



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

JEFFERSON PAULO PEREIRA

**ANÁLISE CRÍTICA DA TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
QUANTO À PREVALÊNCIA DAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL
SOBRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

BRASÍLIA
2020
JEFFERSON PAULO PEREIRA

**ANÁLISE CRÍTICA DA TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
QUANTO À PREVALÊNCIA DAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL
SOBRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador: Professor Me. Paulo Henrique
Franco Palhares

**BRASÍLIA
2020**

JEFFERSON PAULO PEREIRA

**ANÁLISE CRÍTICA DA TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
QUANTO À PREVALÊNCIA DAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL
SOBRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador: Professor Me. Paulo Henrique
Franco Palhares

BRASÍLIA, 09 de novembro de 2020.

BANCA AVALIADORA

Me. Paulo Henrique Franco Palhares - Professor Orientador

Me. Humberto Cunha dos Santos – Professor Avaliador

RESUMO

Este trabalho objetiva analisar a tese de repercussão geral fixada pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, nos termos do artigo 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. Para tanto, será feito um apanhado histórico de como se desenvolveu o regramento internacional sobre a responsabilidade civil do transportador aéreo aplicado à prestação do serviço internacional. Tal regramento (em especial as Convenções de Varsóvia e de Montreal) será comparado à legislação pátria que também recai sobre o tema, apontando-se as antinomias resultantes. Frente a essas incompatibilidades, serão expostos posicionamentos doutrinários (alguns deles carecedores de revisão) e jurisprudenciais no trato da controvérsia. Será abordada a forma como o STF tratou o problema em três décadas, culminando com a acertada fixação da referida tese. Aponta-se, no entanto, que a controvérsia quanto ao dano moral persiste, pois, neste ponto a decisão do STF não foi clara e conclusiva. Defende-se que a limitação de responsabilidade não retira do consumidor brasileiro a proteção garantida pela Constituição, tampouco pelo CDC. Ademais, reforça-se a importância de que o Brasil deve cumprir com suas obrigações assumidas voluntariamente no plano internacional frente os demais Estados signatários. O tipo de pesquisa escolhido para este trabalho é a dogmática-instrumental. A metodologia de pesquisa adotada foi a de análise normativa, de bibliografia e da jurisprudência do STF a respeito do tema, assim como dos dois processos que foram levados para análise da Corte (RE 636.331/RJ e ARE 766.618/SP).

Palavras-chave: Limite de Responsabilidade. Transporte aéreo internacional. Convenção de Varsóvia. Convenção de Montreal. Código de Defesa do Consumidor. Antinomia. Tema 210. STF. Dano material. Dano moral.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 EXPOSIÇÃO DESCRITIVA E COMPARATIVA DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO TEMA	10
2.1 Contextualização histórica e evolução normativa	10
2.1.1 A Convenção de Varsóvia de 1929	10
2.1.2 O Protocolo de Haia de 1955.....	13
2.1.3 Os Protocolos Adicionais de Montreal de 1975	14
2.1.4 O Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986.....	17
2.1.5 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	18
2.1.6 O Código de Defesa do Consumidor de 1990	19
2.1.7 O Código Civil de 2002.....	19
2.1.8 A Convenção de Montreal de 1999	20
2.1.8.1 Morte ou lesão corporal de passageiro	22
2.1.8.2 Destruição, perda ou avaria de bagagem	24
2.1.8.3 Atraso no transporte de passageiros e de suas bagagens despachadas	25
2.1.8.4 Diminuição, aumento e abolição dos limites de responsabilidade	27
2.1.8.5 Revisão dos limites	27
2.1.8.6 Prescrição	28
2.2 Exposição comparativa entre as Convenções de Varsóvia e de Montreal e a legislação pátria	28
2.2.1 Dano moral e dano material	29
2.2.2 Regime de responsabilidade	29
2.2.3 Limitação e excludentes de responsabilidade.....	30
2.2.4 Prescrição	31

3 A DIVERGÊNCIA TRATADA NOS PLANOS DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL	31
3.1 A divergência tratada no plano doutrinário	31
3.1.1 Principais embates teóricos	31
3.1.2 Revisão de alguns argumentos doutrinários	36
3.2 A controvérsia sob análise do STF	42
3.2.1 Oscilações Jurisprudenciais	43
3.2.2 Posicionamento mais recente da Suprema Corte.....	45
3.2.3 Exposição dos votos proferidos no julgamento e de suas teses.....	46
4 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A DECISÃO	54
4.1 O dano moral e a tese fixada: a polêmica continua	54
4.2 Posicionamento perante a decisão da Suprema Corte	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

Pacífico o entendimento de que existe uma relação de consumo entre as empresas aéreas (fornecedores de serviços) e seus passageiros (consumidores), usuários do serviço prestado por elas. Lógica seria, então, a conclusão de que o Código de Defesa do Consumidor se aplicaria integralmente na solução dos conflitos surgidos entre empresas aéreas e seus passageiros, em decorrência de falhas na prestação do serviço.

Em se tratando do serviço de transporte aéreo doméstico de passageiros, inequívoca é a aplicação do CDC na composição das lides de natureza consumerista. Já, com relação à prestação do serviço de transporte aéreo internacional, o tema era controverso. Durante quase três décadas (até 2017), o tema da antinomia aparente entre o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Código Civil (CC) e a Convenção de Varsóvia (que vigeu no Brasil de 1931 até 2006) e, posteriormente, entre o CDC, o CC e a Convenção de Montreal (a qual, no Brasil, substituiu a Convenção de Varsóvia em 2006) foi levado à apreciação do STF, visto que havia uma polêmica entre a comunidade jurídica sobre qual norma aplicar aos casos de danos ao passageiro e/ou à sua bagagem, na prestação do serviço de transporte aéreo internacional.

As convenções internacionais estabelecem limites à responsabilidade civil do transportador aéreo internacional em casos de vício e danos na prestação do serviço, pois busca uniformizar os riscos a serem considerados pelas empresas aéreas em suas operações internacionais, independentemente de onde prestem o serviço. O valor das indenizações pagas aos passageiros influencia diretamente o valor dos seguros contratados pelas empresas aéreas que, por sua vez, influenciam no preço a ser cobrado ao consumidor pela prestação do serviço.

No Brasil, porém, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil preveem reparação integral do dano decorrente da má prestação do serviço. Por essa razão, grande parte do nosso Judiciário ignorou os limites de indenização estabelecidos nas Convenções, impondo às empresas aéreas, por exemplo, o pagamento de indenizações por extravio de bagagem superiores aos estabelecidos nas Convenções de Varsóvia e de Montreal.

As empresas aéreas nacionais e estrangeiras que operam voos internacionais no Brasil sempre demandaram pelo respeito às Convenções. Um dos principais argumentos era de que transportavam, no mesmo voo, passageiros com direitos bastante diferentes. Em caso de indenização aos passageiros que haviam adquirido a passagem aérea fora do Brasil

(especialmente em países que respeitavam os limites de indenização previstos nas convenções), era previsível o valor máximo de uma casual indenização. Já, no caso do passageiro que havia celebrado o contrato no Brasil, uma eventual indenização em decorrência de decisão judicial poderia superar muitas vezes o limite da convenção, sendo sempre imprevisível.

O STF pacificou, em parte, a questão, decidindo que a Convenção de Varsóvia deve prevalecer sobre o CDC, em ações iniciadas na vigência daquele diploma, e que prevalecerá a Convenção de Montreal sobre o *codex* consumerista nas ações propostas a partir da entrada da vigência da Convenção. A prevalência se dá em todos os aspectos das Convenções, em especial a limitação de responsabilidade civil e o prazo para propositura da ação de reparação por danos. A decisão, porém, não esclarece se os limites de responsabilidade também recaem sobre possível condenação por dano moral.

A decisão vai de encontro ao que pensa a doutrina consumerista brasileira mais protecionista, para quem há retrocesso, uma vez que os direitos do consumidor brasileiro teriam sido reduzidos. Essa opinião não é unânime, pois há uma corrente que visualiza benefícios indiretos para os consumidores, pois a previsibilidade jurídica conferida às empresas aéreas seria refletida em, por exemplo, diminuição do preço do serviço aéreo internacional ao consumidor brasileiro.

Este trabalho iniciar-se-á com uma exposição a respeito do histórico do tema da limitação de responsabilidade civil no transporte aéreo internacional, acompanhando a evolução do sistema de Varsóvia para o sistema de Montreal. Então, serão analisados os diplomas mencionados acima, contrapondo-os e entendendo a antinomia aparente que existe entre eles, à luz das soluções propostas pelo método tradicional de resolução de conflitos de normas e pelo método do diálogo das fontes. Após isso, será tratado o tema do respeito aos princípios do Direito Internacional Público, em especial os princípios orientadores da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Da mesma forma, os riscos corridos pelo Brasil quando da não observância desses princípios.

Por fim, serão expostos os votos dos Ministros do STF no julgamento dos referidos recursos, chegando-se a uma conclusão pessoal a respeito da tese fixada, assumindo-se posição favorável a ela, com uma ressalva, porém, relativa a não resolvida questão sobre o dano moral.

2 EXPOSIÇÃO DESCRITIVA E COMPARATIVA DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO TEMA

Este primeiro capítulo é dedicado, inicialmente, à exposição descritiva das legislações internacional e pátria, relativas ao tema sob análise, de forma cronológica, aproveitando-se para incluir uma breve contextualização histórica. Num segundo momento, os diplomas jurídicos serão confrontados e serão listadas as antinomias resultantes da comparação.

2.1 Contextualização histórica e evolução normativa

Neste primeiro momento, faremos um apanhado descritivo de como a legislação internacional sobre a responsabilidade civil do transportador aéreo desenvolveu-se ao longo de sete décadas (1929-1999), intercalando-a, de forma cronológica, com a legislação pátria que também recai sobre o tema.

Este trabalho se debruça, exclusivamente, sobre o sistema de responsabilidade civil e sobre o prazo prescricional da ação indenizatória relativos ao transporte aéreo internacional de passageiros e de suas respectivas bagagens, quando as partes estão conectadas por uma relação de consumo. Não abordaremos o transporte de mercadorias, razão pela qual iremos ignorar a menção desse serviço nos textos que passamos, agora, a listar.

2.1.1 A Convenção de Varsóvia de 1929

A Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional¹ (Convenção de Varsóvia de 1929) foi incorporada à ordem jurídica brasileira

¹ Conceito de transporte aéreo internacional, à época, conforme artigo primeiro, alínea 2, da Convenção de Varsóvia: Denomina-se "transporte internacional", nos termos da presente Convenção, todo transporte em que, de acordo com o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto do destino, haja ou não interrupção de transporte, ou baldeação, estejam situados no território de duas Altas Partes Contractantes, ou mesmo no de uma só, havendo escala prevista em território sujeito à soberania, suzerania, mandato ou autoridade de outro Estado, seja ou não Contractante. O transporte, que, sem tal escala, se effectuar entre territórios sujeitos a soberania, suzerania, mandato ou autoridade da mesma Alta Parte Contratante, não se considera internacional, nos termos desta Convenção.

pelo Decreto nº 20.704, promulgado em 24 de novembro de 1931. Entre outras regras, a Convenção instituiu o sistema de limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo, na prestação do serviço de transporte internacional de pessoas, bagagens e mercadorias.

O capítulo III da Convenção é dedicado à responsabilidade do transportador, o qual responde por dano² decorrente da morte, ferimento ou qualquer outra lesão física sofrida pelo viajante (expressão do texto original), nos casos em que o dano tenha sido causado por acidente ocorrido a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque ou desembarque (artigo 17). Para esses casos, o limite de indenização estabelecido originalmente pela Convenção era de cento e vinte e cinco mil francos franceses, por passageiro, podendo ser pactuado entre as partes limite superior (artigo 22, alínea 1)³.

Com relação às bagagens despachadas (artigo 18), o transportador responde pelos danos ocasionados por destruição, perda ou avarias, desde que o fato que causou o dano haja acontecido durante o transporte aéreo. O limite original era de duzentos e cinquenta francos franceses por quilograma (artigo 22, alínea 2). Em se querendo aumentar o limite da indenização, a Convenção já previa, em seu texto original, a possibilidade de uma “declaração especial de “interesse na entrega”, feita pelo expedidor no momento de confiar ao transportador os volumes, e mediante o pagamento de uma taxa suplementar eventual.”

Com relação aos itens levados a bordo, os quais o passageiro conserva sob sua guarda, o limite de indenização estabelecido originalmente foi de cinco mil francos franceses por viajante (artigo 22, alínea 2).

Os limites mencionados, porém, eram afastados se o transportador e/ou seus prepostos agissem com dolo ou culpa. No caso da culpa, ela devia ser equivalente ao dolo, de acordo com a legislação do foro do processo (artigo 25), nos seguintes termos:

(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.

² Exclusivamente o dano material, “não abrangendo os danos morais, sequer ventilados no final da década de 20”, conforme voto do Ministro Francisco Rezek, RE 172.720/RJ.

³ Nos termos originais da Convenção (artigo 22, alínea 4): “As quantias acima indicadas consideram-se referentes ao franco francez, constituído de sessenta e cinco e meio milligrammas do ouro, ao título de novecentos millesimos de mental fino. Ellas se poderão converter, em numeros redondos na moeda nacional de cada, paiz.”

(2) Outrosim, ser-lhe-ha negado esse direito se o damno houver sido causado, nas mesmas condições, por algum de seus prepostos, no exercício de suas funções.

O texto original do artigo 19 previa responsabilidade no caso de dano proveniente de atraso no transporte de passageiros e de sua bagagem sem, contudo, estipular limites indenizatórios.

O artigo 20, também em seu texto original, trazia duas hipóteses de exclusão da responsabilidade do transportador, sendo elas: 1. caso ele prove que tomou todas as medidas necessárias para evitar o dano ou, então, que foi impossível tomá-las, isso também valendo para os prepostos; 2. em se tratando do transporte de bagagem, caso prove que o dano se deu por “erro de pilotagem, de condução da aeronave ou de navegação, e que, a todos os demais respeito, tomou, e tomaram os seus prepostos, todas as medidas necessárias para que se não produzisse o damno”. Essa segunda hipótese que, sob uma perspectiva contemporânea, soa bizarra, foi excluída décadas depois, como veremos adiante.

No artigo 21, há uma terceira hipótese de exclusão total da responsabilidade, acompanhada de uma hipótese de sua atenuação: caso o transportador prove que o dano foi causado por culpa da pessoa lesada, a responsabilidade será excluída. Já, se ela contribuiu para o dano, a responsabilidade poderá ser atenuada.

O artigo 23 impõe nulidade a “toda e qualquer cláusula tendente a exonerar o transportador de sua responsabilidade, ou estabelecer limite inferior” aos estipulados pela Convenção, preservando-se o contrato.

Por fim, o artigo 29 trata da “caducidade, dentro do prazo de dois anos” para a propositura da ação indenizatória.

Elaborada para unificar regras relativas ao incipiente e perigoso transporte aéreo internacional do início do século XX, a Convenção positivou a limitação de responsabilidade civil do transportador aéreo internacional com justificativa no cenário de riscos e incertezas que envolveu os primórdios da aviação civil no mundo. Conforme menciona Benjamim, muitos foram os argumentos que sustentaram tal limitação de responsabilidade. Entre eles, o de que o transporte aéreo era uma atividade de alto risco: os acidentes não eram raros e a indenização integral poderia inviabilizar o desenvolvimento da atividade. Era, portanto, preciso proteger a nascente indústria da aviação civil internacional ainda em formação e de incerta viabilidade

econômica. Sem o sistema de limitação da responsabilidade, o prêmio a ser pago às seguradoras poderia ser vultoso o bastante para inviabilizar as operações.

Também importante destacar que o teto indenizatório servia como forma de compensar o regime de responsabilização imposto pela Convenção, a qual previa a responsabilidade subjetiva, mas com culpa presumida e com inversão do ônus da prova em favor do passageiro. Ainda, defendia-se que, por meio da limitação de responsabilidade, muitos processos judiciais seriam evitados e que seria benéfico à indústria a unificação quase que global do Direito, no que tange aos valores indenizatórios pagos.

