

LIMITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: ANÁLISE DA RECENTE ALTERAÇÃO DE POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LIMITATION OF THE DUTY TO INDEMNIFY IN THE INTERNATIONAL AIR CARRIAGE: ANALYSIS OF THE RECENT AMENDMENT OF SUPREME COURT UNDERSTANDING

Diana Paiva de Castro *
Milena Donato Oliva **

Como citar: CASTRO, Diana Paiva de; OLIVA, Milena Donato. Limitação da indenização no transporte aéreo internacional: análise da recente alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 126-143, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p126. ISSN: 2178-8189.

*Mestre em Direito Civil em 2018
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Graduada em Direito em 2015
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
E-mail:
dianapaivadecastro@cerm.adv.br

**Doutora em Direito em 2013 pela
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Mestre em Direito Civil em 2008
pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Graduada em Direito em 2005
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
E-mail: mdo@tepedino.adv.br

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar criticamente o conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e as Convenções de Varsóvia e Montreal em tema de limitação do dever de indenizar no transporte aéreo internacional, consoante os novos contornos dados ao tema a partir de recente decisão do Supremo Tribunal Federal, de 25 de maio de 2017, que, alterando o entendimento até então consolidado, estabeleceu, em sede de repercussão geral, a prevalência das Convenções internacionais em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Reparação integral. Transporte aéreo internacional. Convenção de Varsóvia. Convenção de Montreal.

Abstract: The purpose of the present article is to critically analyze the conflict between the Consumer Protection Code and the Warsaw and Montreal Conventions on the subject of limitation of the duty to indemnify on the international air carriage, according to the new contours given to the subject after the recent decision of the Supreme Court, dated May 25, 2017, that, altering the previously consolidated understanding, established, with general repercussion, the prevalence of the international Conventions over the Consumer Protection Code.

Keywords: Consumer law. Full compensation. International air carriage. Warsaw Convention. Montreal Convention.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, ao alçar a dignidade da pessoa humana a fundamento da República e a solidariedade social a objetivo da República, promoveu a superação do paradigma individualista e patrimonialista de outrora. A pessoa humana, concretamente considerada em sua vulnerabilidade, e não mais o sujeito anônimo e abstrato, passa a ser o foco da proteção jurídica (FACHIN; PIANOVSKI, 2008, p. 102). Nesse cenário, as situações existenciais gozam de prioridade valorativa em face das situações patrimoniais (PERLINGIERI, 2008, p. 121-122).

Como reflexo de tal axiologia, que tem no princípio da dignidade o valor máximo a ser realizado, a Constituição assegura a proteção da pessoa humana que enfrenta o mercado de consumo em condição de vulnerabilidade, comparativamente ao fornecedor de produtos e serviços. A tutela do consumidor foi elevada a direito fundamental, previsto no art. 5º, XXXII, e a princípio da ordem econômica, nos termos do art. 170, V, ambos da Constituição. Para fins de concretização do mandamento constitucional, foi promulgado, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que busca propiciar efetivo equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores.

Dentre as matérias tratadas no Código de Defesa do Consumidor, destaca-se a inadmissibilidade da limitação do dever de indenizar danos causados pelo fornecedor, na medida em que o diploma legal assegura o direito à reparação integral. Nesse ponto, contudo, o CDC entra em rota de colisão com Convenções que regulamentam o transporte aéreo internacional, ratificadas e promulgadas no direito brasileiro, as quais preveem limites legais máximos de indenização. Este conflito data de 1990, a partir do advento do CDC, cuja previsão do direito básico do consumidor à reparação integral passou a contrastar com as regras da Convenção de Varsóvia, promulgada no Brasil em 1931, que fixam tetos de indenização. A jurisprudência se consolidou, a partir dos anos 2000, no sentido da prevalência do CDC em face da Convenção de Varsóvia. Em seguida, em 2006, com a promulgação da Convenção de Montreal, substitutiva da Convenção de Varsóvia, que manteve a sistemática de estipulação de limites legais ao dever de indenizar, o debate voltou à tona. O resultado, entretanto, não foi alterado, mantendo-se o entendimento predominante no sentido da proteção do consumidor em detrimento das Convenções. Mais recentemente, todavia, em 25 de maio de 2017, o tema ganhou renovados contornos com a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto dos RE 636.331 e ARE 766.618, em sede de repercussão geral, que, alterando o posicionamento jurisprudencial até então vigente, estabeleceu a prevalência das Convenções de Varsóvia e de Montreal em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Nessa toada, o presente artigo visa a examinar a (in)admissibilidade da limitação legal ao dever de indenizar no transporte aéreo internacional frente ao comando constitucional de proteção do consumidor. Para tanto, parte-se do estudo da disciplina do Código de Defesa do Consumidor e das Convenções de Varsóvia e de Montreal a respeito da responsabilidade civil do fornecedor do serviço de transporte, delimitando-se os pontos de divergência entre os diplomas. Passo adiante, analisa-se o julgamento conjunto pelo STF do RE 636.331 e do ARE 766.618, de modo a se identificarem os contornos das hipóteses fáticas enfrentadas e os argumentos que

embasaram a decisão. Por fim, empreende-se a investigação crítica do tema à luz da metodologia civil-constitucional, consoante a premissa metodológica de tutela privilegiada da pessoa humana em situação de vulnerabilidade.

1 A LIMITAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR NAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E DE MONTREAL E O DIREITO À REPARAÇÃO INTEGRAL PREVISTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), consubstancia direito básico do consumidor a plena reparação de seus danos patrimoniais e morais, não podendo o fornecedor se exonerar ou mesmo limitar sua responsabilidade. Excepcionalmente, em se tratando de consumidor pessoa jurídica¹ – jamais pessoa física² –, pode haver limitação de responsabilidade do fornecedor, desde que seja justificável, nos termos do art. 51, I, do CDC. O direito à reparação integral é assegurado tão fortemente no CDC que é disciplinado em diversos preceitos: artigos 6º, VI,³ 25⁴ e 51, I.⁵ A preocupação do CDC com a efetividade desse direito pode ser constatada, ainda, pela possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 28, § 5º, quando esta, de alguma forma, representar obstáculo à reparação dos danos sofridos pelo consumidor.

Por outro ângulo, em tema de transporte aéreo internacional, a limitação do dever de indenizar é regida pela Convenção de Varsóvia, de 12 de outubro de 1929, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 20.704/1931, e pela Convenção de Montreal, de 28 de maio de 1999, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.910/2006.

