Sendo assim, diante do que dispõe o art. 178 da CF/88, aduz o ministro que, “[d]entro do que me parece ser a melhor forma de se interpretar o Direito, deve-se ler as disposições normativas à luz dos princípios constitucionais. Mas quando uma regra constitucional estatuir em sentido diverso ao indicado por um princípio constitucional, deve-se aplicar a regra, a opção claramente manifestada pelo constituinte – o que me parece que também esse seria o caso aqui, se nós considerássemos que existiria, no art. 5º, XXXII, uma proteção mais ampla do consumidor”.¹⁶

Prosseguindo essa discussão, assevera o ministro que “se nós constatássemos que a Convenção de Varsóvia deixa o consumidor inteiramente desguarnecido, aí, sim, eu acho que seria o caso de se pronunciar a inconstitucionalidade da Convenção, ou do decreto que internalizou a Convenção. Mas esse definitivamente não me parece ser o caso, até porque, Ministro Gilmar, nós estamos aqui lidando

¹³ Páginas 19 e 20 do acórdão.

¹⁴ Página 20 do acórdão.

¹⁵ Página 20 do acórdão.

¹⁶ Páginas 21 e 22 do acórdão.

com transporte aéreo; nós não estamos lidando com um consumidor hipossuficiente, que precise de uma exacerbação da proteção do Estado”.¹⁷

O ministro, então, conclui da seguinte maneira o seu voto: “por essas considerações, baseando-me sobretudo na circunstância de que me parece inequívoca a opção do constituinte pela prevalência da Convenção Internacional nesta matéria, essa é a conclusão que eu adoto. Esse raciocínio não se confunde com a eventual ideia, que alguém poderia ter, de que se deveria proteger mais ou menos o consumidor, porque aqui nós estamos definindo qual é o estatuto jurídico que se aplica: a Convenção ou Código do Consumidor. Parece-me que, por interpretação constitucional, é claramente hipótese de se aplicar a convenção”.¹⁸

Ao final, ele apresenta uma sugestão de tese de repercussão geral: “[p]or força do art. 178 da Constituição, em caso de conflito, as normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor”.¹⁹

2.3. Os dois primeiros debates envolvendo alguns ministros do STF

Após o voto do Min. Gilmar Mendes,²⁰ bem como depois do voto do Min. Luis Roberto Barroso,²¹ houve indagação expressa e direta, por parte do Min. Marco Aurélio, sobre eventual aplicabilidade dos tratados internacionais aos danos morais decorrentes da relação jurídica em contrato de transporte aéreo internacional, inclusive com intervenções do Min. Ricardo Lewandowski. A conclusão a que esses quatro ministros chegaram foi a de que esses tratados internacionais só se aplicam aos danos materiais, ou seja, não há um limite ou teto para os valores decorrentes das compensações por danos morais.

2.4. Voto do Min. Teori Zavascki – primeira parte

Esse ministro inicia seu voto recordando que os tratados e convenções internacionais, que não disciplinam direitos humanos, entram no nosso ordenamento jurídico no mesmo plano de validade, de eficácia e de autoridade em que estão as leis ordinárias.²²

¹⁷ Páginas 22 e 23 do acórdão.

¹⁸ Página 23 do acórdão.

¹⁹ Página 23 do acórdão.

²⁰ Cf. página 18 do acórdão.

²¹ Cf. páginas 24 a 26 do acórdão.

²² Cf. página 27 do acórdão.

Feita essa consideração, afirma que, a seu ver, existe uma pequena divergência entre os votos dos ministros Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso. Segundo o Min. Teori: “[p]elo que eu entendi, o Ministro Barroso está afirmando que a prevalência do tratado internacional se daria em função do artigo 178 da Constituição. Essa seria a tese. No meu entender - e acho que isso também defendeu o Ministro-Relator, o Ministro Gilmar -, não é propriamente em função desse artigo. É em função dessa solução de antinomia que se resolve pela Lei de Introdução ao Direito Brasileiro”.²³

Em seguida, lança a seguinte indagação ao plenário do STF: “[e]u não gostaria de, desde logo, afirmar tese de que, em qualquer circunstância, a norma de direito internacional sobre transporte aéreo prevaleceria sobre a norma de direito interno. Imaginemos que agora vem uma norma de direito interno estabelecendo de modo diferente. Essa norma não seria inconstitucional, ou seja, será que o legislador brasileiro interno estaria inibido e proibido pelo artigo 178 de dispor diferente de uma convenção internacional?”.²⁴

2.5. O terceiro debate envolvendo alguns ministros do STF

Após a indagação acima, iniciou-se mais um debate no plenário, envolvendo os ministros Barroso, Marco Aurélio, Lewandowski e Gilmar.

O Min. Barroso respondeu a pergunta lançada pelo Min. Teori da seguinte forma: “Eu penso que, se nós aplicássemos puramente a Lei de Introdução, teríamos até uma dificuldade de conhecimento porque estaríamos no plano infraconstitucional; mas, independentemente disso, acho que o artigo 178 faz as vezes de uma típica norma da Lei de Introdução. Ele tem uma norma de direito internacional privado, uma norma de sobredireito. [...]. Acho, portanto, que a Constituição impõe ao legislador o respeito às convenções internacionais, a menos que não tenha sido atendido o princípio da reciprocidade, ou a menos que se declare a inconstitucionalidade da norma da Convenção. Seja como for, a imposição, salvo melhor juízo, decorre do artigo 178”.²⁵

Em seguida, deu-se o seguinte diálogo:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Permita-me uma intervenção também? Estou compreendendo a preocupação do Ministro Teori. Estou aqui pensando: suponhamos que o Estado brasileiro edite uma norma de caráter sanitário, ou que diga

²³ Página 28 do acórdão.

²⁴ Páginas 28 e 29 do acórdão.

²⁵ Página 30 do acórdão.

respeito à segurança, ou a qualquer uma outra; será que essa lei de grande interesse público não pode prevalecer sobre um tratado internacional que diga respeito a transportes aéreos, aquáticos e terrestres, seja para proteger a saúde pública ou a segurança?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Acho que aí nós teríamos que construir ou a exceção da reciprocidade ou a exceção de uma eventual inconstitucionalidade...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ou que seja alguma coisa vinculada a direitos fundamentais?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ou dizer que a proteção da saúde pública é uma questão de direito fundamental.²⁶

No final desse debate, chamou-me bastante a atenção algo afirmado pelo Min. Teori, e que, de certa forma, vai de encontro com o que foi dito logo acima pelo Min. Barroso: “[d]e qualquer modo, se o legislador viesse a legislar, nós, então, enfrentaríamos o caso, mas não é o caso concreto. No caso concreto, nós temos a Convenção de Varsóvia e o Protocolo Adicional nº 4, de Montreal, cuja vigência está hígida e só poderia ser afastada, no meu entender, pela declaração de inconstitucionalidade, o que não é o caso”.²⁷

2.6. Voto do Min. Teori Zavascki – segunda parte

Finalizados os debates, esse ministro retoma seu voto e aduz que “[n]o caso concreto, nós temos a Convenção de Varsóvia e o Protocolo Adicional nº 4, de Montreal, cuja vigência está hígida e só poderia ser afastada, no meu entender, pela declaração de inconstitucionalidade, o que não é o caso”.²⁸

E, no parágrafo seguinte, sugere a seguinte tese de repercussão geral: “eu assentaria a tese de que a Convenção de Varsóvia e o sucessor Protocolo Adicional nº 4 de Montreal, tem prevalência sobre o Código de Defesa do Consumidor, sem dizer o porquê”.²⁹

2.7. Voto da Min. Rosa Weber – primeira parte

Ainda nesse mesmo dia (08/05/2014), essa ministra iniciou a leitura de seu voto, dando a entender que iria inaugurar divergência. Digo isso tomando como base essa assertiva: “[...] porque eu solucionaria a questão na linha do preconizado pelo douto Procurador-Geral da República, pela

²⁶ Página 32 do acórdão.

²⁷ Página 35 do acórdão.

²⁸ Página 36 do acórdão.

²⁹ Página 36 do acórdão.

aplicação da norma mais favorável. Mas, mais favorável a quem? A quem, em uma relação jurídico-material dessa natureza, não está em uma posição de paridade. Há uma desigualdade que decorre justamente da hipossuficiência, da vulnerabilidade de uma das partes envolvidas, que, inclusive, como se destacou, se fez sentir até pela ausência, na tribuna, diante dos eminentes patronos que fizeram belíssimas sustentações orais - de defesa ao consumidor. O Ministério Público, sim, se manifestou favoravelmente ao consumidor, mas eu digo da tribuna”.³⁰

Logo depois dessa fala, a ministra foi interrompida pelos seus colegas e se instaurou mais um debate.

2.8. O quarto debate envolvendo alguns ministros do STF

O único ponto que realmente me chamou a atenção foi essa fala do Min. Teori, quando se discutia o fundamento da tese a ser adotada como repercussão geral nesse julgamento: “[n]ão, isso que eu ia dizer, eu acho que tese nós temos que afirmar. A dificuldade é estabelecer os fundamentos da tese, eu acho que nós temos que enunciar a tese, mas não precisamos dizer quais são os fundamentos. Eu não quero dizer que a minha tese é contra a tese de Vossa Excelência, eu deixei isso claro”.³¹

2.9. Voto da Min. Rosa Weber – segunda parte

Já no dia 25/05/2017, retomando seu voto após pedido de vista, essa ministra inicia seu voto relembrando, de forma breve e objetiva, a jurisprudência anterior do STF sobre a matéria, bem como o que se passou no julgamento do recurso até aquele instante.

Ao examinar a compatibilidade das convenções internacionais, ora debatidas, com a CF/88, aduz a ministra que, “[p]or imperativo lógico, só depois de estabelecida a premissa da compatibilidade das disposições da Convenção de Varsóvia e da Convenção de Montreal com a Constituição da República será possível estudar eventual conflito aparente das normas previstas em tais pactos com as de outros diplomas infraconstitucionais vigentes no ordenamento doméstico”.³² Dito isso, ela afirma que não vê qualquer substancial desafio constitucional no tocante à questão do prazo prescricional (objeto do ARE n. 766.618/SP). Já em relação ao limite indenizatório (objeto do RE n. 636.331/RJ), tem-se que tal discussão deve ser aprofundada.