Após a Segunda Guerra Mundial, houve a necessidade de se adequar as regras do transporte aéreo internacional a uma nova realidade histórica, frente ao crescente avanço da indústria. Sucessivas alterações ocorreram na Convenção de Varsóvia, que veio a ser modificada pelo Protocolo de Haia (1955), pela Convenção de Guadalajara (1961), pelo Protocolo da Guatemala (1971) e pelos Protocolos Adicionais números 1, 2 e 4 de Montreal (1975), sendo que o Protocolo nº 3⁴ não chegou a entrar em vigor em qualquer país, por não ter atingido o número mínimo de ratificações exigidas. Interessa a este trabalho as alterações trazidas pelo Protocolo de Haia e pelos Protocolos de Montreal, nos pontos que passamos a detalhar.

2.1.2 O Protocolo de Haia de 1955

Em 1955, a Convenção de Varsóvia foi alterada pelo Protocolo de Haia, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro apenas em 1965, por meio do Decreto nº 56.463. Naquilo que interessa a este trabalho, passamos a destacar as principais alterações.

O artigo 20, que trazia duas hipóteses de exclusão da responsabilidade do transportador, teve a segunda hipótese suprimida: “(2) No transporte de bagagem, ou de mercadorias, não será responsável o transportador se provar que o dano proveiu de erro de pilotagem, de condução da aeronave ou de navegação, e que, a todos os demais respeito,

⁴ O Protocolo nº 3 tratava de radical aumento nos valores dos tetos indenizatórios, os quais foram atingidos posteriormente na Convenção de Montreal de 1999.

tomou, e tomaram os seus propositos, todas as medidas necessarias para que se não produzisse o damno”, conforme mencionado anteriormente.

Alterado o artigo 22, alínea 1, dobrou-se o limite de indenização por danos nos casos de lesão ou morte decorrente de defeito na prestação do serviço, passando-se o teto indenizatório para duzentos e cinquenta mil francos por passageiro.

No mesmo artigo 22, foram inseridas as alíneas números 4 e 5, com o seguinte texto:

4. Os limites estabelecidos pelo presente artigo não poderão impedir o tribunal de conceder ainda, em conformidade com sua lei, uma quantia correspondente ao total ou a parte das despesas e outras custas que o processo haja acarretado ao demandante. A disposição precedente não será aplicada quando o montante da indenização concedida, excluídas as despesas e outras custas do processo, não exceder a soma que o transportador tenha oferecido, por escrito, ao demandante, dentro de um prazo de seis meses a contar do fato causador dos danos, ou antes do início da ação, se esta fôr posterior a êsse prazo.

5. As quantias em francos no presente artigo consideram-se referentes a uma unidade monetária constituída de sessenta e cinco miligramas e meia de ouro, ao título de novecentos milésimos de metal fino. Estas somas se poderão converter, em números redondos, na moeda nacional de cada país. A conversão destas somas em moedas nacionais, que não a moeda-ouro será efetuada, em caso de ação judicial, segundo o valor-ouro destas moedas na data do julgamento.

Trata-se de inequívoca ampliação no rol dos direitos do passageiro, no primeiro caso pois as despesas com o processo passam a ser também indenizáveis e, no segundo caso, pois a conversão monetária passa a ser a da data do julgamento, com vias a evitar possíveis desvalorizações cambiais em prejuízo do passageiro.

Por fim, as alíneas 1 e 2 do artigo 25 foram suprimidas e substituídas pela seguinte disposição:

Os limites de responsabilidade previstos no art. 22 não se aplicam se fôr provado que o dano resulta de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos cometidas com a intenção de causar dano, ou termeràriamente e com consciência de que provàvelmente causaria dano; com a condição de que, em caso de uma ação ou omissão de prepostos, seja igualmente provado que êste agiram no exercício de suas funções.

2.1.3 Os Protocolos Adicionais de Montreal de 1975

Em 1975, o Brasil assinou os Protocolos Adicionais nº 1, 2 e 4 de Montreal, que só vieram a ser introduzidos no direito brasileiro vinte e três anos depois, pelos Decretos nº 2.860 (referente aos Protocolos 1 e 2) e nº 2.861 (referente ao Protocolo 4), ambos de 7 de dezembro de 1998.

O Protocolo nº 1 emendou a Convenção de Varsóvia em seu texto original (para aqueles países não signatários do Protocolo de Haia). O Protocolo nº 2 emendou o Protocolo de Haia, o qual vigia no Brasil, desde 1965. Trataremos, então, das alterações introduzidas pelo segundo protocolo, naquilo que nos interessa, em especial quanto ao artigo 22 da Convenção de Varsóvia, alterado pelo Protocolo de Haia, conforme já visto.

O artigo 22 foi suprimido e substituído pelo seguinte texto:

Artigo 22

1. No transporte de passageiros, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 16.600 Direitos Especiais de Saque por passageiro. Se a indenização, em conformidade com a lei do tribunal que conhecer da questão, puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder aquele limite. Entretanto, por acordo especial com o transportador, poderá o passageiro fixar em mais o limite de responsabilidade.
2. a) No transporte de bagagem despachada ou de mercadorias, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, salvo declaração especial de valor feita pelo passageiro ou pelo expedidor no momento de confiar os volumes ao transportador, e mediante o pagamento de uma eventual taxa suplementar. Neste caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao valor real da bagagem despachada ou da mercadoria.

b) Em caso de perda, avaria ou atraso de uma parte da bagagem despachada ou da mercadoria, ou qualquer objeto nelas contido, somente o peso total do volume ou dos volumes em questão é tomado em consideração para determinar o limite de responsabilidade do transportador. Entretanto, quando a perda, avaria ou atraso de uma parte da bagagem despachada ou das mercadorias, ou de algum objeto nelas contido, atingir o valor de outros volumes compreendidos no mesmo talão de bagagem ou no mesmo conhecimento aéreo, o peso total destes volumes deve ser tomado em consideração para determinar o limite de responsabilidade.
3. Quanto aos objetos que o passageiro conservar sob sua guarda, limita-se a responsabilidade do transportador a 332 Direitos Especiais de Saque por passageiro.
4. Os limites estabelecidos pelo presente Artigo não terão o efeito de retirar do tribunal a faculdade de estabelecer, ainda, na conformidade de sua lei, uma quantia correspondente à totalidade ou a parte das despesas e outras custas que

o processo haja acarretado ao demandante. A disposição precedente não será aplicada quando o montante da indenização concedida, excluídas as despesas e outras custas do processo, não exceder a quantia que o transportador tenha oferecido, por escrito, ao demandante, dentro de um prazo de seis meses a contar do fato causador dos danos, ou antes do inciso da ação, se esta for posterior a esse prazo.

5. As quantias indicadas neste Artigo em Direitos Especiais de Saque consideram-se referentes ao Direito Especial de Saque, tal como definido pelo Fundo Monetário Internacional. A conversão destas quantias em moedas nacionais será efetuada, em caso de ação judicial, segundo o valor destas moedas em Direitos Especiais de Saque, na data do julgamento. O valor, em Direitos Especiais de Saque, da moeda nacional de uma Alta Parte Contratante que seja membro do Fundo Monetário Internacional, será calculado o método de avaliação adotado pelo Fundo Monetário Internacional para suas operações e transações na data do julgamento. O valor em Direitos Especiais de Saque, da moeda nacional de uma Alta Parte Contratante que não seja membro do Fundo Monetário Internacional, será calculado na forma estabelecida por esta Alta Parte Contratante.

Entretanto, os Estados que não são membros do Fundo Monetário Internacional e cuja lei não permite a aplicação das disposições dos itens 1º, 2º alínea a) e 3º do Artigo 22, poderão, no momento de ratificação ou de adesão, ou a qualquer tempo, declarar que o limite de responsabilidade do transportador, em caso de ação judicial em seus territórios, é fixado em 250.000 unidades monetárias por passageiro, em relação à disposição do item 1º do Artigo 22; 250 unidades monetárias por quilograma, em relação à disposição do item 2º, alínea a) do Artigo 22; e 5.000 unidades monetárias por passageiro em relação à disposição o item 3º do Artigo 22. Esta unidade monetária corresponde a 65 miligramas e meio de ouro, ao título de novecentos milésimos de metal fino. Estas quantias se poderão converter, em números redondos, na moeda nacional de cada país. A conversão destas quantias em moedas nacionais será efetuada segundo a lei do Estado em questão.

Os tetos indenizatórios deixaram de ser expressados em francos franceses e passaram a ser estipulados em Direitos Especiais de Saque⁵. Não se tratou, porém, de mera conversão, mas significou, na prática, aumento real dos valores a serem pagos a título de indenização.

Com relação ao Protocolo nº 4, dispunha, entre outros temas, sobre limitação de responsabilidade do transportador. Os artigos 20 e 21 foram suprimidos e substituídos pelas seguintes disposições:

⁵ Direitos Especiais de Saque – DES (no inglês, *Special Drawing Rights* – SDR) é um instrumento monetário criado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), cujo valor é baseado em uma seleção de cinco moedas, a saber: o dólar dos Estados Unidos, o euro, a libra esterlina, o iene japonês e o yuan chinês. Seu valor é calculado diariamente, semelhante à cotação de uma moeda.

Artigo 20

No transporte de passageiros e de bagagem e no caso de dano ocasionado por atraso no transporte de mercadorias, o transportador não será responsável, se provar que tomou ou tomaram os seus prepostos, todas as medidas necessárias para que se não produzisse o dano ou que lhes não foi possível tomá-las.

Artigo 21

1. No transporte de passageiros e de bagagem, se o transportador provar que o dano foi causado por culpa da pessoa lesada ou que esta para ele contribuiu, o tribunal poderá, em conformidade com sua lei, excluir ou atenuar a responsabilidade do transportador.

2.1.4 O Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986

Com a publicação da Lei nº 7.565 de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), o Direito Aeronáutico no Brasil passou a ser regulado por esse Código, pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o País seja parte e pela legislação complementar, conforme previsto no artigo 1º da referida lei. O CBA também dispõe que o transporte aéreo doméstico é integralmente regido por ele e pela legislação complementar. Já, o transporte internacional, nosso objeto de estudo, é regido pelos Tratados e Convenções aplicáveis, conforme o artigo 175, § 2º do Código Aeronáutico:

A relação jurídica entre o **empresário** e o **usuário** ou beneficiário dos serviços é **contratual**, regendo-se pelas respectivas normas previstas neste Código e legislação complementar, e, em se tratando **de transporte público internacional, pelo disposto nos Tratados e Convenções pertinentes** (artigos 1º, § 1º; 203 a 213). (destaques nossos)

Da mesma forma, com relação à responsabilidade civil no transporte aéreo internacional, temos a seguinte redação no art. 287:

Para efeito de limite de responsabilidade civil no transporte aéreo internacional, as quantias estabelecidas nas Convenções Internacionais de que o Brasil faça parte serão convertidas em moeda nacional, na forma de regulamento expedido pelo Poder Executivo.

Importante frisar que nenhuma controvérsia doutrinária ou jurisprudencial recai sobre os conceitos de transporte aéreo doméstico⁶ e de transporte aéreo internacional⁷. Ainda, relevante notar que o texto do CBA, escrito no início da década de 1980, antes, portanto, da elaboração da Constituição de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor de 1990, usa as palavras empresário e usuário para se referir, respectivamente, a fornecedor e consumidor. Aponta, ainda, que a relação jurídica entre eles é de natureza contratual e que, na prestação do serviço internacional, são os Tratados e Convenções internalizados no Brasil os que irão reger tal relação.

2.1.5 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição de 1988 incluiu a defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso XXXII)⁸, assim como na lista dos princípios da ordem econômica (art. 170, inciso V)⁹. O texto original da Constituição já estabelecia também que o Brasil observaria os acordos internacionais relativos ao transporte internacional, *in verbis*:

Art. 178. A lei disporá sobre:

I - a ordenação dos transportes aéreo, marítimo e terrestre;

[...]

§ 1º A ordenação do transporte internacional cumprirá os acordos firmados pela União, atendido o princípio de reciprocidade.

⁶ Conceito de transporte aéreo doméstico, de acordo com o artigo 215 do CBA: “Considera-se doméstico e é regido por este Código, todo transporte em que os pontos de partida, intermediários e de destino estejam situados em Território Nacional. Parágrafo único. O transporte não perderá esse caráter se, por motivo de força maior, a aeronave fizer escala em território estrangeiro, estando, porém, em território brasileiro os seus pontos de partida e destino.”

⁷ O CBA não traz um conceito para transporte aéreo internacional, aproveitando-se, portanto, o conceito da Convenção de Varsóvia e da Convenção de Montreal, conforme o caso.

⁸ CF/1988, “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

⁹ CF/1988, “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor.”

Cumpra registrar que, em 1995, a Emenda Constitucional nº 7 alterou a redação do artigo 178 sem, porém, desvirtuar o mandamento do texto original quanto à observância dos acordos firmados pelo Brasil, em regime de reciprocidade, no que tange ao transporte internacional, nestes termos:

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

2.1.6 O Código de Defesa do Consumidor de 1990

Em 1990, em atenção ao inciso XXXII, artigo 5º da Constituição é publicada a Lei nº 8.078, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), vigente desde 11 de março de 1991. Em termos de responsabilidade civil do prestador de serviço, o CDC garante ao consumidor indenização integral do dano patrimonial e reparação por dano moral. A partir da vigência do CDC, parte da Justiça brasileira passa a aplicá-lo para resolver conflitos de consumo relativos à prestação do serviço aéreo internacional, em detrimento à Convenção de Varsóvia, nos pontos em que divergiam. A Convenção, mesmo sendo um tratado internacional, não tinha primazia sobre as leis nacionais, pois seu peso é de lei ordinária, revogável por disposição contrária posterior, em conformidade com tese que prevalece no STF desde 1977¹⁰. O mandamento constitucional do artigo 178, no entanto, por ser lei superior não deveria ser observado? A respeito desse e dos demais critérios de solução de antinomias, trataremos mais adiante.

2.1.7 O Código Civil de 2002

Em janeiro de 2003, passa a vigorar no Brasil o Código Civil, publicado em 2002. No Título VI, temos o capítulo XIV (Do Transporte), que vai do artigo 730 ao 756, e que traz regras a respeito do transporte de pessoas e de coisas. Seu artigo 732 tem a seguinte redação: “Aos

¹⁰ Conforme Roland (2015, p. 43, *apud* Rezek, 1997), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, firmou-se entendimento no STF de que lei posterior, mesmo que ordinária, sobrepunha-se aos tratados internacionais de que o Brasil fosse parte, pois não havia na Constituição Federal um mandamento de que os tratados prevaleceriam em qualquer hipótese. Em outros termos, valia a última palavra do Congresso Nacional sobre a matéria. A única exceção seria quando a própria Constituição ordenasse a prevalência do tratado sobre a lei pátria.

contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.” Na mesma linha do CDC, o artigo 734¹¹, por exemplo, estabelece a responsabilidade objetiva do transportador. Destaca-se a possibilidade contida no parágrafo único de o transportador poder “exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.”

Já, no artigo 735¹², vai além do diploma consumerista e não inclui entre as excludentes de responsabilidade do transportador a culpa de terceiro, contra quem terá direito de regresso.

Tal como está escrito, o novo *codex* impõe-se a todos os contratos de transporte, inclusive ao contrato de transporte aéreo internacional, afastando as disposições dos tratados e convenções internacionais em conflito com ele. Tendo em vista, porém, o artigo 178 da Constituição Federal, prevalecia a Convenção de Varsóvia ou a legislação pátria? O STF lidou com a questão, conforme veremos adiante.