A Convenção de Varsóvia, com as alterações ocasionadas pelo Protocolo de Haia, de 1955, pelo Protocolo da Guatemala, de 1971, e pelo Protocolo nº 4 de Montreal, de 1975, prevê como limites legais ao dever de indenizar: (i) 250 mil francos no caso do transporte de pessoas (art. 22, 1); (ii) 250 francos por quilo no caso do transporte de bagagens, salvo declaração especial de valor e pagamento de taxa suplementar (art. 22, 2, a) e (iii) 17 direitos especiais de saque por

1 Já se posicionou o TJRJ no sentido de considerar válida, no transporte de carga em relação considerada de consumo, cláusula contratual que ofereça à expedidora duas opções: o pagamento do frete correspondente ao valor declarado da mercadoria ou do frete reduzido, sem referência ao valor da carga a ser transportada, hipótese em que a transportadora se beneficiará da limitação do dever de indenizar por avaria na mercadoria, desde que esta não represente ínfimo valor (TJRJ, Ap. Cív. 2009.001.07844, 13ª C.C., Rel. Des. Antonio José Azevedo Pinto, julg. 15.7.2009). Sobre o tema, v. tb. TJPR, Ap. Cív. 1203773-5, 11ª C.C., Rel. Des. Rui Portugal Bacellar Filho, julg. 5.8.2015.

2 Nesse sentido, cf. TJSP, AI 7286498900, 11ª C.D.Priv., Rel. Des. Soares Levada, julg. 16.1.2009.

3 Art. 6º, CDC. “São direitos básicos do consumidor: [...] VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

4 O artigo 25, situado na Seção III, “Da responsabilidade por vício do produto e do serviço”, do Capítulo IV, “Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos”, do CDC, dispõe que “é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”, de modo a alcançar também a Seção II do Capítulo IV, relativa à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Proscreeve-se, assim, a limitação e a exclusão do dever de indenizar por vício e fato do produto e do serviço.

5 O artigo 51, I, do CDC, lista, no rol de cláusulas abusivas, o ajuste de não indenizar e complementa o tratamento da matéria ao diferenciar a disciplina incidente para o consumidor pessoa física e para o consumidor pessoa jurídica. Segundo o dispositivo, afiguram-se “nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que impossibilitem, exonem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”. De outro giro, prevê que “nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”. A respeito da axiologia que orienta tal vedação legal, v. Farina (2005) e Meli (2010).

quilo no caso do transporte de mercadorias, observadas as mesmas condições do item (ii) (art. 22, 2, b). Veda, ainda, a cláusula de exoneração do dever de indenizar ou a que estipule valor inferior ao fixado na Convenção (art. 23). Ademais, afasta a incidência dos limites legais diante de dolo ou culpa grave do transportador (art. 25). Estabelece, em significativo avanço para a época, regime de responsabilidade civil por culpa presumida (PEDRO, 2012). Com relação à prescrição, dispõe o artigo 29 que “a ação de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada, ou do dia, em que a aeronave, devia ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte”.

Na Convenção de Montreal, substitutiva da Convenção de Varsóvia e atualmente em vigor para a disciplina do transporte aéreo internacional, são fixadas as seguintes limitações ao dever de indenizar: (i) 100.000 direitos especiais de saque na hipótese de morte ou lesão do passageiro (art. 21); (ii) 4.150 direitos especiais de saque no caso de atraso no transporte de pessoas (art. 22, 1); (iii) 1.000 direitos especiais de saque por passageiro na hipótese de destruição, perda, avaria ou atraso no transporte de bagagem, salvo declaração especial de valor e pagamento de taxa suplementar (art. 22, 2); (iv) 17 direitos especiais de saque por quilograma no caso de destruição, perda, avaria ou atraso no transporte de carga, com as mesmas ressalvas do item (iii) (art. 22, 3). Ainda, conforme os artigos 25 e 26, admite-se que o transportador fixe limites superiores aos previstos em lei, ou se comprometa com a reparação integral, vedando-se a pactuação de cláusula de exoneração do dever de indenizar ou de limites inferiores aos legais. Afasta-se, uma vez mais, a limitação do dever de indenizar em caso de dolo ou culpa grave do transportador (art. 22,5). Em tema de prazo prescricional, o artigo 35 dispõe que “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”.

Com relação ao regime de responsabilidade civil, a Convenção de Montreal adotou o sistema da responsabilidade objetiva para as hipóteses de dano à carga (art. 18) e de dano à bagagem registrada (art. 17, 2). No caso de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga, o modelo é o subjetivo com presunção de culpa (art. 19). Por fim, na hipótese de lesão ou morte de passageiro, acolheu-se o regime de responsabilidade objetiva até o limite de 100.000 direitos especiais de saque e, a partir deste teto, o sistema de presunção de culpa (arts. 17, 1 e 21).

Duas principais controvérsias a respeito da incidência desses diplomas internacionais⁶ devem ser enfrentadas. A primeira diz com a possibilidade de se pleitear, para fatos previstos nas Convenções e para os quais foi fixado teto ressarcitório, a reparação de danos morais para além de tais limites. Isso porque as Convenções não fazem menção a tais espécies de danos, surgindo dúvida se eles se encontram abarcados pelos valores nelas constantes a título de reparação máxima.

A segunda dificuldade se associa ao conflito entre tais documentos internacionais e o Código de Defesa do Consumidor: enquanto os primeiros estipulam teto para a reparação civil, o

6 A Convenção de Varsóvia, embora substituída pela de Montreal, ainda é aplicada para fatos ocorridos durante sua vigência. Sobre o ponto, v. nota 13.

CDC institui, enfaticamente, o direito à reparação plena ao consumidor pessoa física, o qual não pode, em nenhuma circunstância, ser arrefecido.

No que se refere à primeira controvérsia, o melhor entendimento consiste em reputar os danos morais não abrangidos pelas Convenções, que versariam apenas sobre as lesões patrimoniais. Embora tais Convenções, ao contemplarem a restrição do dever de indenizar, tenham silenciado quanto à compensação dos danos morais e tenham proscrito a indenização para além do teto estipulado (art. 24, 2, Convenção de Varsóvia; art. 29, Convenção de Montreal), daí não decorre que essa espécie de danos não seria ressarcível ou que deveria se sujeitar ao teto nelas previsto.

Ilustre-se o debate com o limite de mil direitos especiais de saque previsto na Convenção de Montreal para o extravio de bagagem. Ocorrida a perda, cumpre investigar se o teto de aproximadamente R\$ 4.724,90⁷ abarcaria apenas a indenização dos danos materiais sofridos (v.g., valor das bagagens, de seu conteúdo e de eventuais despesas do consumidor para compensar a ausência de seus pertences durante a viagem internacional) ou também a reparação de danos morais.