³⁰ Página 37 do acórdão.

³¹ Página 39 do acórdão.

³² Página 49 do acórdão.

Disposta a aprofundar nessa discussão sobre a compatibilidade ou não desses tratados internacionais, com a CF/88, no que toca ao limite das indenizações pelos danos materiais, a ministra traz a lume ao relevante julgado (AI n. 762.184/RJ), inicialmente de relatoria do Min. César Peluso (já aposentado – atualmente sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes), em que, ao se discutir, no plenário virtual, a existência ou não de repercussão geral, o Min. Peluso apresentou excelentes considerações sobre essa matéria.³³

A ministra, então, começa a analisar os regramentos da Convenção de Varsóvia, datada do ano de 1929, e promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 20.704/1931. A ministra diz que essa Convenção “não era ontologicamente contrária à ideia de indenização ilimitada por danos materiais”. Isso porque, no seu art. 25(1),³⁴ havia menção expressa sobre a impossibilidade de se aplicar aqueles limites, desde que provado dolo ou culpa grave do transportador.

Com efeito, faz-se mister destacar o comentário *obiter dictum* tecido pela ministra no que diz respeito à possibilidade de inversão do ônus da prova, com base no CDC, haja vista o disposto no art. 28(2) da Convenção de Varsóvia: “[a] propósito, a título de *obiter dictum*, destaco que o tratado em tela não excluiu a aplicação de regras processuais domésticas (art. 28, nº 2, da Convenção de Varsóvia), motivo pelo qual, à míngua de antinomia, entendo cabível, em demandas entre consumidores e fornecedores do serviço de transporte aéreo internacional, a inversão processual do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC. Em outras palavras: a partir da conjugação dos arts. 22 e 25 da Convenção de Varsóvia com o art. 6º, VIII, do CDC, analisada, em cada caso, a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, não visualizo óbice à inversão do ônus da prova quanto à caracterização de dolo ou culpa grave do transportador aéreo internacional ou de seus prepostos”.³⁵

Apesar do conteúdo do voto do Min. Peluso em outro julgado, já aqui mencionado, a ministra entende que, numa leitura conjunta dos arts. 5º, V, X e XXXII, 170, V e 178, todos da CF/88, não há qualquer inconstitucionalidade, desses tratados internacionais, no que diz respeito aos casos em que há perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem.³⁶⁻³⁷ Para justificar a constitucionalidade desses dispositivos dos tratados internacionais que limitam o valor das indenizações, diz a ministra que:

³³ Cf. páginas 50 a 54 do acórdão.

³⁴ Art. 25(1). Não assiste ao transportador o direito de prevalecer-se das disposições da presente Convenção, que lhe excluem ou limitam a responsabilidade, se o dano provém de seu dolo, ou de culpa, sua, quando, segundo a lei do tribunal que conhecer da questão, fôr esta considerada equivalente ao dolo.

³⁵ Página 64 do acórdão.

³⁶ Cf. “Cotejados os referidos preceitos constitucionais com as condições previstas no tratado em tela (declaração especial ou verificação da existência de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos), para obtenção de indenização integral e ilimitada, não diviso, ao menos no tocante aos casos de perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem, que é o objeto específico de um dos casos sob julgamento (RE 636.331/RJ), incompatibilidade da Convenção de Varsóvia com a Carta Magna, sob o ângulo da razoabilidade e da proporcionalidade” (páginas 65 e 66 do acórdão).

Ao prever a realização de declaração especial, como requisito para assegurar indenização correspondente ao valor do objeto declarado, independentemente de inquirição sobre a existência de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos, entendo que a Convenção de Varsóvia veicula norma impregnada de racionalidade.

O transportador aéreo internacional, no intuito de calcular os riscos a que está exposto e embutir o custo da correspondente cobertura securitária no preço cobrado pelas passagens ou pela expedição de bagagens ou mercadorias, tem de se valer de parâmetros estipulados legal ou contratualmente.

Desde que fixados em patamares razoáveis, como me parecem ser os veiculados, na Convenção de Varsóvia, para os casos de perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem, não há motivo para acoimar tais parâmetros de inconstitucionais, medida que, aliás, seria prejudicial ao mercado de transporte aéreo internacional e teria o condão de gerar insegurança jurídica e indesejável elevação dos preços de passagens e/ou de expedição de bagagens, em detrimento, ao final, dos consumidores dos aludidos serviços.³⁸

Com efeito, é preciso bastante atenção porque a ministra deixou bem claro que seu voto tinha espectro restrito, cuidando, apenas, das duas matérias postas nos dois recursos que estavam sob julgamento, quais sejam, prescrição e limitação do valor da indenização nos casos de perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem.³⁹

A conclusão desse capítulo de seu voto é, pois, a seguinte: “[f]eitas essas breves digressões, concludo, circunscrita ao exame das regras veiculadas, na Convenção de Varsóvia, para a indenização de danos materiais decorrentes de perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem, que estas são razoáveis e proporcionais, por compatibilizarem o direito de propriedade do passageiro com a necessidade de conferir a segurança jurídica imprescindível para a atuação do transportador aéreo internacional”.⁴⁰

No próximo capítulo de seu voto, a ministra passa a analisar a Convenção de Montreal, que passou a integrar o nosso sistema jurídico com o Decreto n. 5.910/2006. Após transcrever diversos dos seus dispositivos, bem como doutrina especializada, afirma que houve avanço, em relação à Convenção

³⁷ Aliás, em outra passagem de seu voto, a ministra diz o que pensa sobre os casos em que envolveriam lesão ou morte do passageiro: “Com efeito, no tocante à responsabilidade do transportador aéreo internacional por morte ou lesão a passageiro, há fatores distintivos que não podem ser ignorados. Em tais hipóteses, não está em jogo discussão de caráter eminentemente patrimonial e, portanto, disponível – como ocorre com a bagagem despachada –, mas, sim, concernente à vida e à integridade física humanas, fundamentos centrais de nossa ordem constitucional (art. 1º, III, da Constituição da República), motivo pelo qual inviável cogitar de mecanismo que, a exemplo do que ocorre com a ‘declaração especial’, possibilite ajuste prévio e individualizado da indenização por danos materiais a ser recebida na ocorrência de evento danoso” (páginas 66 e 67 do acórdão).

³⁸ Página 66 do acórdão.

³⁹ Cf. “Considerados os estritos contornos dos recursos ora em exame, a versarem sobre prescrição e indenização por danos materiais decorrentes do extravio de bagagem, não avanço análise a respeito da proporcionalidade, ou não, dos parâmetros estabelecidos, no referido tratado (Convenção de Varsóvia), para a indenização por danos materiais nos casos de morte ou lesão de passageiro” (página 66 do acórdão).

⁴⁰ Página 67 do acórdão.

de Varsóvia, no que diz respeito à proteção do consumidor,⁴¹ e conclui que não há qualquer ofensa, da Convenção de Montreal, ao texto constitucional.⁴²

Em outro capítulo de seu voto, a ministra entende que a responsabilidade civil do Estado e dos prestadores de serviço público é objetiva (art. 37, § 6º, da CF/88), contudo, diante do que preconiza o art. 21, XII, 'c', da CF/88,⁴³ não teria o transporte aéreo, muito menos o internacional, a natureza de serviço público. E, mesmo se o fosse, seria na modalidade de autorização, e, não, concessão ou permissão. Por isso, a conclusão da ministra é no sentido de que, o fato de essas convenções internacionais determinarem, para algumas situações, responsabilidade civil subjetiva, não há qualquer incompatibilidade com o § 6º do art. 37 da CF/88.⁴⁴

Em mais um dos vários capítulos de seu voto, a ministra se propõe a descobrir o significado do termo “ordenar”, constante no art. 178 da CF/88. Teria esse termo um sentido mais raso, apenas no sentido de organização do transporte aéreo internacional, ou seria algo mais profundo, dizendo respeito a todos os aspectos dessa modalidade de transporte? Parece que a ministra entende que essa última feição é que deve prevalecer. Segundo ela, “[d]entro dessa moldura, ante o peremptório comando constitucional, no sentido de que, na ‘ordenação’ do transporte aéreo internacional, a legislação doméstica deve observar os tratados, determinação a abarcar, inclusive, eventuais normas voltadas a disciplinar relações de consumo, entendo indevido, mesmo sob pretexto de promover o denominado diálogo das fontes, dar prevalência ao CDC, em detrimento das normas de convenções internacionais sobre transporte aéreo. Em tal exercício, reputo que o constituinte empregou o vocábulo ‘ordenação’ de maneira ampla, de modo a prestigiar o compromisso assumido pela República Federativa do Brasil em instituir sistema uniforme de tratamento de demandas envolvendo consumidores e fornecedores do serviço de transporte aéreo internacional”.⁴⁵ A ministra, aliás, deixa claro em seu voto que esses tratados internacionais também devem ser aplicados em detrimento do CC.⁴⁶

O último aspecto do voto que interessa a esse artigo científico é aquele em que a ministra afirma seu posicionamento, de forma conjunta, sobre os seguintes pontos: limite da indenização em caso de perda, destruição, avaria ou atraso na entrega da bagagem e o ônus da prova em caso de dolo ou culpa

⁴¹ Cf. páginas 67 a 72 do acórdão.

⁴² Cf. “Nesse cenário, presente a possibilidade de reparação integral e ilimitada, no caso de perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem despachada, se atendidas condições razoáveis e proporcionais, entendo, forte nas razões indicadas no tópico anterior, quando examinei a Convenção de Varsóvia, que também a Convenção de Montreal é, no particular, compatível com a Constituição da República” (páginas 72 e 73 do acórdão).

⁴³ Cf. art. 21, XII, c: “Compete à União: [...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária”.

⁴⁴ Cf. páginas 74 a 78 do acórdão.

⁴⁵ Página 79 do acórdão.