2.1.8 A Convenção de Montreal de 1999

Em 1999, foi celebrada a Convenção de Montreal, com vias a substituir todo o sistema então vigente sobre o transporte aéreo internacional¹³ (Convenção de Varsóvia, com suas posteriores alterações), vindo a ampliar os limites indenizatórios, entre outros avanços em prol do consumidor. A indústria do transporte aéreo internacional já se encontrava totalmente consolidada, mas a Convenção, mesmo trazendo inovações quanto ao regime de responsabilidade civil do transportador, manteve a tônica da Convenção de Varsóvia de garantir

¹¹ Código Civil, “Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. **Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.**” (Grifos nossos)

¹² Código Civil, “Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”

¹³ Conceito de transporte aéreo internacional, conforme o art. 1º, alínea 2 da Convenção de Montreal: “Para os fins da presente Convenção, a expressão transporte internacional significa todo transporte em que, conforme o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto de destino, haja ou não interrupção no transporte, ou transbordo, estão situados, seja no território de dois Estados Partes, seja no território de um só Estado Parte, havendo escala prevista no território de qualquer outro Estado, ainda que este não seja um Estado Parte. O transporte entre dois pontos dentro do território de um só Estado Parte, sem uma escala acordada no território de outro Estado, não se considerará transporte internacional, para os fins da presente Convenção.”

às empresas aéreas limites de responsabilidade para fins de indenização de danos por elas provocados aos consumidores, na prestação do serviço aéreo internacional.

Para parte da doutrina, essa limitação, porém, teria perdido todo o sentido nos dias de hoje, pois a maior parte das vicissitudes já teriam sido superadas. Nessa ótica, Herman Benjamim (2015, p. 24) entende ser a limitação de responsabilidade não apenas um privilégio dado às empresas que atuam no transporte internacional de passageiros, mas também um disparate:

As facilidades de locomoção são um dos mais importantes benefícios que o consumidor desfruta no mercado moderno. Aliás, a própria noção de "sociedade global" deve muito aos extraordinários avanços tecnológicos ocorridos nos meios de transporte, principalmente o aéreo. Curioso, então, que um setor que é peça fundamental no mosaico da globalização - o fenômeno político, econômico, social e jurídico que marca este fim de século - ainda seja regido por um regime legal instituído no início do século XX, quando a indústria aeronáutica estava na sua infância.

De fato, a Convenção de Montreal, escrita no fim da década de 1990, não mais tratava de um frágil sistema de transporte aéreo internacional em seus primórdios, como se deu quando escrita a Convenção de Varsóvia, sete décadas antes. O sistema de aviação civil internacional consolidou-se, expandiu-se e se tornou mais complexo. Seria possível afirmar, porém, que perderam importância os benefícios justificadores da unificação das regras relativas à responsabilidade civil no transporte aéreo internacional?

O direito aplicado ao transporte aéreo internacional deve ser essencialmente uniforme. Conforme aponta Viglino (2016, p. 162), a necessidade de padronização das práticas é intimamente ligada ao desenvolvimento do setor aéreo internacional. Ele observa que “a uniformização das práticas é quase uma obsessão” na aviação civil internacional, sendo comportamentos atípicos altamente indesejados, razão pela qual, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, “o direito do transporte aéreo tem se emancipado do direito nacional, desenvolvendo-se normas e padrões transnacionais, de aplicação uniforme sem consideração aos territórios.”

O fato é que a Convenção de Montreal veio a ser incorporada ao ordenamento pátrio sete anos após sua assinatura pelo Brasil, por meio do Decreto nº 5.910, e está vigente no País desde o dia 28 de setembro de 2006. O STF passou, então, também a tratar das antinomias

aparentes entre a Convenção de Montreal e a legislação pátria, em especial o Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, vindo a fixar tese de repercussão geral sobre o tema apenas em 2017. Vejamos, de forma mais detalhada, as inovações trazidas pela Convenção.

Em seu capítulo III (Responsabilidade do Transportador e Medida da Indenização do Dano), a Convenção de Montreal estipula a responsabilidade do transportador aéreo internacional para os casos de morte ou lesão corporal de passageiro (art. 17, alínea 1); destruição, perda ou avaria de bagagem registrada (art. 17, alínea 2); destruição, perda ou avaria da carga transportada (art. 18, alínea 1); e atraso no transporte de passageiros, bagagens ou cargas (art. 19).

A responsabilidade civil decorrente de destruição, perda ou avaria da carga transportada (art.18, alínea 1) não interessa a este trabalho. Da mesma forma, não nos interessa o atraso no transporte de cargas (parte final do art. 19). Passemos, então, à análise de cada um dos itens de interesse.

2.1.8.1 Morte ou lesão corporal de passageiro

O artigo 17, alínea 1, o artigo 20 e o artigo 21 devem ser analisados de forma conjunta. Vejamos:

Artigo 17 – **Morte e Lesões dos Passageiros** – Dano à Bagagem

1. O transportador é responsável pelo dano causado em caso de morte ou de lesão corporal de um passageiro, desde que o acidente que causou a morte ou a lesão haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante quaisquer operações de embarque ou desembarque.

[...]

Artigo 20 – Exoneração

Se o transportador prova que a pessoa que pede indenização, ou a pessoa da qual se origina seu direito, causou o dano ou contribuiu para ele por negligência, erro ou omissão, **ficará isento, total ou parcialmente, de sua responsabilidade** com respeito ao reclamante, na medida em que tal negligência, ou outra ação ou omissão indevida haja causado o dano ou contribuído para ele. Quando uma pessoa que não seja o passageiro, pedir indenização em razão da morte ou lesão deste último, o transportador ficará igualmente exonerado de sua responsabilidade, total ou parcialmente, na

medida em que prove que a negligência ou outra ação ou omissão indevida do passageiro causou o dano ou contribuiu para ele. Este Artigo se aplica a todas as disposições sobre responsabilidade da presente Convenção, inclusive ao número 1 do Artigo 21.

Artigo 21 – Indenização em Caso de Morte ou Lesões dos Passageiros

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**.

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. (Destaques nossos)

Em suma, a responsabilidade do transportador nos casos de morte ou lesão de passageiros é objetiva, uma vez que independe de culpa do agente, até o limite de 100.000 DES. Roland explica que, até esse limite, a indenização deverá ser paga “por danos provados sem qualquer defesa da companhia aérea”. A exclusão de responsabilidade fica vedada, exceto pela força maior ou, então, se a vítima for exclusivamente a culpada por ele. Em caso de a vítima concorrer para o dano, a indenização poderá ser reduzida na mesma proporção.

A partir de 100.000 DES, a culpa do transportador será presumida, mas passível de ser afastada (*juris tantum*), invertendo-se o ônus da prova. Para isso, o operador deverá fazer prova negativa, demonstrando que nem ele nem seus prepostos deram causa ao dano ou, então, provar que é de terceiro a culpa. Roland (2015, p. 58) explica que “é nesse segundo nível que a companhia aérea pode se valer das excludentes determinadas na Convenção”.

Nota-se que a Convenção de Montreal adotou a negligência como conduta capaz de imputar responsabilidade, além do dolo e da culpa grave, já presentes na Convenção de Varsóvia, o que representa um ganho para o direito do consumidor.

O sistema duplo de responsabilização, positivado no artigo 21, foi uma novidade trazida pela Convenção. A respeito dele, explicam Saliba e Souza (2017, p. 431-433) que

[...] Trata-se do denominado *two-tier system* (sistema de dois níveis), artifício que divide a responsabilidade do transportador na medida do valor a ser pago a título de compensação. A ideia central é garantir certa previsibilidade e uniformidade nas indenizações decorrentes de danos ou da má execução do serviço, de modo a evitar gastos excessivos das companhias com a aquisição de seguros, bem como incentivar a ampliação da atuação destas companhias em outros países, garantindo maior acesso aos usuários.

2.1.8.2 Destruição, perda ou avaria de bagagem

Para melhor entendimento do tema, é preciso destacar que o termo bagagem registrada, usado na Convenção, refere-se à bagagem que o passageiro entrega ao operador aéreo para que seja transportada no porão da aeronave: é a bagagem despachada, ou seja, aquela que não viaja sob os cuidados do passageiro, mas sim do transportador. Já, a bagagem não registrada é aquela que, vulgarmente, se chama de bagagem de mão e que é transportada sob responsabilidade do passageiro. Vejamos o que diz a Convenção sobre responsabilidade civil em ambos os casos:

Artigo 17 – Morte e Lesões dos Passageiros – **Dano à Bagagem**

[...]

2. O transportador é responsável pelo **dano causado em caso de destruição, perda ou avaria da bagagem registrada**, no caso em que a destruição, perda ou avaria haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante qualquer período em que a bagagem registrada se encontre sob a custódia do transportador. Não obstante, **o transportador não será responsável** na medida em que o dano se deva à natureza, a um defeito ou a um vício próprio da bagagem. **No caso da bagagem não registrada**, incluindo os objetos pessoais, o transportador é responsável, se o dano se deve a sua **culpa** ou a de seus prepostos.

3. Se o transportador admite a perda da bagagem registrada, ou caso a bagagem registrada não tenha chegado após vinte e um dias seguintes à data em que deveria haver chegado, o passageiro poderá fazer valer contra o transportador os direitos decorrentes do contrato de transporte.

[...]

Artigo 22 – Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga¹⁴

¹⁴ Necessário chamar a atenção para o fato de que a versão para a língua portuguesa do original em inglês, disponível no endereço http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm, contém um erro relevante. Temos no original: *Article 22 — Limits of Liability in Relation to Delay, Baggage and Cargo*. A versão mais adequada seria: Limites de Responsabilidade Relativos a Atraso, Bagagem e Carga. Da forma como foi vertido o trecho (“Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga”), fica a impressão de que o artigo trata apenas dos limites de responsabilidade do atraso na entrega da bagagem e da carga. Por certo,

[...]

2. No 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.

[...]

5. As disposições dos números 1 e 2 deste Artigo **não se aplicarão** se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, **com intenção de causar dano**, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de um preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções. (Destaques nossos)

Para os casos de destruição, avaria ou perda da bagagem, a Convenção prevê a responsabilidade subjetiva do transportador, com presunção de culpa. Caso queira afastar sua responsabilidade, inverte-se o ônus da prova e o transportador fica obrigado a comprovar que se aplica, pelo menos, uma de três circunstâncias excepcionais que justificariam a inaplicabilidade da indenização: que o dano decorre da natureza da bagagem ou de um defeito ou vício próprio da bagagem.

Caso o passageiro entenda que o valor de sua bagagem exceda o teto indenizatório, poderá fazer uma declaração especial de valor e pagar uma quantia suplementar, de natureza assecuratória, o que garantirá indenização nos limites contratados.

2.1.8.3 Atraso no transporte de passageiros e de suas bagagens despachadas

Importante destacar, mais uma vez, que a leitura correta do título do artigo 22 da Convenção de Montreal deve ser “Limites de Responsabilidade Relativos a Atraso, Bagagem e

não é esse o caso. A prova disso é que a alínea 1 do artigo 22 trata exatamente do dano causado por atraso no transporte de pessoas, excluído do título na versão para a Língua Portuguesa.

Carga”, sendo que pode haver dano decorrente de atraso no transporte de pessoas, da bagagem e de carga. Vejamos:

Artigo 19 – Atraso

O transportador é responsável pelo dano ocasionado por **atrasos no transporte aéreo de passageiros, bagagem** ou carga. Não obstante, o transportador **não será responsável** pelo dano ocasionado por atraso se prova que ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medidas.

[...]

Artigo 22 – Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga

1. Em 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.

2. No 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.

5. As disposições dos números 1 e 2 deste Artigo não se aplicarão se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, com intenção de causar dano, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de um preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções. (Destaques nossos)

Aplica-se ao atraso no transporte de pessoas e bagagens, a mesma lógica aplicada aos casos de destruição, perda ou avaria de bagagem, imputando-se a responsabilidade subjetiva ao transportador, com presunção de culpa e inversão do ônus da prova.

Destacam-se duas hipóteses de exclusão do teto indenizatório previstas na alínea 5 do artigo 22: se a conduta que levar ao dano, seja ela do transportador ou do seu preposto no exercício da função, for dolosa ou temerária, a indenização será nos limites do dano.

Por outro lado, há duas hipóteses de exclusão da responsabilidade, além da força maior, baseados na diligência do transportador e/ou de seus prepostos, caso prove que se agiu, na medida do possível, para evitar o atraso ou, então, que nada foi possível se fazer perante as circunstâncias.

Por fim, importante destacar que a bagagem que não for devolvida ao passageiro quando do seu desembarque no destino será dada como atrasada. Poderá permanecer nessa condição “nos vinte e um dias seguintes à data em que deveria haver chegado” (artigo 17, alínea 3). Após esse prazo, configura-se a perda da bagagem, surgindo ao passageiro o direito de reclamar a indenização cabível.

2.1.8.4 Diminuição, aumento e abolição dos limites de responsabilidade

Importante destacar que os limites mínimos impostos ao transportador são uma garantia ao passageiro e não podem ser por ele ainda mais reduzidos, a exemplo do limite de 100.000 DES, nos casos de morte ou lesão. Caso o transportador imponha cláusula contratual nesse sentido, será nula de pleno direito, preservando-se a relação contratual, nestes termos:

Artigo 26 – Nulidade das Cláusulas Contratuais

Toda cláusula que tenda a exonerar o transportador de sua responsabilidade ou a fixar um limite inferior ao estabelecido na presente Convenção será nula e de nenhum efeito, porém a nulidade de tal cláusula não implica a nulidade do contrato, que continuará sujeito às disposições da presente Convenção.

Já, os limites máximos de responsabilidade funcionam como direito disponível e podem ser aumentados ou abolidos pela empresa. Vejamos:

Artigo 25 – Estipulação Sobre os Limites

O transportador poderá estipular que o contrato de transporte estará sujeito a limites de responsabilidade mais elevados que os previstos na presente Convenção, ou que não estará sujeito a nenhum limite de responsabilidade.

2.1.8.5 Revisão dos limites

A título de informação, o artigo 24 da Convenção de Montreal prevê que os limites de responsabilidade sejam periodicamente atualizados. A última revisão se deu em 2019, sendo os valores mais atuais: 128.821 DES (referente ao artigo 21), 5.346 DES (referente ao artigo 22, parágrafo primeiro) e 1.288 DES (referente ao artigo 22, parágrafo segundo)¹⁵.

2.1.8.6 Prescrição

A Convenção de Montreal trata, em seu artigo 35, do tema processual da prescrição para o ajuizamento de ações indenizatórias, nestes termos:

Artigo 35 – Prazo Para as Ações

1. O direito à indenização se extinguirá se a ação não for iniciada dentro do prazo de **dois anos**, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte.
2. A forma de computar esse prazo será determinada pela lei nacional do tribunal que conhecer da questão.

O prazo prescricional para início da ação foi uniformizado em dois anos e a forma de computá-lo pode variar, a depender da lei do foro da jurisdição, conforme nomeado na Convenção (artigo 33).

2.2 Exposição comparativa entre as Convenções de Varsóvia e de Montreal e a legislação pátria

Conforme visto, ambas as Convenções estabeleceram limites à responsabilidade civil do transportador aéreo internacional na prestação do serviço, em casos de dano por vícios de qualidade por insegurança (acidentes de consumo, resultando em morte ou lesão) e por

¹⁵ Disponível em:

<https://www.icao.int/secretariat/legal/LEB%20Treaty%20Collection%20Documents/Forms/AllItems.aspx>. Acesso em 21 de junho de 2020.

inadequação (nos casos de atraso de voo, perda, avaria ou destruição da bagagem), conforme resume Benjamim (2015, p. 32).

Tais limitações buscam uniformizar os riscos a serem considerados pelas empresas aéreas em suas operações internacionais, independentemente de onde prestem o serviço. O valor das indenizações pagas aos passageiros influencia diretamente o valor dos seguros contratados pelas empresas aéreas que, por sua vez, influenciam no preço a ser cobrado ao consumidor pela prestação do serviço.