Nada obstante existir entendimento de que a omissão legislativa significaria a impossibilidade de reparação de danos morais para além dos limites previstos nas Convenções (CAVALCANTI, 2002), tal orientação, a rigor, não se coaduna com a Constituição da República de 1988. Com efeito, a compensação por danos morais associa-se à lesão à dignidade humana (MONTEIRO FILHO; CASTRO, 2017), erigida a epicentro do ordenamento pela Constituição e, portanto, insuscetível de qualquer limitação, tabelamento ou mesmo exclusão de responsabilidade.⁸ Nessa direção, destaque-se, ainda, o artigo 5º, incisos V e X, da Constituição, que consagram como cláusula pétreia e direito fundamental a reparação por danos morais. As Convenções internacionais, como toda lei, devem ser interpretadas à luz da tábua axiológica constitucional (PERLINGIERI, 2008). Interpretar a Constituição consoante as Convenções internacionais, de modo a excluir a reparação além do teto legal, constituiria verdadeira subversão hermenêutica (TEPEDINO, 2006). Mesmo no plano infraconstitucional, ressalte-se, a compensação de danos morais é assegurada pelo artigo 186 do Código Civil, a qual pode ser perfeitamente cumulada com a indenização por danos patrimoniais, oriundos do mesmo fato, conforme reconhecido pelo Enunciado 37 da Súmula do STJ desde 1992.

Com relação à segunda controvérsia anunciada, embora tais Convenções comportem plena incidência nas relações paritárias – para as quais, advirta-se, vale o quanto já dito acerca da impossibilidade de limitação ao direito à compensação por danos morais, uma vez que este decorre diretamente da Constituição da República –, colidem, nas relações de consumo, com as previsões dos referidos artigos 6º, VI, 25 e 51, I, do CDC – aplicáveis aos danos morais e materiais –, que, como visto, vedam a exoneração e a limitação do dever de indenizar diante de consumidor

7 Cotação disponível em <http://www2.correios.com.br/sistemas/efi/consulta/cotacaomoeda/>.

8 Nesse sentido, posicionou-se o STF em 1996, mesmo na vigência da primeira fase jurisprudencial (sobre essas fases, v. item 2 deste texto), em que prevaleciam as convenções internacionais em face do CDC (STF, RE 172.720, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 6.2.1996).

pessoa física, admitindo apenas a limitação em face de pessoa jurídica em situação justificável. O regime de responsabilidade civil adotado também se afigura diverso: enquanto o Código de Defesa do Consumidor acolhe o sistema da responsabilidade objetiva (artigos 12 e 14, CDC), as Convenções se valem, nas hipóteses já analisadas, da técnica de presunção de culpa⁹ (TEPEDINO, 2008; MARQUES; SQUEFF, 2017).

Note-se que, mesmo a técnica da presunção da culpa na responsabilidade contratual, embora inovadora a seu tempo, mostra-se impotente nos casos em que os danos necessariamente advirão, em razão dos riscos de certas atividades, independentemente do zelo ou das precauções que se adotem (SILVA, 1974). O CDC surge neste contexto da consagração da responsabilidade objetiva no direito brasileiro, assegurando que o consumidor será ressarcido independentemente de culpa do fornecedor, justificando-se a objetivação da responsabilidade, nas relações de consumo, em razão da vulnerabilidade do consumidor.¹⁰

Além disso, como terceiro ponto de divergência em relação ao CDC ao lado da limitação dos danos materiais e da presunção de culpa, tem-se a fixação de prazo prescricional, pelas Convenções, de apenas 2 anos (art. 35, Convenção de Montreal; art. 29, Convenção de Varsóvia), ao passo que o CDC prevê lapso temporal de 5 anos para ressarcimento de danos sofridos pelo consumidor oriundos de fato do serviço ou do produto (art. 27, CDC).

A respeito do referido conflito de leis, a jurisprudência já oscilou em três fases. Na primeira, prevaleceram as Convenções internacionais em face do CDC.¹¹ Todavia, nos anos 2000, a orientação das duas Turmas que compõem a Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça foi alterada, passando a se consolidar o entendimento no sentido da incidência do CDC em detrimento das Convenções.¹² Esta segunda fase perdurou de 2000 a 2017, quando a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE 636.331 e do ARE 766.618, de 25 de maio de 2017, inaugurou a terceira fase, ao estabelecer: “por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.¹³ É o que se passa a analisar.

2 O JULGAMENTO DO RE 636.331 E DO ARE 766.618 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

9 Como visto, esta é a regra geral na Convenção de Varsóvia. Já na Convenção de Montreal, o sistema de presunção de culpa incide para os casos de lesão ou morte do passageiro em que a extensão do dano causado ultrapasse o montante de 100.000 DES e para as hipóteses de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga.

10 Excepciona-se a responsabilidade civil objetiva do fornecedor em se tratando de profissional liberal, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC.

11 STJ, REsp 58.736/MG, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 13.12.1995; STJ, REsp 156.238/RJ, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. 7.6.1999.

12 STJ, REsp 209.527/RJ, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 15.12.2000; STJ, REsp 171.506/SP, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 21.9.2000. Mais recentemente, cf. STJ, AgInt no AREsp 874.427/SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 4.10.2016; STJ, AgRg no AREsp 607.388/RJ, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 16.6.2016. No âmbito do STF, v. RE 351.750, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto, julg. 17.3.2009.

13 STF, RE 636.331, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 25.5.2017; STF, ARE 766.618, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 22.5.2017. A esse respeito, aduziu recentemente o STJ que “diante da tese fixada pelo STF, é necessária a reorientação da jurisprudência anteriormente consolidada nesta Corte Superior” (STJ, REsp 1.707.876/SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 5.12.2017).

O caso concreto julgado pelo STF no RE 636.331 dizia com extravio de bagagem em transporte aéreo internacional ocorrido em 3 de outubro de 2005, de modo que se aplicava à espécie a Convenção de Varsóvia. Isso porque a Convenção de Montreal, de 28 de maio de 1999, somente foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.910/2006. Em primeira instância, a indenização de danos materiais foi fixada consoante a previsão da Convenção, que, como visto, limita o *quantum* ao patamar de 250 francos por quilo, salvo declaração especial de valor e pagamento de taxa suplementar (art. 22, 2, a). A compensação de danos morais, a seu turno, foi arbitrada em 6 mil reais. Em sede de apelação, por outro lado, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que prevalecia, na hipótese, a incidência do Código de Defesa do Consumidor, de modo a não admitir a limitação da indenização dos danos materiais ao teto fixado na Convenção. Deu-se procedência ao montante de R\$ 7.171,00 de danos materiais pleiteado pela consumidora e majorou-se a reparação de danos morais para R\$ 10.000,00. O recurso extraordinário ajuizado tinha como objetivo a reforma da indenização de *danos materiais*, não se referindo, portanto, à compensação de danos morais. Ao julgar a lide, a Corte deu provimento ao recurso, limitando o *quantum* ao teto da Convenção de Varsóvia.