⁴⁶ Cf. páginas 81 a 83 do acórdão.

grave do transportador. A ministra entende que o ônus de provar que não houve dolo ou culpa grave é do transportador, haja vista o disposto no art. 6º, VIII, do CDC.⁴⁷ E mais: que seria encargo do transportador informar ao consumidor (art. 6º, III, do CDC) que ele tem o direito de fazer declaração especial, nos termos do art. 22(2) da Convenção de Montreal, de modo que o teto indenizatório da Convenção não ser-lhe-ia aplicável.⁴⁸

2.10. Votos dos Ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski

Em votos bem curtos,⁴⁹ e sem trazerem qualquer argumento novo, estes ministros seguiram o entendimento adotado pelo relator, o Min. Gilmar Mendes. Todos renderam homenagem especial ao voto-vista da Min. Rosa Weber.

2.11. Voto do Min. Marco Aurélio

Em voto bastante enxuto, e sem descer em detalhes, o ministro divergiu do relator e não deu provimento ao recurso extraordinário, ou seja, entendeu que o CDC deve prevalecer.⁵⁰

Vale mencionar, aqui, o brevíssimo aparte que esse ministro fez durante o voto do Min. Celso de Mello, em que afirmou o seguinte: “[a]penas ressaltou um aspecto: se o voo fosse interno, as indenizações seriam plenas”.⁵¹

2.12. Voto do Min. Celso de Mello

O ministro começa seu voto criticando a adoção do critério da especialidade da norma (*in casu*, as convenções seriam mais específicas que o CDC), pelo relator e pelos demais julgadores que o acompanharam, em razão do disposto no inciso XXXII do art. 5º da CF/88, isto é, nulificou um direito

⁴⁷ Cf. páginas 85 e 86 do acórdão. Nesse sentido: “[p]or óbvio, a fornecedora dos serviços de transporte aéreo internacional tem, no caso, envergadura técnica e capacidade operacional muito superiores à da consumidora, para produzir prova que esclareça quanto a presença, ou não, de dolo ou culpa grave suscetível de dar causa ao extravio da bagagem” (p. 86).

⁴⁸ Cf. “[r]essalto, por fim, que, em atenção ao estabelecido no art. 6º, III, do CDC, preceito que não conflita com a Convenção de Varsóvia e com sua sucessora, a Convenção de Montreal, sendo, pois, aplicável em conjunto com tais tratados internacionais, deve o consumidor ser informado sobre a viabilidade de fazer declaração especial de valor, mediante pagamento, se o caso, de taxa suplementar, bem como sobre os riscos existentes na hipótese de não exercer tal faculdade, inclusive com potencial adstrição a limites indenizatórios, quanto a danos materiais decorrentes do eventual extravio de sua bagagem” (página 87 do acórdão).

⁴⁹ Cf. páginas 89 a 98 do acórdão.

⁵⁰ Cf. páginas 99 a 101 do acórdão.

⁵¹ Página 103 do acórdão.

fundamental do consumidor.⁵² Diga-se de passagem, nesse instante o Min. Gilmar interrompeu a leitura do voto e tentou justificar, a sua decisão, na necessidade de se dar segurança jurídica e tratamento uniforme, às companhias aéreas, em todo o mundo, sob pena de uma ou outra, inclusive, desinteressar-se em trabalhar no Brasil.⁵³

Retomando seu voto, o ministro assevera que o critério hierárquico para a solução de antinomia entre normas deve, portanto, prevalecer no caso posto em discussão. Assim, como a cláusula de proteção ao consumidor está inserida no art. 5º, XXXII, da CF/88, deve-se optar pela aplicabilidade do CDC, e, não, das já mencionadas convenções internacionais, pois, do contrário, o direito fundamental de proteção do consumidor restará violado.⁵⁴ Desse modo, para o ministro, essa cláusula pétrea é um compromisso do constituinte com o cidadão brasileiro, e não pode ser uma mera promessa, devendo ser concretizado a todo instante.⁵⁵

Prosseguindo nessa toada, o ministro passa a discutir a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*.⁵⁶ Trata-se de uma realidade no direito brasileiro, e, para corroborar essa assertiva, cita doutrina e jurisprudência do próprio STF. Ele arremata essa parte final de seu voto da seguinte maneira: “[é] por essa razão que a autonomia privada – que encontra clara limitação de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos de terceiros, especialmente em face de prerrogativas positivadas em sede constitucional, como o direito fundamental assegurado ao consumidor, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, como as empresas de transporte aéreo internacional, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativas, em tema de liberdades fundamentais, também se impõem aos particulares, inclusive aos organismos empresariais, no âmbito de suas relações privadas”.⁵⁷

A conclusão do voto é no sentido de que o CDC deve sobrepor-se às duas convenções ora examinadas.

⁵² Cf. página 104 do acórdão.

⁵³ Cf. páginas 104 a 106 do acórdão.

⁵⁴ Cf. páginas 106 a 112 do acórdão.

⁵⁵ Nessa parte foi citada farta doutrina sobre o assunto.

⁵⁶ Cf. páginas 114 a 118 do acórdão.

⁵⁷ Página 118 do acórdão.

2.13. Voto da Min. Cármen Lúcia

O voto dessa ministra, apesar de um pouco extenso,⁵⁸ não trouxe nenhum fundamento novo ao debate. Foi feito um relatório do processo e do julgamento, e analisou-se as antinomias aparentes existentes entre as normas, bem como os critérios para a sua resolução, especialmente o hierárquico e do da especialidade. A ministra entende que: (i) não há hierarquia entre as convenções analisadas e o CDC; (ii) ambas são especiais em relação ao CDC (que seria a lei geral); e (iii) que os limites indenizatórios delas não violam o texto constitucional.

Ao final, apresentou a seguinte proposta de tese, com repercussão geral: “as normas dos tratados sobre transporte aéreo internacional firmados pela União e regularmente incorporados ao direito interno, quando aplicáveis, afastam a incidência das disposições da legislação infraconstitucional interna no que lhe forem contrárias”.⁵⁹

2.14. A tese firmada em sede de repercussão geral no final do julgamento

No fim desse julgamento, no dia 25/05/2017, foi firmada a seguinte tese de repercussão geral: “[n]os termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.⁶⁰

Atenção porque todos os ministros do STF consideram que as Convenções de Varsóvia e Montreal não podem reger os pleitos de *danos morais* oriundos da relação contratual de transporte aéreo internacional. Nas lides versando sobre dano moral, então, aplicar-se-ão as regras da CF/88, do CDC e até mesmo do CC.

3. MINHA VISÃO SOBRE O ACÓRDÃO

Antes de iniciar, quero deixar registrado que o acórdão do STF, objeto dessa análise científica, foi bastante claro e decidi que as Convenções de Varsóvia e de Montreal limitam apenas o valor dos

⁵⁸ Cf. páginas 122 a 133 do acórdão.

⁵⁹ Página 133 do acórdão.

⁶⁰ Tese n. 210.

danos materiais das situações nelas elencadas. *O dano moral, segundo o STF, por gozar de proteção constitucional, não estaria sujeito à tarifação e aos limites dessas duas convenções internacionais.*⁶¹

3.1. O princípio da reparação integral possui guarida na CF/88 – Vedação ao enriquecimento injusto – Necessidade de condenar o ofensor e ressarcir a vítima de maneiras corretas

A responsabilidade civil é o *direito* da vítima de ser ressarcida de todos os danos, patrimoniais e extrapatrimoniais, que sofreu, injustamente, pelo ofensor. Essa reparação, como todos sabem, deve ser a mais ampla possível. O *princípio da reparação integral* está inserido na CF/88 e pode ser percebido nos incisos V e X do art. 5º, ou seja, é um direito fundamental. Também poderia lembrar nesse instante, apenas a título de curiosidade, do *princípio da justa indenização*, pelo qual, em casos de desapropriação, deverá ser pago previamente e em dinheiro, ao desapropriado, o valor justo a que tem direito. Caso ele não concorde com o valor da avaliação, tem o direito de ir a juízo pleitear a diferença.

No plano infraconstitucional, o princípio da reparação integral pode ser percebido, por exemplo, no art. 944 do CC e no art. 6º, VI, do CDC.

No CC, existe exceção a esse princípio, conforme se pode verificar no parágrafo único do art. 944: “[s]e houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. A propósito, em um aprofundado estudo sobre esse dispositivo legal, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho deixa claro de que se trata de regra que: (i) é a única exceção ao princípio da reparação integral no direito positivo brasileiro;⁶² (ii) exige a necessidade de que a desproporção entre a gravidade da culpa e o dano seja excessiva;⁶³ (iii) pode ser afastada, no caso

⁶¹ Isso está evidente não só pela leitura dos votos, mas porque está escrito na *ementa* do acórdão: “Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: ‘Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor’. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento” (STF, Pleno, RE n. 636.331/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/05/2017, DJe 13/11/2017).

⁶² Cf. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O princípio da reparação integral e sua reparação no direito brasileiro. In: *Rumos contemporâneos do direito civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 108.

⁶³ Cf. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O princípio da reparação integral e sua reparação no direito brasileiro, *cit.*, p. 112.

concreto, diante de certas particularidades;⁶⁴ (iv) em princípio, tem natureza dispositiva e, não, imperativa;⁶⁵ (v) deve ser aplicada aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais.⁶⁶

Já no CDC *não* há essa permissibilidade para se reduzir o valor da indenização, e, diga-se de passagem, é terminantemente proibida a existência de cláusula contratual nesse sentido, haja vista o disposto nos arts. 25 e 51, I.⁶⁷

Como bem colocado por Paulo de Tarso Sanseverino, a “função mais característica do princípio da reparação integral é a compensatória, estabelecendo-se que a indenização em sentido amplo deve manter uma relação de equivalência, ainda que de forma aproximativa, com os danos sofridos pelo prejudicado. Busca assegurar ao lesado uma reparação que compense os prejuízos por ele suportados com o ato danoso”.⁶⁸

Esse princípio também costuma ser lembrado nas decisões do STF⁶⁹ e do STJ.⁷⁰

Dito isso, parece estar bastante claro que a vítima tem o direito de ser ressarcida de todos os danos sofridos, sejam eles materiais, morais ou estéticos. Essa premissa me leva a afirmar que o desrespeito ao princípio da reparação integral gera o enriquecimento sem causa do ofensor. *In casu*, as vítimas seriam os passageiros e os ofensores seriam as companhias aéreas.