Passemos a identificar os pontos divergentes e convergentes entre as Convenções de Varsóvia e de Montreal e os Códigos Civil e o de Defesa do Consumidor, no que tange ao dano moral e material, ao regime de responsabilidade, às limitações e excludentes de responsabilidade e à prescrição da ação indenizatória.

Vale relembrar que nenhum conflito de normas havia entre a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica. Aquela era aplicada para resolver os conflitos na prestação do serviço internacional e o CBA na do serviço doméstico.

2.2.1 Dano moral e dano material

O Código de Defesa do Consumidor elenca, em seu artigo 6º, inciso VI, como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, sejam eles individuais, coletivos ou difusos. O Código Civil também trata expressamente do dano moral no artigo 186, conforme visto. Há, portanto, menção expressa a dois tipos de danos, o material e o moral. Já, as Convenções de Varsóvia e de Montreal usam o termo genérico dano, sem adjetivá-lo. Por essa razão, há uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema do dano moral nas Convenções, o qual trataremos, de forma mais detalhada, adiante.

2.2.2 Regime de responsabilidade

No artigo 14, *caput*, tratando especificamente da prestação de serviço (que é o caso do transporte aéreo), o CDC estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor, pois ele

“responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços [...]”.

Em linha, o artigo 734 do Código Civil determina que “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.” Cabe ainda mencionar as regras contidas no artigo 186¹⁶ e artigo 927, parágrafo único¹⁷. Conforme leciona Roland (2015, p. 62), no trato da responsabilidade aquiliana (extracontratual), o CC não atrela a responsabilização a nenhum grau de culpa do agente, sendo apenas considerado na dosagem do *quantum* da indenização.

Conforme visto, na Convenção de Montreal a responsabilidade do transportador só é objetiva nos casos de morte ou lesão corporal do passageiro até o limite de 100.000 DES (no primeiro nível de responsabilização). A partir desse valor (segundo nível), a responsabilidade é subjetiva, com a inversão do ônus da prova. Também subjetiva a responsabilidade nos casos de perda, destruição ou avaria da bagagem e nos casos de danos decorrentes de atraso no transporte e/ou na entrega da bagagem.

2.2.3 Limitação e excludentes de responsabilidade

Também no artigo 14 do CDC, no § 3º, temos as excludentes de responsabilidade, sendo elas a inexistência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (o fabricante da aeronave, por exemplo), cabendo ao fornecedor o ônus da prova negativa. Nesse aspecto, o Código Civil é ainda mais protetivo ao consumidor que o CDC, pois, no artigo 735, determina que a culpa de terceiro, nos casos de acidente, não afasta a responsabilidade do transportador, o qual terá direito a agir regressivamente contra o terceiro culpado. A Convenção de Montreal, conforme visto, é mais ampla quanto às possibilidades de exclusão de responsabilidade.

¹⁶ Código Civil, Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

¹⁷ Código Civil, Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

O artigo 25 do CDC estabelece que é proibida “a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar” prevista nas seções de (i) proteção à saúde e segurança, (ii) de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e (iii) na de responsabilidade por vício do produto e do serviço. Na seção das cláusulas abusivas do código consumerista (capítulo VI), o art. 51, inciso I, prevê que serão nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que “impossibilitem, exonarem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.” Autoriza a limitação de responsabilidade apenas “nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, em situações justificáveis.” O artigo 26 da Convenção determina que a cláusula que exonera a responsabilidade ou a determine abaixo dos limites estabelecidos será nula de pleno direito. No que tange à exoneração, não há conflito. Já, com relação à limitação, aqui reside a grande divergência sob análise.

2.2.4 Prescrição

Por fim, o artigo 27 do CDC prevê que “prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço [...]”, ao passo que, de acordo com o artigo 206, § 3º, inciso V do Código Civil, prescreve em três anos a pretensão de reparação civil. Novamente a legislação pátria é mais garantista, pois prevê um prazo prescricional de cinco anos, enquanto as Convenções de Varsóvia e Montreal preveem ambas prazo de dois anos.

Posto o problema, abordaremos a forma como tais divergências foram tratadas pela doutrina e como o STF lidou com o tema ao longo de três décadas.

3 A DIVERGÊNCIA TRATADA NOS PLANOS DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Expostos os conflitos aparentes entre as normas trazidas, passamos a abordar como a doutrina e o Poder Judiciário abordaram teoricamente o problema e a solução dada a ele pela Corte Suprema.

3.1 A divergência tratada no plano doutrinário

Na literatura a respeito do tema (em sua maioria artigos científicos), encontra-se farta argumentação em ambos os sentidos: aqueles que defendem a prevalência das Convenções de Varsóvia e de Montreal em face do direito pátrio e aqueles que repudiam essa ideia. Traremos a exposição dos principais embates dialéticos entre as duas correntes, produzidos no trato da controvérsia.

3.1.1 Principais embates teóricos

O argumento mais recorrente em defesa da prevalência do direito pátrio é o de que a limitação de responsabilidade trazida pelas Convenções afrontaria determinados princípios constitucionais. Na visão de Benjamim (2015, p. 33), “os limites indenizatórios, do transporte aéreo não passam pelo teste constitucional da dignidade humana nem, muito menos, da justiça e solidariedade social.” O jurista entende que o teto indenizatório despreza o real valor da vida humana, desequilibra consumidores e impõe a eles o ônus de um risco o qual não criaram. Entende também que o fato de o juiz ter que se ater a determinados valores, retira dele a plenitude da decisão quanto às lesões sofridas pela vítima, ferindo o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Por essas razões, ele entende que a Convenção de Varsóvia e o CBA (especificamente no que se refere à limitação de responsabilidade) não foram recepcionados pela Constituição de 1988.

Nessa mesma linha de raciocínio, para Roland (2015, pag. 41-42), a Convenção de Montreal não poderia ser aplicada no Brasil, no que tange à limitação de responsabilidade, pois

tal regra colide com a proteção integral dada ao consumidor pelo Código Civil, pelo CDC (ambos de matriz constitucional) e, “por via reflexa, até mesmo com a Constituição Federal de 1988.” Para a Professora, a limitação da responsabilidade é uma afronta à defesa do consumidor prevista no art. 5º, XXXII da Constituição, que, por ser uma garantia individual, está protegida pelo artigo 60, §4º, IV - uma “cláusula pétrea”, portanto.

Alves Júnior (2013, p. 18), em sentido oposto, assevera que “a proteção constitucional do consumidor se revela muito mais um direito social coletivo do que um direito liberal individual.” Com base nesse argumento, entende que o direito do consumidor não está protegido pela garantia dada às “cláusulas pétreas”, pois elas se referem, exclusivamente, aos direitos e garantias fundamentais individuais.

Sobre o cerceamento das decisões dos juízes apontado por Benjamim, em sentido contrário, Refosco (2011, p. 61) entende que

Atualmente a jurisprudência se vale de critérios genéricos, baseados na equidade, que para a fixação dos danos morais levam em consideração a capacidade econômica das partes, o comportamento do ofensor e seu grau de culpa, a intensidade do sofrimento e a repercussão da ofensa. Esses critérios continuariam sendo utilizados na fixação dos danos morais, respeitados todavia os lindes da Convenção, que estabelece balizas dentro das quais o julgador terá a liberdade de fixar a indenização, atendendo às circunstâncias do caso concreto. Os parâmetros dentro dos quais o julgador se valerá da razoabilidade estão descritos no Tratado, e não há motivos que justifiquem sua rejeição aprioristicamente.

Quando se passa a tratar o problema por meio dos critérios clássicos de solução de antinomias jurídicas, Benjamim lança mão do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*¹⁸) para defender que a Convenção de Varsóvia não deveria ser aplicada, naquilo que colide com o CDC e com o Código Civil, posteriores a ela. Esse raciocínio, porém, não valeria na comparação entre a Convenção de Montreal e os dois diplomas pátrios, anteriores a ela. Ele, então, recorre ao critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*): reconhece que as Convenções são leis especiais, mas defende que o CDC é lei ainda mais especial, “especialíssima” em suas palavras, pois pertence à categoria de leis “horizontais”, com potencial de invadir todas as demais disciplinas jurídicas, uma vez que tutela os interesses do

¹⁸ Princípio positivado no artigo 2º, § 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), *in verbis*: A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

consumidor, o sujeito vulnerável da relação. Ainda que cronologicamente mais recente, a Convenção de Montreal seria afastada perante um suposto caráter especialíssimo do CDC.

Roland (2015, p. 43) tampouco desmerece o fato de a Convenção de Montreal ser lei específica a respeito do transporte aéreo internacional, mas, para ela, seguindo o raciocínio de Benjamim, “o CDC é uma lei horizontal que perpassa as disciplinas jurídicas – dentre elas, o direito aeronáutico – e que busca regular não uma matéria, mas uma categoria de sujeitos específicos e é, portanto, lei especial que regula as relações de consumo.”

Mesmo sendo a Convenção de Montreal posterior ao CDC e ao Código Civil, Roland propõe que a solução ao problema seja dada por meio de uma “releitura dos critérios de solução de antinomias”, uma vez que o critério tradicional estaria desatualizado e não resultaria em efetiva tutela do consumidor. Sob sua ótica, a controvérsia deveria ser sanada comparando-se norma com norma e não lei com lei, por meio de uma “interpretação lógico-sistemática dos diplomas disponíveis que versam sobre o assunto”, optando-se sempre pela norma mais benéfica às vítimas, sucessores e herdeiros. Conclui que a solução tradicional não atende, nesse caso, o mandamento constitucional de proteção máxima ao consumidor vulnerável.

Em posição contrária, Assis de Almeida (2008, p. 39) entende que a Convenção de Montreal “tem plenos efeitos e é plenamente aplicável no Brasil”, mesmo “em detrimento das normas nacionais, por mais especiais que sejam.” Para defender seu ponto de vista, recorre a dois argumentos. Primeiramente, ao critério cronológico de solução de antinomias e, nesse caso, a Convenção de Montreal se sobrepõe ao CDC e ao Código Civil, pois é mais recente e não há diferença hierárquica entre os três diplomas. Seu segundo ponto reside no mandamento do artigo 178 da Constituição, o qual, para ele, vale para todos os acordos sobre transporte internacional firmados pela União, sem qualquer distinção.

Refosco (2011, p. 64) vai mais além e afirma que a Convenção de Montreal é especial em relação ao CDC e ao Código Civil, pois ambos são “diplomas genéricos e aplicáveis, respectivamente, às relações civis em geral e às relações de consumo em geral” e a Convenção seria um diploma específico que regulamenta as relações de consumo na prestação do serviço de transporte aéreo internacional. Entende que o CDC deva, apenas, ser aplicado supletivamente.

Com relação à observância do artigo 178 da Constituição Federal, Benjamim e Roland entendem que os tratados internacionais devem ser observados, apenas, naquilo em que criem ou ampliem os direitos no consumidor; nunca quando diminuam ou venham a extingui-los. Já, para Refosco (2011, p. 69), o legislador constitucional fez uma opção política ao privilegiar “a norma objeto de consenso internacional, em detrimento de eventuais normas internas, que, no entanto, podem ser aplicadas subsidiariamente à legislação internacional”, atentando-se às especificidades do transporte aéreo internacional.

Abordando a questão sob outro aspecto, Saliba e Souza (2017, p. 430) entendem que a Convenção de Montreal deve ser aplicada integralmente no País, “em respeito aos princípios gerais do Direito Internacional, sedimentados na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹⁹.” Preocupam-se os autores com as possíveis consequências, em face do Brasil, decorrentes do descumprimento das Convenções frente à ordem internacional, inclusive a possibilidade de o País ser acionado na Corte Internacional de Justiça por outro Estado contratante. Também recorrem aos costumes internacionais e concluem que o Brasil deve respeitar as regras da Convenção de Montreal, mesmo ela tendo sido incorporada ao direito pátrio em 2006, anteriormente, portanto, à vigência, no País, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (2009).

Para os autores, primeiramente, o judiciário deve observar o princípio da obrigatoriedade que vincula o Estado brasileiro aos seus compromissos assumidos, de forma voluntária (*pacta sunt servanda*), juntamente com o princípio da boa-fé, nas relações internacionais. Caso contrário, nossa Justiça estaria violando uma obrigação internacional. Ademais, conforme impõe o artigo 27²⁰ da Convenção de Viena, um Estado-parte não pode justificar o desrespeito às regras de um tratado, alegando observância às regras do direito interno, caso não tenha feito ressalva a essa regra, quando da assinatura do acordo internacional. No mesmo diapasão, Alves Júnior (2013, p. 17) aponta que a soberania de um Estado reside em sua liberdade de escolha para assinar ou não um acordo internacional assim como para denunciá-lo. Submeter-se às suas normas, após a assinatura, não seria uma escolha, mas sim o

¹⁹ Vigente no Brasil desde 15 de dezembro de 2009, foi internalizada ao direito pátrio por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, o qual promulgou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66.

²⁰ “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”

único comportamento “em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica nas relações internacionais.”

Ainda nessa linha de raciocínio, Refosco (2011, p. 60) advoga pela segurança jurídica nos âmbitos doméstico e internacional e pela observância do princípio da reciprocidade. Para ela, o Brasil “assumiu compromissos internacionais que devem ser respeitados pelo Poder judiciário, por uma questão de credibilidade e confiança nos compromissos assumidos.”. Aponta, ainda, que se deve honrar a confiança depositada pelos demais signatários da Convenção, com a qual se demonstra, no plano internacional, a seriedade do País. Com relação à importância da reciprocidade, inequívoca, ao ponto de ser mencionada no artigo 178 da Constituição.

Refosco (2011, p.63) ainda destaca que, para além da segurança jurídica trazida pela uniformização dos entendimentos jurisprudenciais, também haverá ganhos para o Brasil “em razão da celeridade da justiça, visando-se a duração razoável do processo, pois a incerteza a respeito do resultado da demanda é grande incentivadora de recursos, que muito possivelmente não seriam interpostos diante da probabilidade grande de a sentença ser mantida.”

Segundo Saliba e Souza (2017, p. 441-442), as regras de limitação da responsabilidade trazidas pelas Convenções não mitigam o direito do consumidor brasileiro. E, para além do argumento jurídico, apontam o efeito econômico benéfico trazido pela previsibilidade e pela uniformidade das indenizações, tanto para os operadores aéreos quanto para o consumidor. No primeiro caso, evitam-se gastos excessivos com a contratação de seguro (obrigatórios no transporte aéreo internacional²¹) pelas companhias aéreas, as quais acabam computando esse item no valor da passagem. No segundo caso, os passageiros são beneficiados, coletivamente, com bilhetes menos caros e com empresas operando em mais países, ampliando-se o acesso ao transporte aéreo internacional.

Por fim, colecionam algumas decisões de cortes estrangeiras em favor da prevalência das regras trazidas pelas Convenções em face do direito interno. Em especial, destacamos duas decisões, uma da Suprema Corte americana (que considera inválido qualquer pleito extravagante aos direitos contidos nas Convenções) e uma do Tribunal de Justiça da União

²¹ Conforme o artigo 50 da Convenção de Montreal: “Os Estados Partes exigirão de seus transportadores que mantenham um seguro adequado, que cubra sua responsabilidade em virtude da presente Convenção. O Estado Parte com destino ao qual o transportador explora serviços poderá exigir-lhe que apresente comprovação de que mantém um seguro adequado que cubra sua responsabilidade, de acordo com a presente Convenção.”

Europeia (que reforçou o poder vinculante da Convenção de Montreal para com os países do bloco).

3.1.2 Revisão de alguns argumentos doutrinários

Foram encontrados, na doutrina consultada, certos argumentos que carecem de revisão, com o devido respeito, pois contêm alguma impropriedade, ou por se basearem em situações impossíveis ou por desconsiderarem a regulação do setor.

Um dos principais argumentos de Roland (2015, p. 68) é de que uma decisão do STF em favor da aplicação da Convenção de Montreal em face do CDC, significaria extremo prejuízo ao passageiro-consumidor por agredir o princípio da isonomia. A Professora acredita que aplicar a Convenção para voos internacionais e o CDC para voos domésticos “pode levar a situações indesejadas e estapafúrdias no plano prático.” Cita um exemplo que, segundo ela, “demonstra a insegurança, a injustiça e a manifesta inconstitucionalidade que podem advir desse raciocínio.”