Na hipótese do ARE 766.618, julgado conjuntamente com o RE 636.331 pelo STF, a discussão se voltava ao prazo prescricional aplicável à pretensão de reparação de *danos morais* movida por consumidora em face de transportadora internacional em virtude de atraso de 12 horas do voo: (i) se o prazo de 5 anos do artigo 27 do CDC ou (ii) se o prazo de 2 anos do artigo 35 da Convenção de Montreal. Na espécie, a aeronave havia chegado ao destino em 28 de setembro de 2006 e a ação proposta em 26 de maio de 2009. A primeira e a segunda instância do Tribunal de Justiça de São Paulo condenaram a empresa ao pagamento de seis mil reais a título de reparação de danos morais à passageira. A decisão, contudo, foi revertida no STF. Prevaleceu, na hipótese, a incidência da Convenção de Montreal,¹⁴ que aqui, frise-se, incidiu para a compensação de danos morais. Considerou-se, assim, prescrita a pretensão.

Vê-se que as ações julgadas em conjunto versavam sobre dois problemas diversos: a limitação do valor da indenização de danos materiais e a prescrição da pretensão de reparação de danos morais, incidindo, no primeiro caso, a Convenção de Varsóvia e, no segundo, a Convenção de Montreal. No julgamento de 25 de maio de 2017, o STF, por maioria, com apenas dois votos vencidos, fixou, repita-se, a seguinte tese com repercussão geral: “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 julgamento se iniciou em 8 de maio de 2014 e, em virtude de pedido de vista, foi concluído em 25 de maio de 2017. A publicação do acórdão, a seu turno, se deu em 13 de novembro de 2017.

Os argumentos em prol da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal giram em torno de três principais eixos. O primeiro diz com o caráter especial das Convenções internacionais sobre

14 Nesse sentido já havia se posicionado o STF no RE 297.901, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 7.3.2006.

transporte aéreo em face do Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, segundo a regra exposta no artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), as leis especiais prevalecem sobre as gerais (*lex specialis derogat legi generali*). Nesse sentido, sustentou-se que “a Convenção de Varsóvia e os regramentos internacionais que a modificam são normas especiais em relação ao Código de Defesa do Consumidor, que é norma geral para as relações de consumo”. Assim, o CDC trata da “generalidade das relações de consumo, ao passo que as referidas Convenções disciplinam uma modalidade especial de contrato, a saber, o contrato de transporte aéreo internacional de passageiros”.¹⁵

O segundo argumento se relaciona ao critério cronológico de solução de antinomias, previsto no artigo 2º, § 1º, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), segundo o qual a lei posterior prevalece sobre a anterior (*lex posterior derogat legi priori*). Assim, considerando que o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado em 11 de setembro de 1990, a Convenção de Varsóvia promulgada em 24 de novembro de 1931, mas alterada pelo Protocolo nº 4 de Montreal, introduzido no direito brasileiro pelo Decreto 2.861, de 7 de dezembro de 1998, e a Convenção de Montreal promulgada em 27 de setembro de 2006, tais acordos internacionais posteriores a 1990 afastariam a incidência do CDC.¹⁶

O terceiro fundamento, a seu turno, se volta à aplicação, na espécie, do artigo 178 da Constituição da República, segundo o qual “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”. A proteção do consumidor, segundo o raciocínio, não seria absoluta, podendo ser derogada por norma mais restritiva, de que é exemplo o artigo 178, o qual solucionaria o conflito de leis em favor das Convenções internacionais, na medida em que determina a sua observância.¹⁷ Afirma-se, nesse sentido, que a previsão constitucional do referido dispositivo atribuiria *status* supralegal às Convenções relativas ao transporte internacional.¹⁸

Desse modo, segundo a tese vencedora, entre a *regra* insculpida no artigo 178 e o *princípio* de defesa do consumidor previsto nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição da República, não haveria que se falar em ponderação, predominando em todo caso a regra. Favorecer-se-ia, assim, a cooperação internacional, assegurando a observância das Convenções pelo Brasil.¹⁹

15 Trecho do inteiro teor do RE 636.331.

16 “*Lex posterior derogat priori*: trata-se de brocardo consagrado pelo artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil. Sua incidência se justifica porque, embora a Convenção de Varsóvia seja anterior à legislação nacional de que tratamos, as modificações nela introduzidas são mais recentes, razão pela qual o critério cronológico justifica a incidência do regramento internacional” (Trecho do inteiro teor do ARE 766.618).

17 “[...] o dispositivo constitucional estabelece um critério especial de solução de antinomias: em matéria de transporte internacional, conflitos entre lei e tratado resolvem-se em favor do segundo. Trata-se, portanto, de uma norma de sobredireito – como os demais critérios de resolução de conflitos normativos –, que se singulariza, porém, por seu *status* formal: cuidando-se de um comando constitucional, o art. 178 prepondera sobre outros critérios (como o da especialidade) caso apontem soluções diversas para o mesmo caso” (Trecho do inteiro teor do ARE 766.618).

18 “Parece-me, aliás, que, conquanto os referidos tratados não versem sobre direitos humanos, a eles o Poder Constituinte conferiu excepcional *status* supralegal, ao erigir, no texto magno, regra segundo a qual as leis internas devem observar os acordos internacionais sobre transporte aéreo, aquático e terrestre firmados pela República Federativa do Brasil” (Trecho do inteiro teor do ARE 766.618).

19 “[...] a hipótese claramente não é de ponderação, porque não se pondera uma norma de princípio institutivo, convocatória da atuação do legislador, a meu ver, com uma regra que até prevaleceria sobre um eventual direito fundamental, porque seria uma determinação específica da Constituição nesse sentido” (Trecho do inteiro teor do RE 636.331); “Antes mesmo da globalização de que hoje se fala com tanta destreza e intensidade, as companhias

Aduziu-se, ainda, no julgamento do RE 636.331, que a possibilidade prevista nos artigos 22, 2, das Convenções de Varsóvia e de Montreal, de que o consumidor proceda à declaração especial de valor e ao pagamento de taxa suplementar para afastar os limites legais e obter a reparação integral de eventual dano sofrido impediria que a decisão de prevalência das Convenções em face do CDC prejudicasse os direitos dos consumidores, eis que estes ainda teriam a garantia de reparação de toda a extensão do dano se seguissem o procedimento e informassem previamente o valor de seus pertences.²⁰

Postas as premissas que orientaram a decisão, passa-se à sua análise crítica.