Evidentemente que surgirão vozes no sentido de que não se pode taxar, de enriquecimento sem causa, o pagamento realizado por ordem de sentença judicial que, por sua vez, baseou-se na Convenção de Montreal. Em contrapartida, como muito bem salientou José G. do Valle Ferreira, “todos acordam em que a obrigação de restituir não está subordinada à falta de causa na aquisição, até porque a obrigação subsiste ainda nos casos de aquisição por força de lei, segundo se verifica, por exemplo, nos casos de acessão. A obrigação do enriquecimento deriva do próprio enriquecimento com jactura alheia, considerado injusto, ilegítimo desde o direito romano”.⁷¹

Portanto, diante do fato de o princípio da reparação integral ter base na CF/88, e, ainda por cima, se tratar de um direito fundamental (que é cláusula pétrea), não me parece possível que um

⁶⁴ Cf. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O princípio da reparação integral e sua reparação no direito brasileiro, *cit.*, p. 121.

⁶⁵ Cf. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O princípio da reparação integral e sua reparação no direito brasileiro, *cit.*, p. 125.

⁶⁶ Cf. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O princípio da reparação integral e sua reparação no direito brasileiro, *cit.*, p. 127-129.

⁶⁷ Atenção: de acordo com o art. 51, I, se o consumidor por pessoa jurídica, é possível a limitação da indenização em alguns casos.

⁶⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

⁶⁹ STF, 1ª T., RE n. 96.823/SP, Rel. Min. Rafael Mayer, j. 14/09/1982.

⁷⁰ STJ, 3ª T., REsp n. 1.344.962/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25/08/2015, *DJe* 02/09/2015.

⁷¹ FERREIRA, José G. do Valle. *Enriquecimento sem causa*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949, p. 152.

dispositivo infraconstitucional possa limitar tal direito.⁷² E, apesar de constar no voto da Min. Rosa que os valores impostos pela Convenção de Montreal são razoáveis e proporcionais,⁷³ tentarei demonstrar no *item 3.2* que isso não procede e, além disso, creio que o razoável/proporcional é bem diferente do integral. A CF/88 não criou o regime da reparação proporcional e nem o da reparação razoável. E nem mesmo o CDC e o CC adotaram esses regimes de reparação proporcional ou razoável. Sendo assim, é inconstitucional o teto indenizatório imposto pela Convenção de Montreal. E, se a regra é inconstitucional, e o acórdão do STF a aplica, tem-se que a decisão está contrariando o texto constitucional.

Finalizando esse tópico, recorro ao leitor que “[d]e nada vale ter-se um magnífico repertório de leis substantivas, se a sua inobservância não trazer dano ao infrator”.⁷⁴ E é imprescindível que a reparação desse dano seja de forma integral.

3.2. Direito fundamental de proteção do consumidor – Cláusula pétrea – Retrocesso na proteção do consumidor com a aplicação das Convenções de Varsóvia e de Montreal em vez do CDC

Como já salientado anteriormente, o grande argumento utilizado pela Min. Rosa Weber para afirmar a constitucionalidade das convenções, na parte que diz respeito ao limite das indenizações, é o de que os consumidores não estariam sendo prejudicados, pois (i) o valor do teto indenizatório é proporcional e razoável e (ii) há, ainda, a possibilidade de a indenização ser irrestrita, desde que o passageiro tenha feito declaração apartada antes de despachar a sua bagagem (art. 22, 2, da Convenção de Montreal), ou, então, se o transportador incorrer em dolo ou culpa grave no incidente (art. 22, 5, da Convenção de Montreal).

Nesse ponto, concordo integralmente com todas as considerações apresentadas pelo Min. Celso de Mello em seu substancial voto, e não vou repetir as suas considerações, pois seria mera redundância.

⁷² *Em sentido contrário*, baseando-se, para tanto, unicamente na possibilidade de o passageiro poder ser reparado integralmente dos danos materiais sofridos, desde que faça a declaração especial de bagagem, prevista no art. 22(2) da Convenção de Montreal e no art. 734, parágrafo único, do CC, confira-se: REFOSCO, Helena Campos. A Convenção de Montreal e a responsabilidade civil no transporte aéreo internacional. *Revista Trimestral de Direito Civil* v. 46. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun./2011, p. 70. O que essa autora ignora em sua análise, porém, é o fato de as companhias aéreas estarem cometendo abusos no momento de receberem essas *declarações especiais de bagagem*, conforme demonstraremos no *item 3.2.2*. Ademais, reitero que não concebo a possibilidade de se restringir o direito fundamental à reparação (art. 5º, V e X) por meio da legislação infraconstitucional. Permitir a relativização desse direito, que é cláusula pétrea, representa um atentado e uma eterna ameaça aos direitos fundamentais.

⁷³ Cf. página 67 do acórdão.

⁷⁴ NEPOMUCENO, Paulo Polly. *A integral reparação do dano*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1972, p. 79.

Quero acrescentar que, a meu sentir, é evidente e irrefutável que, a prevalecer o entendimento majoritário formado no julgamento dos dois recursos já mencionados, haverá prejuízo e retrocesso para os consumidores. A aplicação do CDC lhes é muito mais favorável, e, não bastasse, há regras bastante temerosas e obscuras na Convenção de Montreal. Senão, vejamos, abaixo, o caso a caso, lembrando que o valor, em Reais, do Direito Especial de Saque, no dia 21/11/2017, é de R\$ 4,60.

3.2.1. O limite para as indenizações decorrentes de morte ou lesão corporal de passageiro

Segundo o art. 21(1) da Convenção de Montreal,⁷⁵ o transportador pode excluir a sua responsabilidade, com base em mera cláusula contratual, quando o valor da indenização ultrapassar 100.000 Direitos Especiais de Saque (equivalente a R\$ 460.000,00) por passageiro. Será que esse valor é suficiente para cobrir pensão, para a família da vítima, até a data e, que este completasse 75 anos de idade?

Vou trazer dois exemplos para ilustrar. No *primeiro caso*, um trabalhador de 40 anos de idade ganha R\$ 5.000,00 (líquido) por mês. Se ele morrer, e deixar esposa e filho, eles terão direito de receber pensão de, aproximadamente, dois terços disso, que dá R\$ 3.000,00. Em menos de 12 anos terá sido atingido o teto da Convenção. Isso quer dizer que a família da vítima ficará sem receber a indenização devida por 23 anos, pois seria essa a data em que o passageiro morto completaria 75 anos de idade. No *segundo caso*, uma servidora pública de 45 anos de idade ganha R\$ 25.000,00 (líquido) por mês. Se ela morrer, e deixar marido e dois filhos, eles terão direito de receber pensão de, aproximadamente, dois terços disso, que dá R\$ 16.666,00. Em apenas 27 meses terá sido atingido o teto da Convenção. Isso quer dizer que a família da vítima ficará sem receber a indenização devida por 28 anos, pois seria essa a data em que a passageira morta completaria 75 anos de idade.

Outra forma que o transportador tem de excluir a sua responsabilidade, quando o valor ultrapassar 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, está prevista no art. 21(2).⁷⁶ São verdadeiras excludentes de culpabilidade para o transportador. O pior é que a hipótese do art. 21(2)(a) jamais existiria se o CDC estivesse sendo aplicado, uma vez que este tem o regime da responsabilidade civil objetiva, enquanto que a Convenção se vale, pelo menos nessa parte específica, da responsabilidade civil subjetiva (com culpa presumida).

⁷⁵ Art. 21(1). O transportador não poderá excluir nem limitar sua responsabilidade, com relação aos danos previstos no número 1 do Artigo 17, que não exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

⁷⁶ Art. 21(2). O transportador não será responsável pelos danos previstos no número 1 do Artigo 17, na medida em que exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, se prova que: (a) o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou (b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro.

Enfim, isso tudo é ou não é um retrocesso aos direitos do consumidor?

3.2.2. O limite para as indenizações decorrentes de destruição, perda, avaria ou atraso da bagagem

Nos termos do art. 22(2) da Convenção de Montreal, “[n]o transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino”.

Inicialmente é preciso observar que esse teto de R\$ 4.600,00 (com a cotação do Direito Especial de Saque do dia 21/11/2017) é para o passageiro, e, não, para cada bagagem despachada.

Imagino que, para a grande maioria dos passageiros que se valem do transporte aéreo, esse valor será suficiente para cobrir os danos na bagagem (não estou me referindo ao seu conteúdo). Mesmo as malas de marcas de excelência, como a *Samsonite*,⁷⁷ custam em torno de R\$ 1.000,00 cada.

O problema realmente surge nas duas situações a seguir, quais sejam, (i) quando a bagagem é temporariamente extraviada durante a viagem do passageiro e (ii) quando a mala é terminantemente perdida e nunca mais encontrada.

Na *primeira situação*, o passageiro será obrigado a comprar, durante a sua viagem, e, muitas vezes, em um outro país, novas roupas, produtos de higiene, cosméticos, remédios, e, até mesmo, uma nova bagagem para poder guardar os bens adquiridos. Sobre isso, tenho algumas considerações a fazer: (i) diante da omissão da companhia aérea em informar quando a bagagem desaparecida será devolvida, parece-me razoável que o passageiro possa fazer uma compra maior, pois seria injusto e abusivo exigir que ele tenha que perder tempo comprando novos itens a cada 24 horas; (ii) o passageiro tem direito a comprar bens do mesmo padrão que ele está acostumado a utilizar onde mora.

Na *segunda situação*, a questão é ainda mais grave, pois o passageiro perde, para sempre, a sua mala, os bens que já tinha antes de viajar e os itens comprados na viagem.

Apresentados esses dois cenários, pergunta-se: é lícito e justo limitar o valor da indenização por danos materiais? Evidentemente que não. É óbvio que a vítima tem todo o direito de ser ressarcida de todos os prejuízos que sofreu (e provou) em decorrência do ato ilícito praticado pela companhia aérea.

⁷⁷ É claro que as bagagens fabricadas por algumas grifes famosas ultrapassarão o teto indenizatória da Convenção de Montreal, contudo, apenas uma pequena minoria dos passageiros tem poder aquisitivo para adquiri-las.

Por quê? Por causa do princípio constitucional da reparação integral. Assim, uma vez provados os danos, a reparação só deve ser parcial se houver culpa concorrente.