Para exemplificar sua tese, Roland cria uma situação hipotética, mas tecnicamente impossível na atualidade, a qual resumiremos. Em seu exemplo, uma transportadora X (não menciona se é uma transportadora brasileira ou estrangeira) opera um voo na rota São Paulo/Lisboa/Recife, sendo o pouso em Recife uma escala. A bordo do voo São Paulo/Recife/Lisboa, um passageiro “A” havia comprado uma passagem apenas para o trecho São Paulo/Recife, com uma conexão para Belém do Pará. Tratar-se-ia de um contrato para prestação do serviço de transporte doméstico de passageiros, regido, portanto, pelo CDC. Outro passageiro “B” havia comprado uma passagem entre São Paulo e Lisboa (com a dita escala em Recife), sendo esse um contrato para a prestação do serviço de transporte internacional, regido pela Convenção de Montreal.

Ainda no exemplo usado, o voo ocorre entre São Paulo e Recife, mas acontece um problema com a aeronave e os passageiros são obrigados a desembarcar e pernoitar em Recife. As malas de A e B são extraviadas. Ao fim de 60 dias são dadas como perdidas. A solução jurídica quanto à indenização por perda de bagagem será diferente entre ambos os passageiros, sendo o passageiro A, segundo a Professora, beneficiado pela indenização integral prevista no CDC e o passageiro B prejudicado pela limitação de responsabilidade prevista na Convenção de Montreal. Roland também cogita essa diferença de tratamento se a aeronave tivesse caído

na Bahia e os passageiros mencionados viessem a morrer. Segundo suas palavras, essa diferença de tratamento seria uma afronta ao princípio da isonomia e os votos do STF, até aquele momento (o artigo da Professora foi escrito em 2015), estavam se caminhando para esse disparate.

Primeiramente, é preciso explicar que, no exemplo dado, todo o voo na rota São Paulo/Recife/Lisboa seria um voo internacional. Uma simples etapa doméstica não desconfigura a natureza internacional do voo. A esse respeito, entraremos em detalhe adiante. Acontece que esse tipo de voo, vulgarmente chamado de “misto” (em que há também, a bordo de uma mesma aeronave operando um voo internacional, passageiros sendo atendidos por meio de um contrato de prestação de serviço doméstico), na prática, não existe mais, no Brasil, desde 1º de abril de 2013. Essa situação era possível apenas se o voo fosse operado por empresas brasileiras, mas foi extinta, por uma decisão no âmbito da Conaero²², para minimizar riscos aos controles migratório e alfandegário.

Trazemos um exemplo fictício a esse respeito: uma empresa brasileira operava um voo número 5678 entre Confins e Buenos Aires, com escala comercial no Rio de Janeiro. Essa empresa era autorizada a vender, até 31 de março de 2013, bilhetes entre Confins e o Rio de Janeiro, entre Confins e Buenos Aires e entre o Rio de Janeiro e Buenos Aires. Logo, havia em um mesmo voo internacional (na etapa Confins/Rio de Janeiro) passageiros “domésticos” e passageiros “internacionais”. Isso causava problemas operacionais para a Polícia Federal e para a Receita Federal, pois havia o que se chama vulgarmente de “contaminação” entre passageiros domésticos e internacionais, para os quais os trâmites de embarque e desembarque são diferentes²³.

Com relação às empresas estrangeiras, o exemplo dado nunca foi possível, pois, caso fosse, as empresas estrangeiras estariam exercendo direito de tráfego de 8ª liberdade do ar (simplicadamente explicando, é o caso quando uma empresa estrangeira comercializa em território estrangeiro bilhetes ligando trechos domésticos e segue o voo para seu próprio país,

²² “A Comissão Nacional de Autoridades Aeroportuárias (Conaero) é um fórum consultivo e deliberativo formado por representantes de nove órgãos do governo federal que trabalham diretamente na gestão dos aeroportos do País, sob coordenação da Secretaria de Aviação Civil. Só após a sua criação – por meio do decreto nº 7.554, em 2011, as autoridades do setor passaram a ter uma coordenação alinhada e compartilhada.” Disponível em <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conselhos/conaero> e <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/centrais-de-conteudo/resumo-do-workshop-v-final-pdf>. Acesso em 1º de outubro de 2020.

²³ Por exemplo: as regras relativas aos itens que se pode transportar na bagagem de mão são diferentes para um voo doméstico e para um voo internacional, sendo o voo internacional mais restritivo.

configurando-se um tipo de “cabotagem”²⁴). Tal prática é vedada pelo artigo 216 do Código Brasileiro de Aeronáutica²⁵, pois somente empresas brasileiras podem explorar rotas domésticas no País. Dessa forma, uma empresa portuguesa, por exemplo, caso operasse um voo na rota Lisboa/Recife/São Paulo/Recife/Lisboa, não poderia vender apenas o trecho Recife/São Paulo ou São Paulo/Recife, pois esses são trechos domésticos.

Importante também ter em mente o conceito de *stop over*, que não se confunde com a cabotagem. O *stop over* é permitido no Brasil e não configura exercício da 8ª liberdade do ar. Novamente um exemplo: uma empresa portuguesa que operasse um voo na rota Lisboa/Recife/São Paulo/Recife/Lisboa poderia vender o bilhete nessa rota com *stop over* em Recife. O passageiro poderia sair de Lisboa, desembarcar em Recife, ali ficar por alguns dias e, depois, seguir o voo entre Recife e São Paulo. Esse passageiro embarcaria em Recife pela área internacional, passaria pelo controle de fronteiras da Polícia Federal e embarcaria em um portão exclusivo para voos internacionais, sem ter contato com passageiros em voos domésticos. Todos os passageiros, portanto, dentro da aeronave, seriam passageiros de um voo internacional, não havendo a indesejada “contaminação”.

Em suma, o exemplo dado é impossível, pois, em sendo a empresa X estrangeira, jamais teria obtido autorização da Anac para vender uma passagem no trecho São Paulo/Recife/Belém (o que configuraria uma ilegalidade). Frisa-se que a ilegalidade recai sobre a comercialização de trechos domésticos, não sobre a operação de um voo internacional com etapas dentro do País (como no exemplo, São Paulo/Recife/Lisboa). Em sendo a empresa brasileira, não teria, em 2015 a dita autorização, por força da mencionada decisão no âmbito da Conaero. Em termos práticos, portanto, nenhuma afronta ao princípio da isonomia seria possível em virtude de tratamento desigual, tampouco à dignidade humana, visto que, no Brasil, desde 2013, é impossível haver, em um mesmo voo, passageiros domésticos e internacionais.

A propósito, tratamento desigual era conferido pelo Brasil às empresas estrangeiras, quando as Convenções aqui não eram respeitadas. Conforme exemplifica Defossez (2017, p. 78), a empresa brasileira que operava voos internacionais para a Espanha indenizava os

²⁴ Das nove liberdades do ar existentes, a oitava e a nona são chamadas, vulgarmente, de cabotagem, sendo que a nona liberdade é a “cabotagem pura”. Nesse caso, uma empresa estrangeira comercializa bilhetes em voos exclusivamente domésticos dentro de um país estrangeiro, sem que tal voo siga ou venha do país de origem da empresa aérea. A título de exemplo: uma empresa portuguesa comercializando voos regulares na rota São Paulo/Brasília/São Paulo.

²⁵ CBA, art. 216. *Os serviços aéreos de transporte público doméstico são reservados às pessoas jurídicas brasileiras.*

consumidores daquele país nos limites das Convenções; já, a empresa espanhola que operava voos para o Brasil, não contava com qualquer previsibilidade do Poder Judiciário brasileiro quando era condenada a pagar indenizações.

Saliba e Souza (2017, p. 438) também abordaram o exemplo dado por Roland, resumindo que se tratava de “fato de serviço em voo doméstico que seja escala para um voo internacional”. Ao discordar da Professora, concluem que “qualquer dano, atraso, lesão ou morte ocorridas em voos dentro do território nacional estão fora do alcance da Convenção de Montreal, ainda que sejam parte da execução de um contrato de transporte internacional.” Legítima a discordância, porém, tanto a afirmação quanto a conclusão também carecem ser revistas. Não fosse a inexistência, na atualidade, de voos “mistos”, seria sim possível, a bordo de uma aeronave, haver passageiros cujo contrato seria regido pelo CDC e passageiros com contrato regido pela Convenção de Montreal. Vejamos.

Em se tratando de empresa estrangeira, nada a impede de operar um voo internacional com escalas no território brasileiro. Essa inclusive, é uma prática não rara. Como exemplo, a Tap Portugal operou recentemente um voo regular na rota Lisboa/Belém do Pará/Manaus/Lisboa. Trata-se de um voo internacional com etapas no território nacional, o que não desconfigura a natureza internacional do voo. A Convenção de Montreal se aplica a todo o contrato, mesmo em caso de um acidente, por exemplo, na etapa Belém/Manaus. Não há que se falar em aplicação do CDC para esse voo, em hipótese alguma, mesmo porque não haverá, conforme já visto, passageiros sendo transportados por meio de um contrato de prestação de serviço de voo doméstico.

Em sendo a empresa brasileira, podemos recorrer a outro exemplo. Recentemente, a Gol Linhas Aéreas operou regularmente um voo na rota Brasília/Manaus/Cancun/Manaus/Brasília. Pelas razões já exposta, não comercializava bilhetes exclusivamente nos trechos Brasília/Manaus/Brasília. Logo, tratava-se, exclusivamente, de um voo internacional. Não havia naquele voo pessoas sendo transportadas por meio de um contrato de prestação de serviço de voo doméstico. Todos os contratos eram regidos pela Convenção de Montreal. Mesmo que ocorresse um acidente na etapa Brasília/Manaus, por exemplo, a Convenção de Montreal seria aplicada.

Há que se atentar para a natureza do voo e para o tipo de contrato celebrado entre o transportador e o consumidor. Desde 2013, no Brasil, se um voo é registrado na Anac como

internacional sob um determinado número, a empresa fica autorizada a celebrar, apenas, contratos para a prestação de um serviço internacional. Um voo internacional poderá ter etapas em território nacional²⁶, e isso não o transforma em um voo doméstico. O que não se permite é a celebração de contratos para a prestação de um serviço doméstico a ser executado em voo internacional. A expressão “voo doméstico que seja escala para um voo internacional” está, tecnicamente, incorreta, pois não existe voo doméstico que seja escala para voo internacional. O que existe é voo internacional com etapas em território nacional. Da mesma forma, tampouco é correto afirmar que “qualquer dano, atraso, lesão ou morte ocorridas em voos dentro do território nacional estão fora do alcance da Convenção de Montreal, ainda que sejam parte da execução de um contrato de transporte internacional”, pois, novamente, etapas dentro do território nacional não desconfiguram a natureza internacional do voo, tampouco a natureza do contrato, plenamente regrado pela Convenção.

Foi encontrada na doutrina de Benjamim e de Assis de Almeida, a afirmação de que o *overbooking* (sobreposição de reservas, em uma tradução livre) não está regrado pela Convenção de Montreal e que tal tema continuava a ser regulamentado pela por normas nacionais. Há uma impropriedade nessa afirmação. Primeiramente, é preciso esclarecer que *overbooking* é um jargão relativo à uma prática comercial que consiste em vender mais assentos do que aqueles disponíveis para ser comercializado em um voo. Recorramos a um exemplo: uma aeronave está configurada com cem assentos disponíveis para venda e, por meio de dados estatísticos históricos, a empresa aérea sabe que, em média, há uma taxa de não comparecimento para embarque (*no show*) de 5% dos passageiros naquele voo. Ou seja, das cem pessoas que adquiriram a passagem, em média, noventa e cinco efetivamente comparecem para viajar e cinco não. Sabendo disso, a empresa resolve correr o risco de vender cinco passagens a mais, pois, conta com a possibilidade de desistência de cinco passageiros. Venderá, então, cento e cinco passagens. A prática não é regulamentada, tampouco pode-se punir a empresa civilmente por tal estratégia de vendas, por si só. Em muitos casos, a probabilidade se confirma e nenhum problema é causado aos passageiros. Acontece que, em outros casos,

²⁶ Há que se recorrer, novamente, ao conceito de transporte aéreo internacional, conforme o art. 1º, alínea 2 da Convenção de Montreal: “*Para os fins da presente Convenção, a expressão transporte internacional significa todo transporte em que, conforme o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto de destino, haja ou não interrupção no transporte, ou transbordo, estão situados, seja no território de dois Estados Partes, seja no território de um só Estado Parte, havendo escala prevista no território de qualquer outro Estado, ainda que este não seja um Estado Parte. O transporte entre dois pontos dentro do território de um só Estado Parte, sem uma escala acordada no território de outro Estado, não se considerará transporte internacional, para os fins da presente Convenção.*” (Grifos nossos)

apresentam-se para embarque mais pessoas do que o número de assentos disponíveis, o que resultará em preterição dos passageiros excedentes²⁷, conforme previsto na Resolução Anac nº 400/2016.

A preterição do passageiro (impedimento de embarque), resultante de um *overbooking*, é punível no plano administrativo, caso a empresa não cumpra com as obrigações previstas na referida Resolução²⁸. Importante registrar que a preterição de passageiro pode se dar por diversas razões como, por exemplo, quando a empresa aérea decide transportar determinada carga no porão da aeronave, de forma emergencial (e, portanto, mais rentável) e opta por não embarcar alguns passageiros, de forma a não exceder o peso da aeronave; ou quando, em uma situação de contingência, opta por não embarcar alguns passageiros com vias a transportar seus tripulantes, os quais virão a assumir um voo em outra localidade. A regulação, portanto, recai sobre o resultado “preterição” e não sobre a prática do *overbooking*. No âmbito processual civil, caso tal prática tenha resultado em preterição do passageiro e essa preterição tenha resultado em dano a ele, a punição poderá ser agravada, resultante de um risco assumido pela empresa aérea, mas, novamente, não será a prática em si passível de punição, na esfera civil, caso não resulte em qualquer dano.

²⁷ Art. 22. A preterição será configurada quando o transportador deixar de transportar passageiro que se apresentou para embarque no voo originalmente contratado, ressalvados os casos previstos na Resolução nº 280, de 11 de julho de 2013.”

²⁸ Conforme os seguintes artigos: “Art. 21. O transportador deverá oferecer as alternativas de acomodação, reembolso e execução do serviço por outra modalidade de transporte, devendo a escolha ser do passageiro, nos seguintes casos:

I - atraso de voo por mais de quatro horas em relação ao horário originalmente contratado;

II - cancelamento de voo ou interrupção do serviço;

III - **preterição de passageiro**; e

IV - perda de voo subsequente pelo passageiro, nos voos com conexão, inclusive nos casos de troca de aeroportos, quando a causa da perda for do transportador”; “Art. 23. Sempre que o número de passageiros para o voo exceder a disponibilidade de assentos na aeronave, o transportador deverá procurar por voluntários para serem acomodados em outro voo mediante compensação negociada entre o passageiro voluntário e o transportador. § 1º A acomodação dos passageiros voluntários em outro voo mediante a aceitação de compensação não configurará preterição. § 2º O transportador poderá condicionar o pagamento das compensações à assinatura de termo de aceitação específico” e “Art. 24. **No caso de preterição, o transportador deverá, sem prejuízo do previsto no art. 21 desta Resolução, efetuar, imediatamente, o pagamento de compensação financeira ao passageiro**, podendo ser por transferência bancária, voucher ou em espécie, no valor de: I - 250 (duzentos e cinquenta) DES, no caso de voo doméstico; e II - **500 (quinhentos) DES, no caso de voo internacional.**” (Grifos nossos)

3.2 A controvérsia sob análise do STF

Após o início da vigência do Código de Defesa do Consumidor, em março de 1991, durante quase três décadas, o tema da antinomia aparente entre o CDC e a Convenção de Varsóvia (que vigeu no Brasil a partir de 1931) e, posteriormente, entre o CDC e a Convenção de Montreal (a qual substituiu a Convenção de Varsóvia em 2006) foi levado à apreciação do STF, visto que havia uma polêmica na comunidade jurídica sobre qual norma aplicar aos casos de danos ao passageiro e/ou à sua bagagem, na prestação do serviço de transporte aéreo internacional, decorrente de fato ilícito.