3 ANÁLISE DA DECISÃO SOB A METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Registre-se, inicialmente, que a busca pelos critérios da especialidade e da cronologia para o deslinde do conflito de leis não parece ser a melhor saída para solucionar a controvérsia. Se o intérprete se deixar seduzir pela especificidade de determinada norma, cedendo ao raciocínio silogístico que possibilita a aplicação isolada da regra para regular certa atividade com exclusão de quaisquer outras, acabará por ignorar a complexidade do ordenamento, abstraindo da precedência dos valores constitucionais, aspecto essencial à unidade do sistema jurídico (TEPEDINO, 2016). Nesse cenário, os tradicionais critérios para a solução de antinomias, a saber, especialidade, hierarquia e temporalidade (BOBBIO, 1960), mostram-se insuficientes para resolver os embates entre as múltiplas normas. A disciplina aplicável, no mais das vezes, deve ser construída não a partir de raciocínio de exclusão de uma norma sobre a outra, mas sim mediante aplicação simultânea das diversas normativas aparentemente conflitantes, que devem ser harmonizadas pelo intérprete (MARQUES, 2016b).

Especificamente em relação ao transporte internacional, o respeito às Convenções deve ocorrer juntamente com a proteção ao consumidor, coordenando-se a aplicação simultânea de tais diplomas, de maneira a se aplicar os documentos internacionais na regulação do transporte e o CDC na proteção ao consumidor. Quer isso dizer que, naquilo que as Convenções contrariarem o CDC, este deve prevalecer,²¹ sem prejuízo da ampla incidência dessas naquilo que se vincular à regulamentação do transporte em si. Na medida em que o Código de Defesa do Consumidor não rege nenhum tipo contratual ou atividade específica, mas trata das relações caracterizadas pelo aspecto subjetivo de presença de consumidores e fornecedores,²² caso se adotasse acriticamente o critério da especialidade, o CDC não comportaria incidência para qualquer negócio jurídico regido

aéreas já compunham esse mundo, que exige uma cooperação e um critério minimamente homogêneo, sob pena de, na verdade, estabelecer-se uma certa anarquia, anomia, perplexidade. Então, aqui me parece que a defesa do consumidor há de ser feita sob a tutela internacional” (Trecho do inteiro teor do RE 636.331).

20 “Ao prever a realização de declaração especial, como requisito para assegurar indenização correspondente ao valor do objeto declarado, independentemente de inquirição sobre a existência de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos, entendo que a Convenção de Varsóvia veicula norma impregnada de racionalidade” (Trecho do inteiro teor do RE 636.331).

21 A respeito da incidência do CDC em detrimento das Convenções, cf. Amaral Júnior (1998), Benjamin (2015), Borges (2005), Calixto (2010), Cavalieri Filho (2014), Col (2002), Finato (2002), Grassi Neto (2007), Marques (1992), Miragem (2015), Nordmeier (2010), Roland (2015), Silva, Silva e Santos (2016) e Tepedino (2008). Em sentido contrário, posicionando-se pela prevalência das Convenções em face do CDC, v. Grau (2005), Nogueira (2009), Pedro (2012), Scramim (2016).

22 Para fins didáticos, afirma-se neste trabalho que o CDC se aplica uma vez presente a relação de consumo. Nada obstante, acolhem-se as observações críticas de Bessa (2007)

por lei especial, como no caso dos contratos de plano de saúde (Lei nº 9.656/1998), do transporte interno (Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei nº 7.565/1986), da incorporação imobiliária (Lei 4.591/1964) e dos contratos bancários (regulamentações do Conselho Monetário Nacional). Tal tese de afastamento da tutela do consumidor diante de leis especiais foi há muito rejeitada em jurisprudência e em doutrina, pacificando-se a incidência do CDC para os contratos de planos de saúde,²³ para a incorporação imobiliária,²⁴ para o transporte interno²⁵ e para os contratos bancários.²⁶ Faz-se mister, assim, à luz da unidade do sistema (PERLINGIERI, 2008), impedir a criação de guetos normativos, sobretudo diante da constatação de que o Código de Defesa do Consumidor também apresenta caráter especial pelo aspecto subjetivo, dotado de prioridade valorativa consoante o tratamento dado às pessoas humanas em situação de vulnerabilidade (BENJAMIN, 2015).

A respeito da incidência do artigo 178 da Constituição da República, a norma extraída do texto legal, como produto da interpretação (GRAU, 2008), diz somente com a observância dos tratados e convenções na edição de leis a respeito do transporte aéreo. Cuida o dispositivo, desta feita, de questões relativas à ordenação do transporte, não já da tutela da pessoa humana em situação de vulnerabilidade. Note-se que, de fato, como ressaltado na decisão, o respeito aos tratados e às convenções pelo Brasil se afigura de grande importância na cooperação internacional, mas a inaplicabilidade das Convenções de Varsóvia e de Montreal diante de consumidores pessoas físicas não significa torná-las letra morta, preservando-se sua integral incidência para relações paritárias, para contratos de adesão em relações civis e para relações de consumo diante de pessoa jurídica consumidora.²⁷

No que tange ao caráter supralegal das Convenções em análise, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacificada no sentido da natureza de lei dos tratados internacionais,²⁸ excepcionada apenas para tratados de direitos humanos, que comportarão *status* de emenda constitucional quando observarem o rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República, ou, não observando, receberão *status* supralegal.²⁹ As Convenções de Varsóvia e Montreal, todavia, não constituem tratados que versam sobre direitos humanos, de modo a se afastar a tese da supralegalidade (ROSSI, 2012). Ao revés, tais Convenções assumem natureza restritiva de direitos quando limitam a garantia da reparação integral dos danos sofridos pelos consumidores.

De outro giro, em contramão à tese sustentada de impossibilidade de ponderação

23 Enunciado 469 da Súmula do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

24 STJ, AgRg no REsp 1.006.765/ES, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 18.3.2014; STJ, REsp 334.829/DF, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 6.11.2001; STJ, REsp 80.036/SP, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, julg. 12.02.1996; TJSP, Ap. Civ. 1019290-49.2015.8.26.0554, 3ª C.D.P., Rel. Des. Marcia Dalla Déa Barone, julg. 16.10.2017.

25 STJ, AgRg no Ag 1.344.297/SP, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti. Brasil, julg. 15.5.2012; STJ, REsp 1.281.090/SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 7.2.2012; STF, RE 351.750. 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto, julg. 17.3.2009. Na doutrina, v. Tepedino (2008, p. 492).