Levando essa discussão um pouco mais para o lado prático, é muito pouco provável que 1.000 Direitos Especiais de Saque, por passageiro, seja suficiente para cobrir os gastos decorrentes da perda permanente de uma bagagem. Aliás, nas viagens para os Estados Unidos, onde é muito comum a realização de muitas compras, e cada passageiro sempre despacha duas malas, é certo que esse valor será insuficiente.

Por fim, em relação à possibilidade de o passageiro fazer a tal *declaração separada sobre o conteúdo da sua bagagem*, com o intuito de não estar limitado ao teto do art. 22(2) da Convenção de Montreal, também há uma série de dificuldades e retrocessos para o consumidor. *Primeiro*, é que haverá um custo adicional por isso. A GOL Linhas Aéreas, por exemplo, cobra uma taxa de 35% sobre o valor declarado.⁷⁸ Trata-se de um valor extremamente abusivo! Eu, por exemplo, pago pelo seguro do meu automóvel, 4% do valor declarado. Sem falar no fato de que isso seja soa, fortemente, como uma venda relativamente casada. A cobrança de um percentual dessa envergadura está mais para um contrato de sociedade do que um contrato de seguro. *Segundo*, há um limite para o valor declarado, que é de R\$ 15.000,00.⁷⁹ Em outras palavras, o passageiro que tem roupas caras fica à mercê desse limite, que, aliás, não está claro se é para cada bagagem ou por passageiro. *Terceiro*, a GOL não aceita essa declaração apartada em itinerário no qual há voos operados por outras companhias aéreas, mesmo que esses voos sejam vendidos no seu próprio site.⁸⁰ Quero lembrar que a GOL não voa para os Estados Unidos (faz uma parceria com a Delta Airlines) e não voa para a Europa e Ásia. Acho que só voa dentro da América do Sul e Central. *Quarto*, não existe, na Convenção de Montreal, qualquer disposição regulamentando o limite dessa declaração especial de valor da bagagem, bem como estatuidando um limite para a taxa a ser cobrada em caso de apresentação, pelo passageiro, dessa declaração. Evidentemente, ficará o consumidor sujeito aos abusos das empresas aéreas. *Quinto*, AZUL⁸¹ e LATAM⁸² têm regras piores ainda.

⁷⁸ <https://www.voegol.com.br/pt/informacoes/viaje-sem-duvidas/o-que-pode-levar-na-bagagem>. Acesso no dia 22/11/2017.

⁷⁹ <https://www.voegol.com.br/pt/contrato-de-transporte-aereo>. Acesso no dia 22/11/2017.

⁸⁰ <https://www.voegol.com.br/pt/informacoes/viaje-sem-duvidas/o-que-pode-levar-na-bagagem>. Acesso no dia 22/11/2017.

⁸¹ A AZUL não informa nada sobre a *declaração especial* em seu site. Procurei na parte que trata da “nova regra de bagagem” e no contrato de transporte (<https://www.voeazul.com.br/ContratoAereo>). Acesso no dia 23/11/2017.

⁸² A LATAM, pelo que percebi, proibiu o consumidor de se valer da *declaração especial* que lhe é garantida pela Convenção de Montreal. Isso porque, na Cláusula 4.6.1 de seu “contrato de transporte aéreo”, diz-se que, “[n]o despacho de bagagem, caso o Passageiro pretenda transportar bens cujo o valor ultrapasse o limite de indenização de 1.131 (mil e cento e trinta e um) Direitos Especiais de Saque – DES, poderá fazer a declaração de valor junto ao transportador”. Contudo, na Cláusula 4.6.6., consta que “[b]ens cujo valor ultrapasse o limite de 1.131 DES (Direito Especial de Saque) deverão ser despachados via carga”. Resumindo, o que se deu com uma mão, se retirou com a outra. Essas informações foram extraídas do site: https://www.latam.com/pt_br/transparencia/contrato-de-transporte-aereo/, e foi acessado no dia 23/11/2017.

Enfim, isso tudo é ou não é um retrocesso aos direitos do consumidor?

Um último comentário, e que não é uma análise do acórdão, mas guarda relação direta com esse tema, é o do uso da *tutela específica para a obtenção do resultado prático equivalente*. Como assim? Explico. Imagine-se uma pessoa que viajou para os Estados Unidos, fez várias compras e teve as suas bagagens extraviadas. Por mais que ele consiga indenização integral, isto é, acima do baixíssimo teto criado pela Convenção de Montreal, ainda assim ele não terá de volta os bens que comprou, pois, no Brasil, eles não existem ou são infinitamente mais caros.⁸³ Dito isso, considero totalmente válido e pertinente o pedido para que a companhia aérea seja compelida a entregar os bens descritos na exordial, dentro de um prazo razoável, sob pena de multa diária. O limite da multa deve ser um valor tal que, em caso de descumprimento da decisão, permita que a vítima consiga comprá-los no Brasil, ou, até mesmo, realizar nova viagem, para aquele país, só com o intuito de readquirir os bens extraviados. A base legal da tutela específica, bem como da fixação de *astreinte* e de eventual conversão em perdas e danos, são os arts. 497 a 500 e 536 a 538 do CPC.

3.2.3. O limite para as indenizações decorrentes de atraso no voo

De acordo com o art. 22(1) da Convenção de Montreal, “[e]m caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, como se especifica no Artigo 19, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro”.

A experiência na advocacia, ao longo dos anos, mostrou-me que, nas lides envolvendo atraso de voo (seja nacional ou internacional), o pedido principal, e com as cifras mais elevadas, é sempre o relativo aos danos morais. Quando há pedido de dano material, é porque ocorreu o seguinte: (i) perda de diária de hotel; (ii) perda de passeio (excursão) previamente pago; (iii) reembolso com nova passagem comprada (ou apenas de uma multa), na conexão de outra companhia aérea, porque ela não quis reacomodar o passageiro, gratuitamente, em outro voo; (iv) perda de entrevista de emprego; (v) perda de uma etapa de um concurso público; entre outras.

Desse modo, não acredito que o teto de 4.150 Direitos Especiais de Saque, por passageiro, causará injustiças. No entanto, caso o dano material provado seja superior ao limite estatuído pela norma internacional, tenho que será lícito, à vítima, ser ressarcida de todos os gastos comprovados nos autos, sob pena de violação ao princípio da reparação integral.

⁸³ Apenas para dar um exemplo da enorme diferença de preços, um televisor 4K da marca Samsung, com 65 polegadas, custa, no Brasil, R\$ 18.000,00 (site da Ricardo Eletro em 1º/12/2017), e, nos EUA, R\$ 10.000,00 (site da Best Buy). Por mais que o consumidor pague o imposto de importação, ainda assim é mais barato o aparelho nos EUA do que no Brasil.

Enfim, isso tudo é ou não é um retrocesso aos direitos do consumidor?

3.2.4. *Da inexistência de limite para as indenizações decorrentes de cancelamento de voo*

Esse é um debate que poderá gerar controvérsias, pois, apesar de a Convenção de Montreal ser totalmente silente quanto ao teto indenizatório em caso de cancelamento de voo, por qualquer motivo que seja, tem-se que a mesma possui previsão em caso de atraso de voo.

A meu ver, diante do silêncio da convenção, a interpretação deve ser restritiva e de modo mais favorável ao consumidor, seja com base no art. 47 do CDC,⁸⁴ seja com fulcro no art. 423 do CC.⁸⁵ Vê-se que os dois dispositivos legais cuidam de cláusulas contratuais, no entanto, o que se percebe, em ambos, é o cuidado do legislador em proteger a parte mais fraca na relação contratual. No caso em tela, como a Convenção de Montreal é bem clara ao dispor do teto para o atraso (arts. 19 e 22, 1), e, não, para o cancelamento de voo, parece-me mais acertado proteger a parte mais vulnerável do contrato do que uma poderosa companhia aérea.

Por fim, é claro que surgirão vozes no sentido de que o cancelamento do voo tem, como consequência, o atraso, contudo, com base nas regras acima citadas, bem como no princípio da razoabilidade, opto por defender, nesse momento, a inaplicabilidade do limite de indenização, previsto no art. 22(1), para as hipóteses de cancelamento de voo.

3.2.5. *Da inexistência de limite para as indenizações decorrentes de cancelamento indevido da reserva do passageiro*

Na advocacia já me deparei com alguns casos em que o passageiro comprou e pagou pela sua passagem, todavia, no momento de realizar o *check in*, foi surpreendido com a notícia de que a sua reserva tinha sido cancelada. Outra situação que já pude presenciar – essa mais comum – é a do cancelamento da passagem de volta do passageiro simplesmente porque ele não utilizou a passagem de ida.

Feita essa introdução, quero ressaltar que a Convenção de Montreal não disciplinou nenhuma dessas práticas em seu bojo, o que me leva a concluir que, em casos dessa natureza, deverá ser aplicado o CDC, e, não, a Convenção.

⁸⁴ Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

⁸⁵ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

3.2.6. *Da inexistência de limite para as indenizações decorrentes de overbooking*

A Convenção de Montreal não dispôs absolutamente nada sobre as consequências decorrentes do *overbooking*. Sendo assim, nessas situações, não será possível aplicar o limite indenizatório da convenção, ou seja, aplicar-se-á o CDC.

3.2.7. *Da inexistência de limite para as indenizações decorrentes de poltrona da classe executiva que não reclina*

Esse é um tipo de ilícito que não ocorre com muita frequência, mas já tive a oportunidade de advogar em dois casos distintos. O que fazer quando o consumidor compra uma passagem, na classe executiva (ou mesmo na primeira classe), e a poltrona está com defeito e não reclina durante a viagem?

Em *primeiro lugar*, registro que tal situação não está descrita ou disciplinada pela Convenção de Montreal, logo, não está sujeita ao limite indenizatório nela previsto.

Em *segundo lugar*, é preciso destacar que esse tipo de situação dá direito ao passageiro pedir a reparação dos danos materiais e morais. O dano moral em razão do enorme desconforto, frustração e ansiedade gerados pela obrigatoriedade de permanecer, durante um longo voo, com a poltrona na mesma posição ereta. O dano material por causa da enorme diferença tarifária entre o que se cobra para as classes econômica e executiva. O abatimento proporcional, destarte, tem como base legal os arts. 19, I e 20, III, ambos do CDC.