Por considerar ser a lei pátria consumerista mais vantajosa aos consumidores, uma vez que ela prevê, por exemplo, reparação integral do dano decorrente da má prestação do serviço, boa parte dos magistrados brasileiros, dos Juizados Especiais Cíveis ao Superior Tribunal de Justiça, desprestigiava as Convenções de Varsóvia e de Montreal e lançava mão do CDC, e até mesmo do Código Civil, para decidir os conflitos relativos à relação de consumo em transporte aéreo internacional de passageiros. Os limites de indenização estabelecidos nas convenções foram ignorados em muitas decisões, impondo-se às empresas aéreas, por exemplo, o pagamento de indenizações por extravio de bagagem superiores aos estabelecidos nas Convenções. Da mesma forma e pela mesma razão, em muitos casos, considerou-se o prazo prescricional de cinco anos do CDC em face do prazo de dois anos das Convenções.

As empresas aéreas nacionais e estrangeiras operadoras de voos internacionais no Brasil, durante décadas, demandaram pelo respeito às Convenções. Um dos principais argumentos era de que transportavam, no mesmo voo, passageiros com direitos bastante diferentes. Em caso de indenização ao passageiro que havia adquirido a passagem aérea fora do Brasil (especialmente em países que respeitavam os limites de indenização previstos nas convenções), era previsível, em regra, o valor máximo de uma casual indenização. Já, no caso do passageiro que havia celebrado o contrato no Brasil, uma eventual indenização em decorrência de decisão judicial poderia superar muitas vezes o limite da convenção, sendo rotineiramente imprevisível.

Não havia, portanto, uniformidade na maneira como o Judiciário brasileiro enfrentava a questão, refletindo de forma gravosa na segurança jurídica, tanto interna quanto na internacional. A Corte Suprema lidou com a questão em algumas oportunidades e, nem ali, o

entendimento era uniformizado, ora optando-se pela prevalência do CDC, ora pela das Convenções internacionais, sem, contudo, reconhecer a repercussão geral do tema até 2009²⁹.

3.2.1 Oscilações Jurisprudenciais

Como é frequente a respeito de temas difíceis, o STF, no transcurso dos anos, mudou sua forma de decidir a respeito de qual norma deveria ser aplicada nas lides envolvendo a relação de consumo entre empresas aéreas e seus passageiros na prestação do serviço aéreo internacional.

Conforme aponta Saliba (2017, p. 435), a primeira manifestação do Supremo sobre o tema foi em 1996, quando ainda vigia a Convenção de Varsóvia (visto que, no Brasil, a de Montreal a substituiu apenas em 2006), ao analisar o Recurso Extraordinário nº 172.720/RJ, relatado pelo Ministro Marco Aurélio. A Segunda Turma discutiu se era cabível a condenação em danos morais em razão de extravio de bagagem em voo internacional, concluindo unanimemente pela aplicabilidade. Extraí-se a Ementa:

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - OBSERVAÇÃO MITIGADA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SUPREMACIA. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimentos e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.

O STF decidiu, na ocasião, que havia limites às indenizações por danos materiais a serem pagas pelas empresas aéreas quando da execução do contrato de transporte aéreo internacional, mas que cabia também o pagamento de compensações por danos morais, não sendo estas limitadas, aplicando-se, para o último caso, o CDC, em observância aos incisos V e X do artigo 5º, da Constituição Federal³⁰.

²⁹ Em 02 de outubro de 2009, o Tribunal reconheceu, por maioria, a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, em análise do Agravo de Instrumento 762.184/RJ.

³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

O Ministro Francisco Rezek entedia, porém, que não havia conflito entre a indenização da Convenção de Varsóvia e o texto constitucional, pois o dano a que a Convenção se referia abarcava não somente o dano material, mas também o moral. Ele foi foto vencido, nesse aspecto, o qual trataremos mais adiante.

Em 2006, a Segunda Turma do Supremo conheceu e deu provimento a um Recurso Extraordinário³¹ da Viação Aérea São Paulo S.A. (Vasp), argumentando que o art. 178 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu expressamente que a lei observará reciprocamente os acordos firmados pela União, quanto à ordenação do transporte internacional, e que, portanto, a norma do Código de Defesa do Consumidor é válida para os consumidores em geral, mas que, no caso de contrato de transporte internacional aéreo prevalece o que dispõe a Convenção de Varsóvia, em obediência à norma constitucional citada. Debatia-se a aplicação do prazo prescricional de dois anos da Convenção ou do prazo de cinco anos do Código de Defesa do Consumidor, concluindo-se pelo primeiro.

Em 2009, porém, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 351.750/RJ, o entendimento foi alterado pela Primeira Turma de maneira diametralmente oposta, passando a Corte a entender que, nas relações de consumo entre a empresa aérea e o passageiro, na prestação do serviço aéreo internacional, deveria prevalecer o CDC e não as Convenções de Varsóvia e Montreal (nessa época, já incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro). O Professor Saliba (2017, p. 436) resume:

[...] Entendeu o Tribunal, nesse caso, que “afastam-se as normas especiais [...] da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. [...] Vale destacar, nesse julgado, o entendimento apresentado pelo Ministro Ayres Britto em seu Voto-vista, no qual assinalou que a interpretação do art. 178 da Constituição deve ser norteadada pela defesa do consumidor, que constitui direito fundamental (art. 5º, XXXII) e princípio da ordem econômica (art. 170, V). No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Cezar Peluso, ao dizer que “conquanto o art. 178 [...] determine a ordenação do transporte mediante lei, não pode esta limitar nem tampouco aniquilar, na prática, o princípio da defesa do consumidor.

[...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

³¹ RE nº 297.901-5/RN de relatoria da Ministra Ellen Gracie, publicado no DJ de 31 de março de 2006.

Em 2012, a Primeira Turma do STF negou provimento a um agravo regimental em face de decisão do Ministro Marco Aurélio, o qual negou seguimento ao Recurso Extraordinário nº 391.032/RJ, interposto pela Viação Aérea Rio-Grandense (Varig), que buscava afastar o dano moral em decorrência de atraso de voo internacional, condenando-a, ainda, a multa por litigância de má-fé. Extraí-se a ementa:

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL – ATRASO - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - OBSERVAÇÃO MITIGADA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SUPREMACIA. O fato de a convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação, cumpre observar a Carta Política da República, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.

3.2.2 Posicionamento mais recente da Suprema Corte

Em 2014, deu-se início ao julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ e do Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618/SP, concluído em maio de 2017.

A empresa aérea Air France interpôs Recurso Extraordinário (RE 636.331/RJ), contra um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) que, levando em conta a existência de relação de consumo entre as partes, determinou que a reparação pelo extravio de bagagem deveria ser integral, nos termos do artigo 14 do CDC, e não segundo o artigo 22 da Convenção de Varsóvia. Entendeu-se que, após a vigência CDC, havendo antinomia entre ele e a Convenção (legislação especial), prevalecia o código consumerista por ser mais atual, afastando-se a disposição do artigo 178 da Constituição.

Por sua vez, a empresa Air Canada interpôs Agravo em Recurso Extraordinário (ARE 766618/SP), contra decisão da Primeira Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Santo André/SP, o qual aplicou o CDC e manteve a condenação da empresa ao pagamento de indenização por danos morais a uma passageira, por atraso de doze horas em voo internacional. A empresa pedia a reforma da decisão, alegando que o prazo de prescrição de ação de responsabilidade civil decorrente de atraso de voo internacional deveria seguir os parâmetros

da Convenção de Montreal, sucessora da Convenção de Varsóvia, que é de dois anos, e não do CDC, cuja prescrição é quinquenal (STF, 2017)³².

Em 25 de maio de 2017, com o fim do julgamento, o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral relativa ao tema 210 (limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia), nos seguintes termos:

Nos termos do artigo 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.

3.2.3 Exposição dos votos proferidos no julgamento e de suas teses

O Ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ, apontou em seu voto três aspectos a serem enfrentados: (i) a possibilidade de conflito entre o princípio constitucional imperativo sobre a defesa do consumidor e a regra do art. 178 da Constituição, (ii) a superação da aparente antinomia entre a regra do art. 14 do CDC e as regras do art. 22 da Convenção de Varsóvia e (iii) o alcance dessas normas internacionais, quanto à natureza jurídica do contrato e do dano causado.

Para o Ministro, a ordem econômica não é norteadada apenas pela proteção ao consumidor, razão pela qual não é a única diretriz a ser observada na solução do caso. Deve haver uma compatibilização entre a proteção do consumidor e a obrigação de o Brasil respeitar seus compromissos internacionais assumidos em matéria de transporte, conforme determina a Carta Magna.

No trato da aparente antinomia, nada impede que as normas do CDC sejam derogadas por norma especial e/ou posterior ao Código, ainda que mais restritiva. O Ministro entende que o CDC é norma geral para as relações de consumo e que as Convenções são normas para uma modalidade especial de contrato, o de transporte aéreo internacional de passageiros. Com relação ao tema da especialidade, o Ministro Gilmar Mendes cita passagem do voto do Ministro

³² Conforme notícia publicada no sítio eletrônico do STF: “Transporte aéreo deve seguir convenções internacionais sobre extravio de bagagens”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344530>. Acesso em 30 de junho de 2020.

Eros Grau no RE 351.750. Vale a pena a reprodução, pois, não só compara os diplomas legais aqui em análise, mas também configura importante contraponto à tese de Herman Benjamin de que seria o CDC norma “especialíssima”. Vejamos:

04. Os atributos da especialidade e da generalidade, que apartam as normais gerais das especiais, derivam de um juízo de comparação entre duas normas. Norma geral e norma especial não são geral e especial em si e por si, mas sempre relativamente a outras normas. Assim, uma norma é geral em relação à outra, pode ser tida como especial em face de uma terceira. Por outro lado, a norma geral é dotada de uma compreensão [conjunto das notas de cada norma] menor e de uma extensão [sujeitos aos quais cada norma se dirige] maior, ao passo que a norma especial é dotada de uma compreensão maior e de uma extensão menor.

05. Consumado o juízo de comparação, teremos que o Código de Defesa do Consumidor é lei especial em relação ao Código Civil. Não obstante, se o compararmos com o Código Brasileiro de Aeronáutica e com as disposições de Varsóvia, teremos ser ele lei geral em relação – repito para deixar claro – ao Código Brasileiro de Aeronáutica e às disposições da Convenção de Varsóvia.

Com relação ao alcance das normas das Convenções, defende que os limites indenizatórios valem apenas para a reparação do dano material. Não se aplicaria à compensação do dano moral, pois o artigo 22 da Convenção de Varsóvia não faz qualquer referência a esse tipo de compensação e porque seriam incompatíveis a natureza do bem jurídico tutelado (intangível) e a imposição de um limite quantitativo previamente estabelecido.

O caso concreto julgado, conforme já dito, era sobre a possibilidade de se limitar ou não as indenizações decorrentes do extravio de bagagens, mas o Ministro registrou que a mesma lógica jurídica deveria estender-se para todos os casos em que houvesse conflito normativo entre o CDC e os acordos internacionais internalizados à ordem jurídica brasileira no trato do transporte internacional.

A posição do Ministro Relator quanto à abrangência restrita aos danos materiais das limitações o fez propor a seguinte tese:

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”. (Grifos nossos)

O Ministro Luís Roberto Barroso, relator do Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618/SP, em linha com o voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do outro processo também em julgamento, apontou que estava muito claro ser as Convenções de Varsóvia e Montreal normas específicas em relação ao CDC, no que tange ao contrato de serviço no transporte aéreo internacional. Asseverou, porém, que a solução à controvérsia não seria dada por meio dos critérios clássicos de solução de antinomias do Direito brasileiro, caso contrário, a discussão não teria chegado até a Corte Constitucional. O que que havia levado a discussão até o último grau recursal era o fato de que o artigo 178 da Constituição brasileira prevê um critério para a solução de tal antinomia. Segundo ele,

[...] a Constituição fez um pouco o papel que a antiga Lei de Introdução ao Código Civil – hoje, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – faz em termos de regras de sobredireito. Por conseguinte, aqui há uma regra de sobredireito constitucional que indica como é que se deve solucionar esta controvérsia.

O caso concreto analisado pelo Ministro tratava do prazo prescricional da ação de reparação civil e seu voto foi a favor de se respeitar os dois anos estabelecidos pelas Convenções. Para ele, prevalece o interesse de uniformização das regras no transporte aéreo internacional, e fica garantida a isonomia entre todos os consumidores do serviço. Além disso, o País passa a pôr em prática os compromissos assumidos com as demais nações signatárias.

O Ministro Barroso também teceu considerações quanto à posição da Procuradoria-Geral da República, em favor da prevalência do Código consumerista, defendida com base em argumentos sobre o inciso XXXII do artigo 5º da CRFB. O Ministro entende que o princípio de defesa do consumidor é uma norma de princípio institutivo, que impõe um dever de atuar ao legislador. Já, o artigo 178 é uma regra específica, um comando inequívoco a ser obedecido. Conclui afirmando que “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 [...]”.

Em debate, o Ministro Gilmar Mendes assevera que observar a regra do artigo 178 não resulta em anular os direitos do consumidor: “não se trata de nulificar a proteção do consumidor, mas também de realizar isso na complexa tessitura da cooperação internacional.”

Em linha, o Ministro Barroso reforça que a opção pela preponderância das Convenções não desproverá o consumidor brasileiro de proteção. Se assim fosse, a Corte se pronunciaria frente à inconstitucionalidade das Convenções. Conclui sugerindo a seguinte tese em sede de repercussão geral:

Por 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.

O Ministro Teori Zavascki propôs que a controvérsia fosse resolvida pela regra de solução de antinomias da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, já que ambas as Convenções têm força de lei ordinária no ordenamento pátrio, sem menção ao artigo 178. Para ele, as Convenções são especialíssimas em relação ao CDC e a Convenção de Montreal é posterior ao CDC, o que possibilitaria resolver a divergência tanto pelo critério de especialidade quanto pelo critério cronológico. O ministro propôs uma solução simplificada, apenas pela afirmação de que a Convenção de Montreal estava plenamente vigente e que, portanto, só poderia ser afastada pela declaração de inconstitucionalidade, o que não seria o caso. Sugeriu que bastava afirmar a preponderância das Convenções, sem fundamentá-la e sem qualquer menção ao artigo 178, nestes termos: “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.”

Interessante a intervenção do Ministro Joaquim Barbosa, Presidente da Corte à época da primeira fase do julgamento (2014): “Afirmar tese é sempre perigoso, sobretudo, numa matéria tão delicada como esta.”

A Ministra Rosa Weber iniciou seu voto afirmando que seria muito difícil firmar tese de tamanha envergadura e que resolveria o caso aplicando a norma mais favorável ao consumidor, a parte vulnerável na relação, visto a paridade normativa entre os diplomas, todos leis ordinárias. Importante a interrupção do Ministro Barroso, esclarecendo que, não fosse o artigo 178, ele também tenderia a optar, por força da Constituição, pela norma mais favorável, razão pela qual insistia em firmar a tese sugerida por ele com fulcro no artigo 178.

Em importante intervenção, o Ministro Luiz Fux distinguiu os princípios das regras constitucionais (que compõem o gênero norma), um fenômeno do neoconstitucionalismo,

lembrando que toda a doutrina clássica sobre o tema entende que os princípios não prevalecem sobre as regras.