26 Nesse sentido dispõe o art. 3º, CDC. A esse respeito, cf. STF, ADI 2.591/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, julg. 7.6.2006, em que o STF entendeu pela constitucionalidade do referido dispositivo e pela aplicação do CDC às instituições bancárias. Cf. ainda Enunciado 297 da Súmula do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Na doutrina, v. Marques (2016a, p. 574-575) e Pfeiffer (2007, p. 195-196).

27 Nessa esteira, cf. TJSP, Ap. Civ. 1086500-24.2015.8.26.0100, 19ª CDPriv., Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, julg. 18.9.2017.

28 STF, RE 80.004, Tribunal Pleno, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, julg. 1.6.1977.

29 STF, RE 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 3.12.2008.

entre princípio (defesa do consumidor) e regra (incidência do artigo 178 da Constituição), com prioridade absoluta desta última, deve-se sublinhar que, à luz da metodologia civil-constitucional, a unidade entre interpretação e aplicação do direito significa que a ponderação será sempre possível e necessária, entre regras, entre princípios e entre regras e princípios (TEPEDINO, 2014), prevalecendo, em todo caso, o comando que melhor concretizar os valores emanados do texto constitucional, sob pena de se recair em raciocínio subsuntivo de automática incidência da premissa maior sobre a premissa menor (PERLINGIERI, 2008). Na espécie, a solução se orienta para a prevalência da proteção do consumidor, que é direito fundamental e cláusula pétrea no ordenamento brasileiro, insuscetível de ser arrefecida em virtude de norma internacional que não trata de direitos humanos ou fundamentais.

Some-se a isso a possibilidade de violação ao princípio da isonomia, vez que, no âmbito do transporte interno, não se admite a limitação do dever de indenizar dano causado ao consumidor, por força da incidência dos artigos 25 e 51, I, do CDC, mas tal teto reparatório é considerado válido no bojo do transporte internacional. Assim, imagine-se que dois consumidores partam da mesma origem, com o mesmo conteúdo em sua mala, com o mesmo destino, embora um deles tenha tal ponto de chegada como final e o outro como conexão para viagem internacional. Acontecendo o extravio de bagagem desses dois consumidores, o primeiro, em viagem nacional, receberá a reparação integral, enquanto o segundo, em escala para viagem internacional, verá sua indenização limitada em razão da aplicação das Convenções de Varsóvia e de Montreal, sendo que muitas vezes a vulnerabilidade em viagem internacional é ainda maior, por se encontrar o consumidor em país desconhecido, sem domínio da língua local, e com moeda muito mais valorizada do que o real, a denotar que seus danos, potencialmente, tendem a ser maiores que o do consumidor interno (ROLAND, 2015).

Parece, ademais, que a possibilidade contemplada nas Convenções de declaração especial de valor e pagamento de taxa suplementar, situação em que os limites ao dever de indenizar não se colocariam, não retira de pronto o prejuízo dos tetos de indenização às garantias do CDC. Isso porque a declaração especial de valor se refere apenas às hipóteses de dano à bagagem ou à carga, não havendo que se falar em tal possibilidade nos casos de morte ou lesão do passageiro ou de atraso de voo. Além disso, a declaração especial de valor está sujeita a regras específicas das companhias aéreas, com a previsão, em alguns casos, de limites máximos ao valor declarado, bem como de inexistência de cobertura quando o trajeto é operado por mais de uma companhia (BERALDO, 2017).

Desta feita, a solução que melhor se amolda à unidade do sistema diz com, no julgamento do RE 636.331, a impossibilidade de limitação do dever de indenizar dano material pelo extravio de bagagem em relação de consumo com pessoa física, devendo a empresa aérea reparar integralmente o dano. No ARE 766.618, de outro giro, deve-se afastar a incidência do prazo de dois anos previsto na Convenção de Montreal para a pretensão de reparação de dano moral decorrente do atraso no voo, de modo que o prazo prescricional a ser aplicado seria o de cinco anos disposto no artigo 27

do Código de Defesa do Consumidor. Na espécie, como o atraso se deu em setembro de 2006 e a ação foi proposta em maio de 2009, a pretensão não estaria prescrita.

A questão se agrava ainda mais diante da referida controvérsia acerca da incidência das Convenções para a reparação de danos morais, eis que estes, como decorrentes de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, não comportariam exclusão ou reparação sequer em relações livremente negociadas. Com efeito, afiguram-se nulas as cláusulas de não indenizar por danos à pessoa (ALPA, 1999; BIANCA, 1994; LEVENEUR-AZÉMAR, 2017; MALINVAUD; FENOUILLET; MEKKI, 2014; RUPERTO, 2005).

Registre-se que, antes da publicação dos acórdãos do RE 636.331 e do ARE 766.618, que somente se deu em 13 de novembro de 2017, os tribunais inferiores já passaram a seguir a nova tese, fazendo incidir as Convenções de Varsóvia e de Montreal para a limitação da indenização de danos materiais³⁰ e para prescrição da pretensão reparatória no prazo de dois anos.³¹ Em tema de limitação da reparação de danos morais, contudo, a jurisprudência parece sinalizar oscilação, ora adotando postura cautelosa quanto à incidência dos documentos internacionais, continuando a aplicar, na espécie, o Código de Defesa do Consumidor,³² ora reconhecendo a incidência das Convenções mesmo para a restrição da compensação de danos morais.³³

De outra parte, a publicação dos acórdãos, em 13 de novembro de 2017, não solucionou a controvérsia jurisprudencial acerca do alcance da tese em repercussão geral fixada pelo STF, isto é, se as Convenções internacionais prevaleceriam também em tema de reparação de dano moral. Isso porque, embora no julgamento do RE 636.331, que versava sobre a fixação de teto legal para a indenização de danos materiais por extravio de bagagem, os Ministros tenham, em seus votos, ressaltado a inaplicabilidade do entendimento para a compensação de danos morais,³⁴ no julgamento do ARE 766.618, a decisão de preponderância do prazo de dois anos fixado na Convenção de Montreal se deu justamente para fulminar a pretensão de reparação de danos morais. Em outras palavras, no julgamento conjunto, afirmou-se, de um lado, a inaplicabilidade dos limites legais à compensação de danos morais e, de outro, a incidência do prazo prescricional de dois anos previsto nas Convenções internacionais para a reparação de danos morais. A tese fixada em repercussão geral, a seu turno, refere-se apenas à limitação da responsabilidade, sem indicação específica da espécie de dano, se moral ou patrimonial, a gerar cenário de insegurança jurídica

30 TJRS, Ap. Cív. 70073747495, 1ª C.C., Rel. Des Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, julg. 6.9.2017; TJRS, RC 71006331789, 2ª TRC, Rel. Des. Roberto Behrendorf Gomes da Silva, julg. 21.6.2017.