3.2.8. *Minhas conclusões sobre o item 3.2 desse artigo científico*

Isso posto, se é um direito fundamental a promoção da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/88), não pode o legislador editar normas contrárias aos interesses do consumidor. *In casu*, estou me referindo às Convenções de Varsóvia e de Montreal.

Sobre esse ponto, é pertinente trazer um exemplo para elucidação. Eu não vejo qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na Resolução n. 400/2016 da ANAC, no tocante à permissibilidade de as companhias aéreas cobrarem, do passageiro, pelas bagagens despachadas. Pode até parecer um retrocesso, mas, usando-se do bom senso, não há qualquer dispositivo normativo que proíba essa prática. Isso, de forma alguma, pode ser considerada uma venda casada, uma vez que a venda da passagem de avião não está condicionada ao pagamento para despachar bagagens no porão da

aeronave. Destarte, dentro do princípio constitucional da livre iniciativa, é perfeitamente lícita a cobrança. Enfim, apesar de ser bastante óbvio de que se trata de uma regra contrário ao interesse dos consumidores, ela é válida porque encontra guarida no princípio da livre iniciativa. Fato é que a CF/88 não estatuiu que a defesa do consumidor deva ser buscada, custe o que custar, a todo e qualquer instante.

Dessa forma, o que me parece seja possível sustentar, em tese, é que os direitos legislativos conquistados pelo consumidor não lhe podem ser retirados, sob pena de não se estar observando o disposto no inciso XXXII do art. 5º e no inciso V do art. 170, ambos da CF/88. E, aqui, ainda há o fato de essa limitação indenizatória estar violando os princípios constitucionais da reparação integral e da igualdade.

Por fim, *é preciso ressaltar que a tese fixada ao final do julgamento é demasiadamente genérica, isto é, não foi clara o suficiente nem mesmo para deixar claro que as ditas convenções não se aplicam a todo e qualquer caso, em que se discuta danos materiais, decorrente do transporte aéreo internacional.* Conforme ficou claro e bem demonstrado nos *itens 3.2.4 a 3.2.7*, mesmo se forem ignorados os princípios constitucionais da reparação integral, da igualdade, da proteção ao consumidor e da proporcionalidade, ainda assim não seria possível aplicar as mencionadas convenções internacionais para as situações ventiladas nos tópicos acima citados, tendo em vista o fato de as convenções não terem disciplinado regras para elas.

Enfim, isso tudo é ou não é um retrocesso aos direitos do consumidor?

3.3. Da diferença de tratamento entre o consumidor que faz voos domésticos e internacionais – Princípio da isonomia

Após a leitura do acórdão, não pude deixar de ficar com o sentimento de desigualdade que foi criado entre o consumidor que faz uso de voos domésticos com aquele que se utiliza dos voos internacionais.

Como se pôde ver ao longo dos meus comentários, a diferença é assustadora. Aliás, confesso, a primeira pessoa a vislumbrar isso foi o Min. Marco Aurélio, quando disse: “[a]penas ressalto um aspecto: se o voo fosse interno, as indenizações seriam plenas”.⁸⁶

Isso é perigoso diante do que dispõe o *caput* do art. 5º da CF/88! É claro que não desconheço a máxima de que *é preciso tratar os desiguais, na exata medida de suas desigualdades*, entretanto, o que

⁸⁶ Página 103 do acórdão.

se está vendo, com esses dois recentes julgados do STF, é a criação de um tratamento bastante desigual, entre consumidores, sem que, de fato, exista uma desigualdade que justifique tal medida.

Certamente, nos idos da década de 1920, fosse realmente preciso existir uma convenção internacional para regulamentar o transporte aéreo internacional, de modo a dar segurança ao empreendedor que estava iniciando as suas atividades,⁸⁷ e, numa época em que a tecnologia era inferior e a comunicação global era bastante precária, era essencial, tal previsibilidade, para que todas pudessem operar em outros países. Por outro lado, a manutenção dessas convenções, até os dias de hoje, é, a meu sentir, totalmente desnecessário. Como disse, houve um real e nobre motivo para a criação da Convenção de Varsóvia no ano de 1929 (o Brasil aderiu no ano de 1931), contudo, essa necessidade desapareceu. E mais: duvido que alguma companhia aérea estrangeira deixará de voar, para o Brasil, caso ele decida se retirar (denunciar) das Convenções de Varsóvia e de Montreal. A maior prova disso é que, no Brasil, até o início de 2017, o Judiciário só aplicava o CDC, e, não, as ditas convenções. Pergunta: alguma empresa estrangeira deixou de voar para o Brasil? Não. Continuam todas aqui.

Nesse sentido, ao decidir sobre esse tema, o Supremo Tribunal de Justiça, de Portugal, teceu os seguintes comentários: “os tectos indemnizatórios foram estabelecidos nessa Convenção em vista dos muito elevados perigos inerentes à actividade do transporte aéreo, e do elevado risco de eventuais situações de responsabilidade civil. Acontece que os tempos mudaram, houve uma enorme evolução tecnológica na indústria aeronáutica e aperfeiçoamento das operações aéreas, de modo que hoje o transporte aéreo, como divulgam as próprias companhias de aviação, é dos mais seguros, com o que desapareceu a razão de ser de tais limitações”.⁸⁸

Exatamente nesse diapasão são os ensinamentos de Fernando Noronha: “[q]uando os tetos indenizatórios foram estabelecidos no transporte aéreo, tinha-se em vista o elevado risco empresarial ligado a essa atividade, o qual era consequência dos chamados ‘risco do ar’, ou ‘risco de voo’, como acidentes aéreos ou mesmo panes no avião, atrasando a partida e, portanto, o transporte de coisa perecível, que nos tempos iniciais da aviação eram muito altos”.⁸⁹ Conclui afirmando que, “[se] hoje de

⁸⁷ Confirmam-se, a seguir, o ano de fundação de algumas companhias aéreas: Air France (1933), American Airlines (1930), Delta Airlines (1924), Iberia (1927), KLM (1929), Lufthansa (1926; recriada em 1953), Panair do Brasil (1929), Panam (1927), United Airlines (1926), Varig (1927), Vasp (1933). Fonte: site do Google.

⁸⁸ STJ, 1ª Secção, Processo n. 5808/09.9TVLSB.L1.S1, Rel. Juiz Conselheiro Gregório Silva Jesus, j. 20/05/2014, votação unânime.

⁸⁹ NORONHA, Fernando. A responsabilidade civil do transportador aéreo por danos a pessoas, bagagens e cargas. *Revista de Direito do Consumidor* n. 44. São Paulo: RT, out./2002, p. 173.

responsabilidade do transportador aéreo é, *de lege ferenda*, injustificável, ela só se pode manter no ordenamento jurídico pela força da inércia”.⁹⁰

Posso trazer à baila, ainda, trecho de um julgado do STJ, da relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar, em que ele sustenta que é sabido “que a origem das cláusulas limitativas do valor indenizatório, constantes dos tratados internacionais, está em ser o transporte aéreo uma atividade que, ao tempo, apresentava risco maior do que os outros meios de transporte, risco esse que deveria ser corrido tanto pelo transportador como por quem dele se utilizava. Os tempos mudaram e hoje o transporte aéreo, segundo as próprias companhias de aviação divulgam e o comprovam os dados estatísticos, é um dos mais seguros, com o que desapareceu a razão de ser da própria limitação”.⁹¹

Assim sendo, esse é só mais um argumento com o intuito de demonstrar, com todo o respeito, o desacerto, do ponto de vista técnico, das duas referidas decisões do STF.

3.4. Antinomia aparente de normas – Critério de especialidade não tão evidente no caso concreto

Recapitulando, a maioria dos ministros entendeu que as Convenções de Varsóvia e de Montreal devem se sobrepor ao CDC, haja vista a inexistência de hierarquia entre as normas (todas estão no plano infraconstitucional) e, do ponto de vista da especialidade, as convenções são especiais em relação ao CDC.

O Min. Marco Aurélio, que inclusive foi vencido no julgamento, chegou a afirmar que “norma especial é a Convenção de Varsóvia, porque trata de consumo específico”.⁹²

Particularmente, eu não penso que a questão seja tão simples assim. Até concordo que essa visão da maioria dos ministros, de que as aludidas convenções cuidam do consumo específico, seja verdadeira. Entretanto, não é menos correto afirmar que as mencionadas convenções disciplinam o transporte aéreo internacional (lei geral), e que o CDC, justamente por regular apenas as relações de consumo, seria a lei especial em relação a elas, precisamente por tratar apenas do transporte aéreo internacional de consumidores. O CDC não socorrerá, em princípio, por exemplo, o empresário que contratar transporte de carga.⁹³

Sobre esse ponto, vejamos, uma vez mais, o escólio de Fernando Noronha: “comete-se um equívoco quando se afirma que o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia são leis

⁹⁰ NORONHA, Fernando. A responsabilidade civil do transportador aéreo por danos a pessoas, bagagens e cargas, *cit.*, p. 174.

⁹¹ STJ, 4ª T., REsp n. 171.506/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21/09/2000, DJ 05/03/2001, p. 167.

⁹² Página 18 do acórdão.

⁹³ Isso porque esse empresário não seria, em princípio, o destinatário final do produto. É preciso recordar, todavia, que o STJ flexibilizou o conceito de consumidor ao longo dos anos.

especiais perante o Código de Defesa do Consumidor, como lei geral. Só se pode dizer que dois ramos de direito estão, um em relação ao outro, numa situação de direito comum para direito especial quando o âmbito do segundo se insere totalmente dentro do âmbito maior do primeiro, só tendo como nota distintiva o acréscimo de alguns elementos específicos daquele. Só se pode falar num direito especial quando, se ele não existisse, todos os casos por ele abrangidos caíssem no âmbito do direito geral, para serem por ele regulados. Ora, não é isso que acontece com o direito das relações de consumo e com o direito da responsabilidade civil do transportador aéreo. A posição em que estes se encontram, um em relação ao outro, é a de dois direitos especiais, e por isso mais complexa e suscitando os problemas que tivemos oportunidade de referir”.⁹⁴

Esse, porém, é um ponto que não considero dos mais importantes, e o trouxe apenas porque creio que essa discussão poderia ter sido um pouco mais profunda no âmbito do STF.