Após vista do processo, já na fase conclusiva do julgamento, em 2017, a Ministra Rosa Weber retoma a discussão e chama a atenção para ponderações do Ministro Cezar Peluso, feitas em 2009, quando do seu voto-vista no Recurso Extraordinário nº 351750/RJ, em especial quanto à incompatibilidade do modelo de limitação de responsabilidade da Convenção de Varsóvia com o denominado “princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita”, presente nos incisos V e X do art. 5º da Constituição. Para o Ministro, um direito fundamental constitucional não se submete à reserva de lei restritiva e, caso se submetesse, as regras de limitação da Convenção não passariam pelo crivo da proporcionalidade. Em oposição à indenizabilidade irrestrita, a Ministra entende que é sim compatível com a Carta Magna o limite de responsabilidade, quando em patamares razoáveis. Vejamos:

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. (Grifos nossos)

A Ministra entende que os limites da Convenção de Varsóvia são razoáveis e proporcionais, pois conferem equilíbrio à relação entre o direito de propriedade do passageiro e a segurança jurídica necessária para a atuação do transportador aéreo internacional. Registra, contudo, que essa é sua posição apenas quanto à indenização de danos materiais decorrentes de perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem (matéria do Recurso Extraordinário), sem estender tais conclusões aos casos de morte e dano físico ao passageiro.

Com relação ao tema da prescrição, a Ministra entende que, para além das regras clássicas de solução de antinomias, obrigatório observar o artigo 178, pois ele teria conferido aos acordos internacionais sobre transporte aéreo, aquático e terrestre firmados pelo Brasil “excepcional status supralegal”, na medida em que leis internas devem observar tais acordos.

Ademais, entende ser razoável o prazo de dois anos, pois há, inclusive, o mesmo prazo prescrito na Constituição (art. 7º, XXIX) para as do trabalhador em face do ex-empregador.

A Ministra propõe, então, no que tange especificamente à responsabilidade do transportador aéreo internacional por danos materiais decorrentes da perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem, a tese que será fixada pelo Supremo, desta forma:

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.

O Ministro Luiz Fux inicia seu voto com uma abordagem econômica do Direito, expondo a preocupação quanto às consequências perante a comunidade internacional de o Brasil desrespeitar os tratados internacionais, assim como os reflexos disso no chamado "Risco Brasil". Na sequência, recorre a Norberto Bobbio para repisar que “a lei posterior, geral, ela não derroga a lei anterior especial.”

O Ministro Ricardo Lewandowski menciona que baseou seu voto nos argumentos trazidos no artigo “A Convenção de Montreal e a responsabilidade civil no transporte aéreo internacional”, da juíza Helena Campos Refosco, para quem a observância dos acordos internacionais em debate não resulta em vulnerabilidade dos direitos do consumidor brasileiro, uma vez que são razoáveis os limites estabelecidos. A tese sustenta-se nos seguintes argumentos: (i) segurança jurídica em âmbito internacional e respeito à reciprocidade, lembrando que as empresas brasileiras que operam voos internacionais têm as garantias das Convenções respeitadas nos tribunais estrangeiros; (ii) segurança jurídica interna, resultando em celeridade processual e ampliando o acesso à justiça; (iii) aplicação do critério cronológico de solução de antinomias; (iv) aplicação do critério da especialidade para a solução de antinomias; (v) observância do artigo 178 da Constituição.

O Ministro entende que esse último argumento é decisivo, pois se sobrepõe às normas constitucionais do art. 5º, XXXII, e do art. 170, V, especialmente no transporte internacional, tendo como justificativa as especificidades do transporte aéreo internacional. Trata-se de escolha política do legislador constitucional, e não exclui a aplicação subsidiária da legislação

pátria. Por fim, sugere incluir o tema do dano moral na discussão, pois entende que também estão contemplados pelos limites das Convenções.

A Ministra Carmem Lúcia, presidente do STF à época, votou pela prevalência das Convenções com base nos seguintes argumentos, em síntese: (i) a lei que dispuser sobre transporte internacional deve observar, por força do artigo 178 da Constituição, os acordos firmados pela União, nos casos de reciprocidade, sob pena de ser declarada, nesse aspecto, inconstitucional; (ii) o CDC não versa sobre transporte aéreo internacional, logo não se sobrepõe aos tratados internacionais sobre esse tema específico, razão suficiente para afastar sua incidência naquilo que se contrapuser às Convenções; (iii) “as convenções internacionais teriam “força supralegal”, não podendo ser descumpridas por lei ordinária, mas apenas pela superveniência de denúncia do tratado”; (iv) as limitações previstas nas Convenções não resultam em desproteção do consumidor, uma vez que os valores nelas dispostos são suficientes para preservar o princípio do art. 170, V da Carta Magna.

Os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin votaram com os relatores, sem maiores destaques a acrescentar.

De forma contrária, votaram os Ministros Marco Aurélio e o Ministro Celso de Mello.

O Ministro Marco Aurélio limitou-se aos seguintes argumentos: (i) os tratados e as convenções ratificadas pelo Brasil têm força de lei ordinária, com uma única exceção, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; (ii) a relação de consumo entre o transportador aéreo e o passageiro é uma relação de consumo, devendo ser regida pelo CDC, em detrimento à Convenção de Varsóvia e o Protocolo de Haia, anteriores ao CDC. O Ministro considerou apenas a Convenção de Varsóvia (internalizada no Brasil em 1931) e o Protocolo de Haia (internalizado em 1965), desprezando o Protocolo 4 de Montreal (internalizado em 1998) e a própria Convenção de Montreal (internalizada em 2006).

O Ministro Celso de Mello apresentou um voto substancial em defesa da prevalência do CDC, do qual destacamos os principais argumentos: (i) apesar de a Convenção de Montreal ter reduzido o desequilíbrio na relação entre transportadores e passageiro, ainda se verifica tratamento jurídico claramente favorável às empresas; (ii) critérios ortodoxos de solução de antinomias não podem ser usados “para nulificar direito fundamental assegurado em favor do consumidor, qualquer que seja a natureza da relação de consumo envolvida”; (iii) pelo critério

hierárquico, deve prevalecer o CDC, pois é regramento protetivo, e a cláusula de proteção ao consumidor, que tem fundamento constitucional, encerra declaração de direito fundamental, sobrepondo-se, portanto, às outras normas constitucionais sem tal caráter preponderante; (iv) o contrário importará em “grave prejuízo ao consumidor”; (v) a proteção ao consumidor é resguardada por cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV); (vi) a defesa do consumidor é princípio estruturador da ordem econômica (CF, art. 170, V), “destinado a neutralizar o abuso do poder econômico praticado em detrimento das pessoas e de seu direito ao desenvolvimento e a uma existência digna e justa”; (vii) os direitos do consumidor não têm caráter absoluto, porém são “valores essenciais e condicionantes de qualquer processo decisório que vise a compor situações de antagonismo resultantes das relações de consumo”; (viii) máxima eficácia deve ser extraída dos direitos assegurados ao consumidor; (ix) a prática negocial e a liberdade de atuação empresarial tampouco se revestem de caráter absoluto, razão pela qual “não criam, em torno dos organismos empresariais, inclusive das empresas de transporte aéreo internacional, qualquer círculo de imunidade”; (x) o Poder Público deve coibir “situações e práticas abusivas que possam comprometer a eficácia do postulado constitucional de proteção e amparo ao consumidor”; e, por fim, (xi) os direitos fundamentais têm eficácia horizontal na ordem jurídico-privada, uma vez que também incidem sobre as relações de caráter meramente privado, extrapolando a relação entre Estado e indivíduo.

4 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A DECISÃO

O Supremo Tribunal Federal pôs fim a uma discussão que se arrastava há décadas, resolvendo acertadamente que, em prestígio ao artigo 178 da Constituição Federal, são as Convenções de Varsóvia e de Montreal as que devem ser observadas pela Justiça brasileira nas ações envolvendo o transporte aéreo internacional de passageiros. Há, porém, um aspecto importante que parece não ter sido resolvido: caso haja condenação em dano moral, o *quantum* também deverá ser computado nos limites indenizatórios?

4.1 O dano moral e a tese fixada: a polêmica continua

Conforme apontado por Refosco, na vigência da Convenção de Varsóvia, era majoritário o entendimento da jurisprudência brasileira de que os limites indenizatórios ali previstos recaíam, exclusivamente, sobre o dano material, pois, em 1929, quando escrita a Convenção, ainda não se cogitava tal instituto. Tampouco os diplomas que emendaram a Convenção de Varsóvia fizeram qualquer alteração nesse sentido.

As empresas aéreas alegavam que, por força da Convenção, não cabia compensação por dano moral, mas tal argumento, conforme já visto, foi afastado pelo STF, pois a garantia de compensação pelo dano moral tem fundamento na Constituição da República (artigo 5º, incisos V e X). A compensação por dano moral arbitrada, no Brasil, não era, portanto, computada nos limites estabelecidos.

Na Convenção de Montreal, o termo dano tampouco foi adjetivado³³, abrindo-se, então, margem para uma discussão: em caso de condenação por dano moral, o *quantum debeat* também está limitado aos valores previstos na Convenção? O que se pode afirmar, com certeza, é apenas que a Convenção de Montreal proíbe que a compensação tenha caráter punitivo³⁴.

³³ No texto original em inglês, usa-se apenas o termo *damage*.

³⁴ Conforme o artigo 29 da Convenção de Montreal: “No transporte de passageiros, de bagagem e de carga, toda ação de indenização de danos, seja com fundamento na presente Convenção, em um contrato ou em um ato ilícito, seja em qualquer outra causa, somente poderá iniciar-se sujeita a condições e limites de responsabilidade como os previstos na presente Convenção, sem que isso afete a questão de que pessoas podem iniciar as ações e quais são seus respectivos direitos. **Em nenhuma das referidas ações se outorgará uma indenização punitiva, exemplar**

Refosco (2011, p. 72) defende que não tem fundamento acreditar que a Convenção trate exclusivamente do dano material, quando se refere a dano. Categoricamente, afirma que os limites de responsabilidade previstos na Convenção de Montreal incluem tanto os danos materiais quanto os danos morais. Para ela, “muitos dos ilícitos apontados na Convenção causam danos que podem ser exclusivamente morais, como pode suceder com os decorrentes de atraso de voo ou de atraso na entrega da bagagem. [...] Nestes casos, os danos morais ocorrem *in re ipsa*, e não dependem de prova do dano para sua configuração.” Reforça seu argumento dizendo que a Convenção de Montreal deve ser interpretada à luz da Constituição, a qual prevê indenização pelo o dano moral e que, portanto, não se pode afastá-lo.

Seguindo o pensamento da autora, o Ministro Ricardo Lewandowski sugeriu, conforme foi visto, incluir o tema do dano moral na discussão durante o julgamento, uma vez que concorda estarem também contemplados pelos limites das Convenções.

A Ministra Rosa Weber, porém, propôs que a tese a ser fixada recaísse exclusivamente sobre a responsabilidade do transportador aéreo internacional por danos materiais decorrentes da perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem. Ao fim, o texto por ela proposto foi o adotado, mas não está claro se os demais Ministros também concordaram quanto a não inclusão do dano moral na tese fixada.

Não é possível afirmar, com segurança, que o STF tenha solucionado tal dúvida, mesmo após findado o julgamento. Conforme apontou a exposição dos votos feita no capítulo anterior, ventilou-se que os limites indenizatórios deveriam recair apenas sobre os danos materiais, mas nada se concluiu a respeito. Entende-se que a Corte Suprema desperdiçou excelente oportunidade (e não se sabe quando será a próxima!) de responder conclusivamente se o *quantum* para as compensações por dano moral está ou não limitado pelos tetos indenizatórios das Convenções.

ou de qualquer natureza que não seja compensatória.” (Grifos nossos) Sobre o tema dos *punitive damages*, Roland explica que “a possibilidade dessas indenizações inviabilizaria ou dificultaria muito a atividade aeronáutica, uma vez que as transportadoras são obrigadas a fazer seguro, cujo custo é repassado ao passageiro, encarecendo a passagem e reduzindo o número de passageiros e, em consequência, o lucro da atividade”. (2015, p. 50)

Vejamos um exemplo claro de que a controvérsia sobre o dano moral persiste. Em 14 de abril de 2018, o Ministro Luís Roberto Barroso admitiu embargos de divergência, no âmbito do já citado RE351.750/RJ, nestes termos:

Nos termos do artigo 335, § 1º, do RI/STF, dou parcial provimento aos embargos de divergência para conhecer e prover o recurso extraordinário e, com isso, determinar às instâncias de origem que apreciem novamente o feito, **levando em consideração que a norma internacional que rege a matéria deve prevalecer sobre Código de Defesa do Consumidor para eventual condenação de empresa aérea internacional por danos morais e materiais.** (Grifos nossos)

Para o Ministro Barroso, portanto, nenhuma dúvida de que a tese fixada pela Corte abarca o dano moral. No Superior Tribunal de Justiça, porém, tal certeza não se verifica. Pelo contrário, em notícia³⁵ divulgada no sítio eletrônico do Tribunal, cujo título é “Para Terceira Turma, dano moral a passageiro de voo internacional não se submete à Convenção de Montreal”, em 19 de junho de 2020, lemos:

Embora seja norma posterior ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) e constitua legislação especial em relação aos contratos de transporte aéreo internacional – com prevalência, segundo o Supremo Tribunal Federal, sobre a legislação consumerista interna –, a Convenção de Montreal não pode ser aplicada para limitar a indenização devida aos passageiros em caso de danos morais decorrentes de atraso de voo ou extravio de bagagem, tendo em vista que o tratado internacional alcança apenas as hipóteses de dano material.

Como já era de se esperar, inconformada com a decisão, a recorrente, levou o caso ao STF. Sem dúvidas, a Corte já poderia ter deixado inequívoco seu posicionamento quando da fixação da tese. Sem dúvidas, o País desperdiça, sem poder, importantes recursos em tantas idas e vindas processuais.

4.2 Posicionamento perante a decisão da Suprema Corte

³⁵ Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Terceira-Turma--dano-moral-a-passageiro-de-voo-internacional-nao-se-submete-a-Convencao-de-Montreal.aspx>. Acesso em 06 de outubro de 2020.

O Código Brasileiro de Aeronáutica e a Constituição de 1988, não à toa, apontam que as regras internacionalmente acordadas são as que devem ser seguidas pelo Brasil, em caráter de reciprocidade, no trato das questões relativas ao transporte aéreo internacional, inclusive no que tange ao direito do consumidor. O legislador que aprovou a internalização da Convenção de Montreal no direito pátrio, o fez sabendo das limitações de responsabilidade nela estabelecidas, mas também consciente dos benefícios trazidos pela uniformização das regras em plano internacional.

Conforme demonstrado, parte da doutrina e da jurisprudência afirmava que o artigo 178 da Constituição só deveria ser observado quando o acordo internacional resultasse em incremento ao rol dos direitos do consumidor já existentes no direito pátrio. Aqueles que repudiavam a aplicação da Convenção, naquilo em que ela conflita com o CDC e com o Código Civil, partem do pressuposto de que a Convenção de Montreal retira direitos do consumidor brasileiro garantidos por esses dois diplomas, o que não é exatamente uma verdade, se o cenário for analisado de forma mais abrangente. O instituto da limitação de responsabilidade não retira a possibilidade de uma reparação plena. Tampouco se pode dizer que o prazo prescricional de dois anos seja insuficiente para se iniciar uma ação indenizatória, mesmo porque o mesmo prazo é previsto no Código Civil para a ação relativa a prestações alimentares.

O mandamento constitucional do artigo 178, só seria legitimamente afastado, caso a regra internacional menosprezasse as garantias mínimas conferidas ao consumidor brasileiro, o desassistindo. Não é, porém o que acontece ao se aplicar a Convenção de Montreal no trato das lides que envolvem relação de consumo. Em se tratando do evento morte, por exemplo, os sucessores da vítima têm a garantia da responsabilidade objetiva e de receber 128.821 DES (o que equivale a mais de um milhão de reais³⁶) e, naquilo que exceder esse valor, a garantia de culpa presumida, com a inversão do ônus da prova. O consumidor também conta com as hipóteses mencionadas de afastamento dos tetos indenizatórios (conduta dolosa ou temerária do fornecedor).