31 TJSC, RI 03009626620168240091, 1ª TRC, Rel. Des. Laudénir Fernando Petroncini, julg. 28.9.2017.

32 TJDF, Processo 07122224620178070016, 1ª TRC, Rel. Des. Aiston Henrique de Sousa, julg. 1.9.2017.

33 TJSP, Ap. Cív. 1031110-33.2014.8.26.0576, 18ª CDPriv., Rel. Des. Henrique Rodriuguero Clavasio, julg. 3.10.2017.

34 “[...] a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se, porque a disposição do art. 22 não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral” (Trecho do inteiro teor do RE 636.331); “Esclareço que o enfoque se dá apenas quanto aos danos materiais, pois, como ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio, quando do início do julgamento deste feito, na sessão de 08.5.2014, a Convenção de Varsóvia não cuidou dos danos morais, não cabendo, nessa perspectiva, estender a estes a aplicação dos limites indenizatórios estabelecidos no mencionado pacto internacional” (Trecho do inteiro teor do RE 636.331).

sobre o tema.^{35,36}

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor, promulgado no direito brasileiro como concretização do comando de proteção da pessoa humana em situação de vulnerabilidade no mercado de consumo, elevado pela Constituição Federal a direito fundamental (art. 5º, XXXII) e a princípio da ordem econômica (art. 170, V), estabelece, em sua sistemática, o direito básico do consumidor à reparação integral, vedando a limitação do dever de indenizar. Na mesma direção, o CDC contempla o regime objetivo de responsabilidade do fornecedor, dispensando a prova pelo consumidor do elemento culpa. Assegura, ademais, em tema de prescrição, o prazo de cinco anos para o exercício da pretensão de reparação de danos pelo consumidor.

Tais previsões, entretanto, contrastam com a disciplina trazida pelas Convenções de Varsóvia e de Montreal, diplomas internacionais ratificados e promulgados no direito brasileiro que regem o transporte aéreo internacional e estipulam, no âmbito da responsabilidade civil do transportador, tetos máximos de reparação, excluindo o direito do consumidor de obter a reparação integral se o dano sofrido ultrapassar o limite legalmente estabelecido. As Convenções se valem, ainda, do regime da responsabilidade por culpa presumida, regra esta de caráter geral na Convenção de Varsóvia e incidente, na Convenção de Montreal, para os casos de lesão ou morte do passageiro em que a extensão do dano causado seja superior ao montante de 100.000 direitos especiais de saque e para as hipóteses de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga. De mais a mais, contemplam as Convenções o prazo prescricional de dois anos para o exercício da pretensão de reparação por perdas e danos, contado a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte.

O referido conflito de leis foi objeto de oscilações jurisprudenciais ao longo das décadas. Com a promulgação do CDC em 1990 e o estabelecimento da controvérsia, o posicionamento inicial se direcionou no sentido da prevalência dos documentos internacionais diante do CDC. Nos anos 2000, no entanto, verificou-se mudança na orientação jurisprudencial consolidada, pacificando-se a incidência do CDC em detrimento das Convenções. A tese vigeu desde então até recente decisão do STF, de 25 de maio de 2017, no julgamento do RE 636.331 e do ARE 766.618, que, em nova

35 Em recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, posterior à publicação dos acórdãos do STF, aduziu-se que também a limitação da reparação de danos morais estaria abrangida pela decisão (TJSP, Ap. Cív. 1000725-55.2017.8.26.0008, 20ª CDPriv., Rel. Des. Rebello Pinho, julg. 11.12.2017). De outro giro, em decisão também recente, restringiu-se o entendimento à indenização de danos materiais (TJSP, Ap. Cív. 1013242-78.2015.8.26.0100, 37ª CDPriv., Rel. Des. Sergio Gomes, julg. 12.12.2017).

36 Ressalve-se que foram opostos embargos de declaração em face das referidas decisões no RE 636.331 e no ARE 766.618. O recurso sugere a adoção do seguinte texto para a tese fixada em repercussão geral: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, *sempre que assegurado no caso concreto o princípio da reciprocidade*, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade por danos materiais das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente a Convenção de Montreal, tem prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor nos temas que regulam (*a saber, danos materiais oriundos de morte e lesão de passageiros, danos à bagagem e atrasos*) e o Código de Defesa do Consumidor tem prevalência nos temas não regulados pela Convenção de Montreal, como danos morais por ilícito, por práticas abusivas e proibição de cláusulas abusivas, overbooking e violações a direitos humanos, sendo a Convenção de Varsóvia e seus valores somente a observar se não viola os valores da Constituição Federal” (grifos no original). Em decisão de 19.2.2018, os embargos foram recebidos como agravo interno no ARE 766.618.

guinada jurisprudencial, estabeleceu a aplicabilidade, em caso de conflito, das Convenções de Varsóvia e de Montreal, não já do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme analisado, o entendimento exposto no julgamento conjunto pelo STF parece ter se orientado no sentido de fragmentar a incidência das disposições das Convenções de Varsóvia e de Montreal. No transporte aéreo internacional, prevalecem os limites contemplados nas Convenções para a indenização de danos materiais. Por outro lado, tratando-se da compensação de danos morais, afastam-se os tetos legais. O prazo prescricional de dois anos previsto nas Convenções, por sua vez, incide tanto para a pretensão de reparação de danos patrimoniais quanto para a de danos morais. Segundo *obiter dictum* no voto de vista, ademais, a incidência do CDC seria preservada para a inversão do ônus da prova de dolo ou culpa grave do transportador (art. 6º, VIII, CDC).³⁷ O principal fundamento da decisão diz com a incidência do artigo 178 da Constituição da República, que solucionaria o conflito de leis no sentido da prevalência dos documentos internacionais ao estipular: “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”.

Em análise crítica do tema, todavia, sustentou-se que a solução que melhor se amolda à tábua axiológica constitucional se orienta no sentido da aplicação simultânea das normas pertinentes ao caso concreto, harmonizando-se a incidência do CDC para a tutela do consumidor e a incidência dos documentos internacionais para a regulação do transporte em si naquilo que não conflitar com o diploma consumerista. Isso porque a tutela do consumidor é dotada de *status* constitucional e de especialidade pelo critério subjetivo, referente à proteção da pessoa humana em situação de vulnerabilidade. Deve-se, desse modo, afastar o perigo de criação de microssistemas, permeando o vetor de proteção do consumidor todo o ordenamento jurídico, ainda que a matéria seja regida por lei especial. A ponderação entre a regra prevista no artigo 178 da Constituição e o princípio contemplado nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição, se afigura possível e necessária, consoante a metodologia civil-constitucional, devendo prevalecer a norma que se coaduna com os valores do sistema. Alertou-se, ademais, para o perigo de violação à isonomia ao se assegurar a reparação integral ao consumidor em voo interno, mas excluí-la em voo internacional. Destacou-se, de outro giro, a ainda maior sensibilidade da questão quando recai sobre a limitação do dever de reparar danos morais, eis que estes, como decorrentes da violação ao princípio da dignidade, não admitiriam restrições à compensação integral sequer em relações paritárias, quanto mais em relações de consumo, em que a pessoa humana se encontra em situação de vulnerabilidade.