3.5. Dos limites legislativos para a ordenação do transporte aéreo internacional – Normas constitucionais inconstitucionais (art. 178 da CF/88)

Início esse tópico transcrevendo, mais uma vez, o art. 178 da CF/88: “[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”.

A existência desse dispositivo no texto constitucional é, basicamente, o único argumento que os ministros do STF têm para sustentarem a necessidade de as Convenções de Varsóvia e de Montreal sobreporem-se ao CDC nos contratos de transporte aéreo internacional.

Ocorre que, o simples fato de se ter uma regra inserida na Constituição não significa que ela seja, necessariamente, constitucional. Sobre o tema das normas constitucionais inconstitucionais, Otto Bachof afirma que, caso haja contradição aparente “entre um princípio constitucional e uma norma singular da Constituição, tal vontade só pode em princípio ser entendida, ou no sentido de que o legislador constituinte quis admitir essa norma singular como exceção à regra, ou no de que negou, pura e simplesmente, a existência de semelhante contradição”.⁹⁵

Com base nessa citação doutrinária, não é possível sustentar a inconstitucionalidade do art. 178 por estar em aparente contradição com o art. 5º, *caput* e incisos V, X e XXXII, que cuidam dos princípios da igualdade, reparação integral e proteção do consumidor.

⁹⁴ NORONHA, Fernando. A responsabilidade civil do transportador aéreo por danos a pessoas, bagagens e cargas, *cit.*, p. 179-180.

⁹⁵ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 59.

Contudo, veja-se o que Otto Bachof escreveu imediatamente após àquela frase: “[c]onceder-se-á, todavia, que em casos de contradição insolúvel, de uma contradição que também não seja susceptível de interpretar-se através da relação regra-excepção, assim como, por último, em caso de manifesto equívoco, possa haver lugar para outro juízo”.⁹⁶

Mesmo com base nessa segunda citação doutrinária, continuo considerando que o art. 178 é uma regra sem qualquer vício de constitucionalidade. O grande erro, a meu ver, foi o Brasil ter aderido à Convenção de Montreal, quando, na verdade, o correto seria ter denunciado a Convenção de Varsóvia. Em outras palavras, diante dos direitos fundamentais contidos no art. 5º, *caput* e incisos V, X e XXXII, que, repita-se, são cláusulas pétreas, tenho como correto afirmar que os Decretos n. 20.704/1931 e 5.910/2006 são parcialmente inconstitucionais. E onde é que está a inconstitucionalidade? Simples: está no teto indenizatório presente nos arts. 21 e 22 da Convenção de Montreal.

Avançando um pouco mais na análise do art. 178, penso que não seria necessário que, na sua redação, existisse qualquer tipo de ressalva quanto à necessidade de a União respeitar os princípios da reparação integral, da igualdade e da proteção ao consumidor. Por quê? Porque são direitos fundamentais já elencados no art. 5º, logo, é evidente que a lei e os tratados internacionais não poderiam ser incompatíveis com tais garantias.

Por derradeiro, reconheço que não existe nenhum direito absoluto no nosso ordenamento jurídico, e, diante disso, poderia ser questionado sobre o que estou defendendo nesse artigo científico e a necessidade ou possibilidade, de convivência harmônica, entre as convenções internacionais e os direitos do consumidor no direito interno. Sei que a expressão “ponderação de interesses” é, muitas vezes, mal empregada, contudo, no caso em tela, tenho que a melhor solução é a de que o CDC se sobreponha às já mencionadas convenções internacionais, simplesmente por ser a norma que melhor protege os direitos fundamentais já elencados, tais como reparação integral e igualdade. Concluo esse parágrafo lembrando que os direitos fundamentais podem sofrer restrição por meio da lei, claro, entretanto, apenas nos casos em que há permissão constitucional. Sinceramente, não consigo vislumbrar, na CF/88, algum dispositivo, ou mesmo princípio implícito, que permita que o legislador possa flexibilizar o princípio da reparação integral; especialmente em prol das companhias aéreas, que pretendem aumentar seus lucros, porém, valem-se do argumento de que necessitam de previsibilidade.

Dessa forma, parece-me que a melhor forma de se provocar o STF a reapreciar essa matéria e, se possível, superar (*overruling*) a tese fixada em sede de repercussão geral, será arguindo a

⁹⁶ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*, p. 59.

inconstitucionalidade dos arts. 21 e 22 da Convenção de Montreal. O dispositivo constitucional violado será o art. 5º, *caput* e incisos V, X e XXXII. Repito que não vejo qualquer inconstitucionalidade no art. 178.

3.6. A importância de se determinar a *ratio decidendi* dos precedentes – Inexistência de definição expressa nesse acórdão – Necessidade de se limitar tal amplitude

Conforme disse abaixo,⁹⁷ a tese firmada em repercussão geral não tem o condão de vincular os demais tribunais e juízes brasileiros. Por quê? Simplesmente por falta de previsão legal ou constitucional. É claro que esse ponto não é pacífico na doutrina. Para aqueles que defendem posição dissonante, é porque precisam fazer uma interpretação, supostamente harmônica, do CPC.⁹⁸

Quem estuda precedentes sabe que o que vincula (quando for o caso) é a *ratio decidendi* da decisão judicial, isto é, os *fundamentos determinantes* utilizados pelos julgadores para se firmar a tese jurídica. Por outro lado, *obiter dictum* são comentário tecidos, na decisão, e que não é fundamento determinante da decisão.

Nesse acórdão pôde-se vislumbrar comentários *obiter dictum*, por exemplo, da Min. Rosa, quando analisou a aplicação das regras processuais, do CDC, nas demandas oriundas dos contratos de transporte aéreo internacional.⁹⁹

Também quero destacar, nesse instante, a seguinte fala do saudoso Min. Teori: “[n]ão, isso que eu ia dizer, eu acho que tese nós temos que afirmar. A dificuldade é estabelecer os fundamentos da tese, eu acho que nós temos que enunciar a tese, mas não precisamos dizer quais são os fundamentos. Eu não quero dizer que a minha tese é contra a tese de Vossa Excelência, eu deixei isso claro”.¹⁰⁰

Sem adentrar na análise do que exatamente esse ministro quis dizer com essa assertiva, o fato é que é imprescindível descobrir-se quais foram os fundamentos determinantes desse julgado do STF. E essa não me parece ser tarefa fácil. Isso porque, conforme demonstrado no *item 2*, não há, exatamente, convergência nos fundamentos utilizados. Uma coisa, porém, ficou bem claro: nos contratos de transporte aéreo internacional o STF afastou o CDC, e determinou a aplicação daquelas convenções internacionais, por entender que esse é o comando do art. 178 da CF/88. Também parece claro que

⁹⁷ *Item 4(viii)*.

⁹⁸ A tese seria a seguinte: (i) se os tribunais têm o dever de uniformizar a sua jurisprudência, e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC); (ii) se o legislador, de certa forma, equiparou os recursos repetitivos ao IRDR (art. 928 do CPC); (iii) se a decisão do IRDR tem efeito vinculante dentro de sua jurisdição (art. 985 do CPC); e (iv) se não cabe o agravo do art. 1.042 do CPC contra as decisões de inadmissibilidade nas hipóteses previstas no art. 1.030, I, do CPC; então é porque haveria efeito vinculante, sim, das decisões oriundas dos recursos repetitivos.

⁹⁹ Cf. página 64 do acórdão.

¹⁰⁰ Página 39 do acórdão.

esses tratados internacionais somente poderiam deixar de ser aplicados se comprovada a existência de alguma inconstitucionalidade. Ocorre que a parte do acórdão que, com todo o respeito, ataquei ao longo desse artigo científico, está apenas no voto da Min. Rosa, que, por sua vez, não foi objeto de discussão entre os demais ministros. A própria Min. Rosa conclui seu voto acompanhando o voto do relator. O único ministro que, expressamente, aderiu às razões do voto da Min. Rosa, foi o Min. Fux.¹⁰¹

O que estou querendo dizer com isso? Estou afirmando que a discussão sobre a eventual inconstitucionalidade do teto indenizatório inserido nas convenções internacionais, por violação ao art. 5º, *caput* e incisos V, X e XXXII, foi analisado apenas pelo voto da Min. Rosa, e, por esse motivo, não me parece que isso seja a *ratio decidendi* do precedente em questão.

Outra importante constatação a se fazer é a de que, talvez, esse precedente só deva ser aplicado, por enquanto, para as demandas envolvendo direitos materiais por extravio de bagagem. Por quê? Por dois motivos. *Primeiro* porque, no voto da Min. Rosa, ela foi clara no sentido de não se poder aplicar o teto indenizatório para as demandas decorrentes de lesão ou morte do passageiro. *Segundo* porque, o grande fundamento utilizado, por ela, para sustentar a inexistência de inconstitucionalidade do limite indenizatório, em caso de extravio de bagagem, é a possibilidade de o passageiro realizar, antes do despacho de suas malas, *declaração especial de bagagem*, nos termos do art. 22(2) da Convenção de Montreal. Dessa forma, como não há algo similar para os casos de atraso de voo, cancelamento indevido de reserva ou *overbooking*, penso que esse teto é inaplicável para essas demandas.

Por fim, conforme já informei anteriormente, foram opostos embargos de declaração pela parte recorrida do processo, que é, justamente, a passageira. Não tive acesso à petição, mas espero que essa oportunidade processual seja bem utilizada, pelo STF, para rever ou aprimorar a sua decisão.

4. QUESTÕES DE ORDEM PRÁTICA NO DIA A DIA FORENSE

Imagino que existirão profissionais do Direito com dúvidas sobre como laborar com esses novos julgados do STF.¹⁰² Para ser bem objetivo, optei por fazer um “perguntas e respostas”, que, a meu ver, poderá auxiliar aqueles que militam nessa área.

(i) Qual é a legislação que deve ser aplicada no julgamento de todas as *ações de danos morais* oriundas de contrato de transporte aéreo internacional? *Resposta*: será a CF/88, o CDC ou mesmo o

¹⁰¹ Cf. página 92 do acórdão.