Com relação à bagagem despachada, caso queira elevar o valor de uma possível indenização, o consumidor poderá fazer uma declaração de valor suplementar e pagar por ela. Conforme visto, tal previsão também existe no artigo 734 do Código Civil. Definitivamente, isso não é um vilipêndio ao direito do consumidor. Essa prática, inclusive, é bastante corriqueira

³⁶ Conforme cotação obtida no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil (1 DES equivale a R\$ 7,96). Disponível em <https://www.bcb.gov.br/conversao>. Acesso em 02 de outubro de 2020.

em outros ramos da atividade econômica. Ao se despachar um objeto de valor pelos Correios, uma empresa estatal, por exemplo, existe a possibilidade de se pagar um seguro suplementar referente ao bem. Quem não precisa ou não deseja o serviço, não paga por ele. Não seria razoável se a Empresa de Correios e Telégrafos tivesse que aumentar o valor de todo o seu serviço, por ser obrigada a contratar um seguro ilimitado para todos os seus clientes. Da mesma forma, não soa lógico que todos os consumidores da aviação civil internacional, no Brasil, paguem pelo risco adicional imputado à empresa aérea, decorrente de insegurança jurídica relativa aos valores das indenizações no País.

Conforme leciona Santana (2014, p. 63), enquanto ainda é desafiador elevar o nível de proteção dos consumidores nos países em desenvolvimento, nos Estados Unidos, desde a década de 1960, o Estado se dedica a essa tutela, na vanguarda do processo global. Na União Europeia, há “diversas diretivas relacionadas à proteção do consumidor e que contribuem para harmonização da relação de consumo e promovem o desenvolvimento da economia.” Em tais países, a Convenção de Montreal é respeitada. Estariam todos eles retrocedendo na histórica proteção aos consumidores, ali consolidada?

Em uma abordagem exclusivamente protecionista, afirma-se que a norma mais benéfica ao consumidor é aquela que não impõem limites às indenizações. Há que se perguntar, porém, quais as consequências disso para o consumidor brasileiro, para a indústria da aviação civil internacional no Brasil e mesmo para o País, ao se desprezar um acordo assinado internacionalmente.

As empresas aéreas, para operar internacionalmente, são obrigadas a contratar seguros, conforme visto. Notório que esses seguros terão custo proporcional aos riscos assumidos pela seguradora, uma vez que se trata de contrato aleatório. Se o Brasil não respeita os limites estabelecidos pelas Convenções e se o judiciário é imprevisível quanto aos valores de indenização, conseqüentemente o seguro para as empresas que operam voos internacionais no Brasil será mais elevado. Não se pode afirmar ao certo o *quantum* desse incremento³⁷, se pode questionar quem, ao fim, pagará pelo valor excedente. Por certo, será o consumidor brasileiro. Outra pergunta, então se impõe: o desprezo aos compromissos assumidos internacionalmente é mais benéfico para quem? Para todos os consumidores? Ou apenas para aqueles que recorrem

³⁷ Saliba e Souza mencionam um estudo feito no âmbito da OACI, na década de 1990, concluindo que o incremento não passaria de dois dólares por bilhete aéreo. Mais de duas décadas depois, porém, principalmente devido ao crescimento do número de empresas de baixo custo operacional, tal informação mereceria ser atualizada.

à Justiça quando sofrem danos? E os interesses dos demais, aqueles que usam o transporte e nenhum problema enfrentam, mas pagam uma passagem mais cara?

Importante computar esse custo suplementar ao já elevado “custo Brasil”, inflacionado por outros itens como a complexa legislação tributária, o que só contribui para deixar o País menos atrativo para empresas internacionais que aqui cogitam operar. A presença de menos empresas no País resulta em muitas rotas internacionais não atendidas ou operadas por uma ou duas empresas. Sem concorrência, não há pressão para que o preço das passagens caia.

Não por acaso, a Agência Nacional de Aviação Civil vem, desde sua criação, trabalhando para equiparar a regulação brasileira ao melhor regramento internacional³⁸, pois é consciente de que o Brasil em muito destoava, e ainda destoa, mas hoje em menor proporção, daquilo que se pratica nos mercados mais dinâmicos e competitivos. No mesmo sentido, o Poder Executivo (por meio de medidas provisórias) e o Congresso Nacional (aprovando tais medidas provisórias) vêm alinhando a legislação brasileira àquilo que se pratica nos países mais desenvolvidos em termos de aviação civil³⁹.

Algumas consequências da não observância da Convenção de Montreal para a indústria (em especial para as chamadas empresas de baixo custo operacional) podem ser parecidas com aquelas que Roland enxerga se as indenizações punitivas não tivessem sido

³⁸ A esse respeito pode-se citar que “após a edição da Resolução nº400/2016, as empresas aéreas podem vender passagens aéreas com diferentes tipos de franquias de bagagem despachada ou até mesmo sem a franquia, para passageiros que optarem por não utilizar esse serviço”. Disponível em <https://www.anac.gov.br/assuntos/passageiros/bagagens>. Ainda, “a liberdade tarifária para voos internacionais com origem no Brasil e destino na América do Sul foi plenamente implantada em setembro de 2008 e para os demais destinos em abril de 2010, nos termos das Resoluções ANAC nº 16/2008 e nº 83/2009, respectivamente. Até então, vigorava a Norma de Serviço Aéreo Internacional (NOSAI) TP-033, editada em 1993 pelo Departamento de Aviação Civil, que não permitia a oferta de passagens com valores inferiores aos pisos tarifários estabelecidos para voos com origem no Brasil” resultando no fato de que “a proporção de passagens vendidas com tarifas aéreas inferiores aos valores de referência estabelecidos pelas Resoluções ANAC nº 16/2008 (destino na América do Sul) e nº 83/2009 (demais destinos) cresceu em todos os continentes desde 2011, tendo alcançado 83,2% para a América do Sul em 2016, 67,8% para a Europa e 67,5% para a América do Norte. Em 2011, as proporções desses continentes foram de 62,1%, 22% e 24,8%, respectivamente.” Disponível em <https://www.anac.gov.br/noticias/2017/anac-divulga-o-primeiro-relatorio-sobre-tarifas-aereas-internacionais>

³⁹ Como exemplos: a edição da Medida provisória nº 863/2018, convertida na Lei nº 13.842/2019, que abriu o setor aéreo ao capital estrangeiro, revogando “exigências previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica para concessão de serviços aéreos públicos, dentre as quais destacam-se: (a) que 80% do capital com direito a voto seja pertencente a brasileiros; (b) que a direção seja confiada exclusivamente a brasileiros; (c) que as ações com direito a voto sejam nominativas na hipótese em que a empresa for constituída sob a forma de sociedade anônima; e (d) que os atos constitutivos e modificações dependam de prévia autorização da autoridade aeronáutica”; e a edição da Medida provisória nº 925/2020, convertida na Lei nº 14.034/2020, que alterou o Código Brasileiro de Aeronáutica, adicionando o Art. 251-A, *in verbis*: “A indenização por dano extrapatrimonial em decorrência de falha na execução do contrato de transporte fica condicionada à demonstração da efetiva ocorrência do prejuízo e de sua extensão pelo passageiro ou pelo expedidor ou destinatário de carga.”

proibidas na Convenção: encarecimento do valor da passagem, redução do número de passageiros e, em consequência, o lucro da atividade.

Ademais, o transporte internacional de passageiros é, na atualidade, um meio bastante seguro, em especial no Brasil. Os desastres são bastante esporádicos envolvendo aeronaves daqueles países mais criteriosos com relação à observância das regras internacionais de segurança. Segundo a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), o Brasil é um dos cinco países mais seguros do mundo⁴⁰. O último acidente em voo internacional envolvendo um serviço no País foi em 2009, vindo a vitimar fatalmente 216 passageiros e os 12 tripulantes do voo Air France nº 447. Deve-se analisar esses números frente àqueles que demonstram o fluxo de pessoas que usam o transporte aéreo internacional no País. Somente em 2019, quase 12 milhões de pessoas chegaram no Brasil ou saíram daqui em voos internacionais (11,7 milhões desembarcaram no Brasil advindos do exterior e 11,9 milhões de pessoas deixaram o País⁴¹).

Importante também não perder de vista que o Brasil deve honrar seus compromissos internacionais assumidos voluntariamente e, caso o STF não tivesse decidido pelo respeito às Convenções, correríamos o risco de ser acionados na Corte Internacional de Justiça, conforme apontaram Saliba e Souza.

Acertada, portanto, a decisão do STF, pois ponderou todos os aspectos que envolviam tão espinhosa controvérsia, concluindo pelo respeito às Convenções reguladoras do transporte aéreo internacional, o que não desampara o consumidor brasileiro e é benéfico ao País, assim como à indústria como um todo.

⁴⁰ Sobre o assunto: “a Organização de Aviação Civil Internacional (OACI) encaminhou para a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) o resultado final da auditoria presencial realizada entre os dias 9 e 13 de novembro de 2015 na sede da Agência, em Brasília. O resultado final da OACI aponta que o Brasil obteve 95,07% de conformidade no *Universal Safety Oversight Audit Programme - Continuous Monitoring Approach (USOAP CMA)*, programa lançado em resposta às preocupações sobre a adequação da vigilância da segurança operacional da aviação civil em todo o mundo. O resultado alcançado pela Agência coloca o Brasil entre os cinco países com melhores indicadores relacionados à segurança operacional, atrás somente do Canadá, Singapura, Coreia do Sul e Emirados Árabes Unidos (veja abaixo o ranking com os 15 melhores países avaliados). Na avaliação anterior da OACI, realizada em 2009, a Agência ocupava apenas a 21ª posição nessa avaliação, com nota de 87,6%.” Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2016/oaci-ratifica-o-brasil-entre-os-melhores-avaliados-em-seguranca-operacional>. Acessado em 02/10/2020.

⁴¹ Disponível em <https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/consulta-interativa/demanda-e-oferta-origem-destino>. Acessado em 29/09/2020.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vistas as contradições existentes entre o Código de Defesa do Consumidor e as Convenções de Varsóvia e de Montreal, especificamente no que tange ao limite de responsabilidade civil (em casos de danos ao passageiro e à bagagem durante a prestação do serviço) e ao prazo prescricional, assim como também vistos os diferentes pontos de vista doutrinários, conclui-se que deve prevalecer a aplicação dos acordos internacionais sobre a legislação consumerista na resolução das lides levadas a cargo da apreciação do judiciário brasileiro, conforme a acertada decisão do STF.

Com relação ao tema de limitação da responsabilidade civil, é necessário para a indústria da aviação que haja uma padronização de valores indenizáveis no plano internacional, razão pela qual, desde a década de 1930, por meio da Convenção de Varsóvia, vários países aderiram ao Acordo. A aviação civil internacional desenvolveu-se à luz desse entendimento e ratificou esse modelo na década de 1990, quando da celebração da Convenção de Montreal, que veio a substituir o sistema de Varsóvia. Conforme elucidado, era danoso ao sistema concorrencial que empresas aéreas tivessem segurança jurídica com relação ao *quantum* de indenizações em países signatários das Convenções (e que, efetivamente, as cumpram) e não o tivessem no Brasil, signatário da Convenção, internalizada desde 2006, mas desrespeitada por parte do Poder Judiciário brasileiro até 2017.

A limitação de responsabilidade das indenizações pagas pelas empresas aéreas não significa retrocesso à proteção do consumidor. O consumidor que comprar um bilhete internacional, no Brasil, assim como os consumidores dos países onde as Convenções de Montreal e Varsóvia são respeitadas, saberão com exatidão até que valor sua vida, sua integridade física e sua bagagem estão cobertos por um seguro. Caso optem por contratar um valor maior (no caso de bagagem), poderão pagar pelo valor escolhido e terão a cobertura. Sabendo-se que o valor da passagem aérea tem intrínseco o valor desse seguro, não é justo que o consumidor brasileiro pague mais por uma passagem aérea em decorrência da insegurança jurídica causada pela não observância do Brasil aos acordos de que é signatário.

Isso não bastasse, ainda pesa o fato de que não faz sentido algum que o Brasil seja signatário de um acordo internacional, o internalize sem ressalvas quanto às cláusulas de limitação de responsabilidade e prescrição e não o cumpra, com o argumento de que a legislação

internacional é menos protetiva que a nacional. Fizesse o País, então ressalvas às respectivas cláusulas da Convenção.

Caberá, ainda, ao STF elucidar, definitivamente, se a tese fixada recai ou não sobre indenizações que visam a compensar o dano moral. Uma vez isso esclarecido, enquanto se respeita o compromisso internacional, legítima a discussão suscitada por Saliba e Souza, os quais fazem a ressalva de que as regras de limitação das indenizações estabelecidas pela Convenção de Montreal devem ser atualizadas, tema que objetivo desenvolver em futura dissertação de mestrado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Convenção de Montreal de 1999 e o Transporte Aéreo Internacional no Brasil. *Revista de Direito Aeronáutico e Espacial*, v. 91, dez. 2008.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. A proteção constitucional do direito do consumidor na dinâmica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. *Universitas/JUS*, v. 24, n. 1, p. 11-24, jan./jun2013.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O Transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 100, p. 23-37, jul./ago. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2018.

BRASIL. *Decreto Nº 5.910, de 27 de setembro de 2006*. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em: 1º nov. 2018.

BRASIL. *Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 1º nov. 2018.

BRASIL. *Decreto Nº 20.704, de 24 de novembro de 1931*. Promulga a Convenção de Varsóvia, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. Rio de Janeiro, 1931. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm>. Acesso em: 1º nov. 2018.

BRASIL. *Lei Nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986*. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>. Acesso em: 1º nov. 2018.

BRASIL. *Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 1º nov. 2018.

BRASIL. *Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 1º nov. 2018.

BRASIL. *Resolução Anac Nº 400, de 13 de dezembro de 2016*. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário [...] *RE172.720/RJ*. Segunda turma. Recorrente: Sérgio da Silva Couto. Recorrido: Iberia Lineas Aereas de España S.A. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 de fevereiro de 1996. Diário da Justiça.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário [...] *RE297.901/RN*. Segunda turma. Recorrente: Viação Aérea São Paulo S/A – VASP. Recorrido: Janekelly Ribeiro Rêgo. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 07 de março de 2006. Diário da Justiça.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com agravo. [...] *ARE 766.618/SP*. Plenário. Recorrente: Air Canada. Recorrido: Cintia Cristina Giardulli. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 25 de maio de 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/jefferson.pereira/Desktop/Estudos/DIREITO/TCC%20-%20CDC%20x%20VARSOVIA-MONTREAL/Julgados/downloadPeca.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com repercussão geral. [...] *RE 636.331/RJ*. Plenário. Recorrente: Société Air France. Recorrido: Sylvia Regina de Moraes Rosolem. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313246068&ext=.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2018.

DEFOSSEZ, Delphine Aurelie Laurence. Consumer law in Constitution: a big mistake? The specific case of aviation in Brazil. *Revista de Investiga  es Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 61-83, set./dez. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

REFOSCO, Helena. A Convenção de Montreal e a Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo Internacional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 46, p. 53-78, 2011.

ROLAND, Beatriz da Silva. O diálogo das fontes no Transporte aéreo internacional de passageiros: ponderações sobre a aplicabilidade da Convenção de Montreal e/ou CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 38-70, maio/jun. 2015.

SALIBA, Aziz Tuffi; SOUZA, Alexandre Rodrigues de. A aplicabilidade da convenção de Montreal no direito brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 430-448, 2017.

SANTANA, Héctor Valverde. Proteção Internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação. *Revista de Direito Internacional*, v. 11, n. 1, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Transporte aéreo deve seguir convenções internacionais sobre extravio de bagagens. *Notícias STF*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344530>. Acesso em: 1º nov. 2018.

VIGLINO, Mickael R. Transporte aéreo e direito transnacional: da convergência    uniformidade. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 159-174, 2016.