Em derradeiro, cabe destacar que, tratando-se de outros danos que não os decorrentes dos suportes fáticos contemplados nas Convenções (dano à carga, dano à bagagem, atraso e lesão ou morte de passageiro), como os ocasionados por cancelamento de voos, *overbooking*, práticas abusivas, cláusulas abusivas, bem como em tema de bancos de dados, cobranças de dívidas e

37 “A propósito, a título de *obiter dictum*, destaco que o tratado em tela não excluiu a aplicação de regras processuais domésticas (art. 28, nº 2, da Convenção de Varsóvia), motivo pelo qual, à míngua de antinomia, entendo cabível, em demandas entre consumidores e fornecedores do serviço de transporte aéreo internacional, a inversão processual do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC” (Trecho do inteiro teor do RE 636.331).

publicidade, a reparação de danos materiais e morais deverá ser integral, nos termos do CDC, sem que se cogite da incidência das Convenções de Varsóvia e de Montreal, que não cuidam dessas hipóteses, de sorte que, a rigor, inexistente qualquer conflito de lei (BENJAMIN, 2015, p. 32; MARQUES; SQUEFF, 2017).

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **Trattato di diritto civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1999. t. IV.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 26, p. 9-17, abr./jun. 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O transporte aéreo e o código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 100, p. 23-37, jul./ago. 2015.

BERALDO, Leonardo F. **A responsabilidade civil das companhias aéreas no transporte aéreo internacional**. Disponível em: <https://www.academia.edu/35332387/A_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DAS_COMPANHIAS_A%C3%89REAS_NO_TRANSPORTE_A%C3%89REO_INTERNACIONAL>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994. v. V.

BOBBIO, Norberto. **Teoria dell' ordinamento giuridico**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1960.

BORGES, Mônica Aparecida Canato. O código de defesa do consumidor, a convenção de varsóvia e o novo código civil: tratados internacionais e direito interno, algumas considerações. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 56, p. 90-134, out./dez. 2005.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do transportador na jurisprudência do STF. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 76, p. 112-130, out./dez. 2010.

CAVALCANTI, André Uchôa. **Responsabilidade civil do transportador aéreo: tratados internacionais, leis especiais e código de proteção e defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2014.

COL, Helder Martinez Dal. Os contratos de transporte de pessoas à luz da responsabilidade civil e do novo código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 804, p. 11-42, out. 2002.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 35, p. 101-119, jul./set. 2008.

FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. v. I.

FINATO, Newton Luiz. Contrato de transporte aéreo e a proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 42, p. 173-186, abr./jun. 2002.

GRASSI NETO, Roberto. Crise no setor de transporte aéreo e a responsabilidade por acidente de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 64, p. 109-133, out./dez. 2007.

GRAU, Eros Roberto. Transporte aéreo de passageiros; dano moral causado a passageiro: prevalência do código brasileiro de aeronáutica sobre o código de defesa do consumidor. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 28, p. 22-26, abr./jun. 2005.

GRAU, Eros Roberto. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

LEVENEUR-AZÉMAR, Marie. Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Paris: L.G.D.J, 2017.

MALINVAUD, Philippe; FENOUILLET, Dominique; MEKKI, Mustapha. **Droit des obligations**. Paris: LexisNexis, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o código de defesa do consumidor - antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 155-197, jul./set. 1992.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Cardoso. **As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo das fontes com o CDC**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/regras-convencao-montreal-dialogo-fontes-cdc>>. Acesso em: 11 out. 2017.

MELI, Marisa. La disciplina delle clausole abusive nella recente proposta di direttiva sui diritti dei consumatori. In: **Studi in onore di Giorgio Cian**. Padova: CEDAM, 2010. t. II.

MIRAGEM, Bruno. Nota ao artigo 'Transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor', de Antonio Herman Benjamin. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 100, p. 39-42, jul./ago. 2015.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Dano moral e *homo sacer*: o problema do Enunciado 385 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e sua recente ampliação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 73, p. 129-155, jan. 2017.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. Brevíssimas notas sobre a aplicação da Convenção de Varsóvia-Montreal (e não do Código de Defesa do Consumidor) no transporte internacional aéreo de cargas, inclusive para fins de limitação da responsabilidade indenizatória do transportador. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 24, p. 327-338, jul./dez. 2009.

NORDMEIER, Carl Friedrich. Direito internacional privado – implicações em viagens aéreas internacionais e a situação dos passageiros. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 73, p. 207-223, jan./mar. 2010.

PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. A questão da antinomia de normas no transporte aéreo internacional de passageiros: a primazia da Convenção de Montreal. **Revista Forense**, São Paulo, v. 108, n. 415, p. 111-138, jan./jun. 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do código de defesa do consumidor aos administradores de fundos de investimento. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 190-202, jan./mar. 2007.

ROLAND, Beatriz da Silva. **O diálogo das fontes no transporte aéreo internacional de passageiros: ponderações sobre a aplicabilidade da convenção de montreal e/ou do CDC**. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, p. 39-70, maio/jun. 2015.

ROSSI, Júlio César. Tutela do direito de ação: CDC vs Convenção de Varsóvia. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, v. 109, p. 68–74, abr. 2012.

RUPERTO, Cesare. **La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005. libro IV. t. I.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. Responsabilidade civil no transporte aéreo internacional de pessoas. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 66, p. 173-197, abr./jul. 2016.

SILVA, Daniel Vicente Evaldt; SILVA, Jonas Sales Fernandes da; SANTOS, Júlio Edstron Secundino. Análise da aplicação do código de defesa do consumidor a casos de dano material por extravio de bagagem no contrato de transporte aéreo internacional: um (aparente) conflito de normas jurídicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 108, p. 375-400, nov./dez. 2016.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. III.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. X.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. **Revista Forense**, São Paulo, v. 110, n. 419, p. 77–96, jan./jun. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

WALD, Arnaldo. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, v. 4, p. 131-138, jul./set. 2015.

Como citar: CASTRO, Diana Paiva de; OLIVA, Milena Donato. Limitação da indenização no transporte aéreo internacional: análise da recente alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 3, p. 126-143, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p126. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 22/03/2018.

Aprovado em: 19/07/2018.