¹⁰² Reitero que o julgamento principal foi o do RE n. 636.331/RJ; o do ARE n. 766.618/SP, apesar de ter sido feito conjuntamente àquele, foi, *mutatis mutandis*, mera repetição. Os acórdãos são praticamente idênticos.

CC. As Convenções de Varsóvia e de Montreal, segundo o próprio STF, não se aplicam às demandas desse jaez. A própria ementa do julgado deixa isso claro.

(ii) O julgamento do RE n. 636.331/RJ e do ARE n. 766.618/SP têm o condão de alterar algo nas ações indenizatórias de danos materiais e/ou morais decorrentes de contrato de *transporte aéreo nacional/doméstico*? *Resposta*: não haverá qualquer alteração e a legislação aplicável continua sendo o CDC ou mesmo o CC.

(iii) Em todas as *ações de danos materiais*, decorrentes do contrato de transporte aéreo internacional, deverão ser aplicadas as Convenções de Varsóvia e de Montreal? *Resposta*: não. Isso porque, no RE n. 636.331/RJ, foi debatido, de forma expressa, apenas os eventuais danos materiais à bagagem do passageiro. Aliás, na ementa só se fez alusão a essa espécie. Para essa hipótese, aplicar-se-á, por força da decisão do STF, as convenções internacionais supramencionadas. O dano material decorrente de lesão ou morte do passageiro foi objeto de análise no voto da Min. Rosa (ela afastou a incidência das convenções internacionais para essas situações), porém, não constou em nenhum dos votos dos demais ministros. Acredito que as companhias aéreas sustentarão que esses dois julgados¹⁰³ valerão para todas as demais ações versando sobre danos materiais, porém, essa não me parece ser a melhor solução.

(iv) De acordo com o julgamento do STF, as duas convenções em apreço, em especial no que tange ao limite indenizatório, deverão ser aplicadas para os *danos estéticos*? *Resposta*: não. Digo isso por três motivos. Primeiro, porque essa questão não foi nem mesmo ventilada no acórdão. Segundo, porque o STJ já decidiu (Súmula n. 387, de 26/08/2009), há muitos anos, que o dano estético é uma categoria autônoma, tanto é que pode ser cumulado com o da moral. Terceiro, porque as referidas convenções tratam apenas do dano material. Por fim, é preciso tomar cuidado com o prazo prescricional, uma vez que isso não ficou suficientemente claro no acórdão do STF. Particularmente penso que não se deve aplicar o prazo prescricional do art. 35 da Convenção de Montreal, conforme explicarei um pouco abaixo, todavia, na dúvida, recomendo que o advogado ajuíze a ação nesse prazo.

¹⁰³ Refiro-me ao RE n. 636.331/RJ e ao ARE n. 766.618/SP.

(v) De acordo com o julgamento do STF, as duas convenções em apreço, em especial no que tange ao limite indenizatório, deverão ser aplicadas para a *perda de uma chance*? *Resposta*: depende. Para uma melhor apreensão pelo leitor, é preciso recordar que, segundo a melhor doutrina, a perda de uma chance, assim como se dá com o dano emergente e o lucro cessante, está contida dentro do gênero “dano material”. Dito isso, se a perda de uma chance guardar relação com a integridade física ou mesmo a vida do passageiro, não serão aplicadas as convenções, pois foi o próprio STF (pelo menos no voto da Min. Rosa Weber) que decidiu dessa maneira.

(vi) Existem situações que envolvam danos materiais, do dia a dia da aviação, e que não estarão sujeitas ao limite indenizatório da Convenção de Montreal? *Resposta*:

(vii) Em decorrência do julgamento conjunto desses dois recursos pelo STF, qual será o *prazo prescricional* para o exercício da pretensão indenizatória quando o dano for oriundo de contrato de transporte aéreo internacional? *Resposta*: para o dano material, qualquer que seja a causa de pedir, será de dois anos (art. 35 da Convenção de Montreal). Já para o dano moral, será aquele previsto no CDC (cinco anos – art. 27) ou mesmo no CC (três anos – art. 206, § 3º, V). Digo isso porque foi o próprio STF que entendeu, nesses arestos, que as duas convenções não regulavam o dano moral. Todavia, para aqueles que gostam de ser mais precavidos, recomendo o ajuizamento da ação no prazo de até dois anos. Por quê? Ora, já pensaram se o STF, num dia qualquer, resolve mudar seu entendimento e decidir que as ditas convenções não colocaram um teto no *quantum* do dano moral, mas que o prazo prescricional lhe seria aplicável? Tudo é possível.

(viii) Essa *tese* firmada em sede de repercussão geral, por meio do julgamento do RE n. 636.331/RJ e do ARE n. 766.618/SP, *vinculará* os demais tribunais e juízos de primeiro grau? *Resposta*: não, simplesmente por inexistência de previsão legal. A súmula vinculante e as decisões oriundas do controle concentrado de constitucionalidade têm caráter vinculante por força do texto constitucional.¹⁰⁴ As teses firmadas no julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e de incidente de assunção de competência (IAC) vinculam o próprio tribunal e os juízos de primeiro grau por causa de expressa determinação do CPC.¹⁰⁵ Os recursos especial e extraordinário julgados à luz do procedimento dos repetitivos não têm regra nesse diapasão, muito embora haja doutrina sustentando o contrário, com base em argumentos diversos, e que não são

¹⁰⁴ Cf. § 2º do art. 102 e art. 103-A, ambos da CF/88.

¹⁰⁵ Cf. art. 985 e § 3º do art. 947, ambos do CPC.

relevantes para esse artigo científico. A tese firmada em sede de repercussão geral, repita-se, também não tem caráter vinculante. Por quê? Por falta de previsão legal.

(ix) O que deve ser feito, pelo advogado do consumidor, se o seu *recurso extraordinário for inadmitido*, ao argumento de existir tese de repercussão geral, no STF, sobre a matéria, e que o acórdão recorrido está em consonância com a mesma? *Resposta*: sugiro, primeiramente, a oposição de embargos de declaração, tentando demonstrar a necessidade de superação (*overruling*) da tese. Caso sejam rejeitados, a interposição de agravo interno, nos termos do § 2º do art. 1.030 do CPC. E, em caso de não provimento, deverá ser interposto novo recurso extraordinário, só que, dessa vez, alegando-se violação ao art. 102, III, 'a', da CF/88. Reconheço que é um caminho longo e difícil, no entanto, é a única solução cabível.¹⁰⁶

(x) Será possível negar seguimento a *recurso especial* interposto pelo passageiro, contra acórdão que esteja em conformidade com essa tese firmada, em repercussão geral, pelo STF? *Resposta*: não. O art. 1.030, I, 'a', do CPC, só será aplicável para o recurso extraordinário.

(xi) Qual é o *limite indenizatório*, previsto na Convenção de Montreal, para o *atraso de voo*? *Resposta*: é de 4.150 Direitos Especiais de Saque, por passageiro (art. 22, 1).

(xii) Qual é o *limite indenizatório*, previsto na Convenção de Montreal, para a destruição, perda, avaria ou atraso da entrega da *bagagem*? *Resposta*: é de apenas 1.000 Direitos Especiais de Saque, por passageiro (art. 22, 2), salvo naquelas hipóteses previstas na segunda parte do art. 22(2) e no art. 22(5).

(xiii) Qual é o *valor*, em *Reais*, desse *Direito Especial de Saque*? *Resposta*: segundo o site dos Correios, no dia 21/11/2017, cada Direito Especial de Saque está cotado a R\$ 4,60 (quatro reais e sessenta centavos).

(xiv) O STF entendeu que o CDC é totalmente inaplicável às relações oriundas do transporte aéreo internacional? *Resposta*: não. Prova disso é que, no voto da Min. Rosa, fez-se alusão expressa à manutenção, por exemplo, da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC.

¹⁰⁶ Nesse sentido: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>.

5. CONCLUSÕES

Portanto, com base nesses expendimentos, concluo o seguinte:

(i) o acórdão do STF entendeu, de forma expressa e clara, que as Convenções de Varsóvia e de Montreal aplicam-se, tão somente, às hipóteses de dano material oriundas do transporte aéreo internacional, ou seja, não se aplicam nos casos de dano moral;

(ii) e, mesmo no tocante ao dano material decorrente do transporte aéreo internacional, é certo que o acórdão analisou apenas a situação em que há extravio de bagagem;

(iii) aliás, alguns ministros chegaram a sustentar a não aplicabilidade das mencionadas convenções nos casos de lesão corporal ou morte de passageiros;

(iv) ainda no tocante ao dano material, é certo que as convenções internacionais só podem ser aplicadas para aqueles casos que estão expressamente nelas previstos. Casos como *overbooking*, cancelamento indevido da reserva e até mesmo o cancelamento do voo são exemplos de situações que estão fora do limite indenizatório das convenções, devendo-se aplicar, assim, o CDC;

(v) o art. 178 da CF/88 é, sem sombra de dúvida, constitucional, contudo, os limites indenizatórios previstos nas duas convenções internacionais são inconstitucionais, pois violam os princípios constitucionais da reparação integral, da igualdade e de proteção ao consumidor, que são cláusulas pétreas e estão previstos no art. 5º, *caput* e incisos V, X e XXXII da CF/88;

(vi) o grande perigo desse julgamento, para o futuro (e é claro que não estou me referindo, agora, ao contrato de transporte aéreo internacional), é o de se permitir que cláusulas pétreas possam ser relativizadas, desde que isso se dê por meio de dispositivos que sejam inseridos na própria CF/88;

(vii) a tese fixada em repercussão geral por ocasião desse julgamento *não* tem efeito vinculante para os magistrados brasileiros, haja vista a inexistência de previsão legal ou constitucional nesse sentido, por conseguinte, ainda há liberdade para que cada juiz, desembargador ou ministro continue julgando, essa matéria, em consonância com seu entendimento;

(viii) mesmo para aqueles que entendem que o acórdão do STF está correto, como o CDC não foi revogado pelas convenções, deverá ser aplicado em tudo aquilo que, com elas, não for contraditório, como, por exemplo, para a possibilidade de se inverter o ônus da prova.