XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Florisbal de Souza Del Olmo, Valesca Raizer Borges Moschen –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-044-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o Livro Eletrônico de Direito Internacional do CONPEDI. A obra possui como objetivo a divulgação e análise de diferentes questões controvertidas do Direito Internacional contemporâneo. A coletânea está composta pelos artigos selecionados e apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, organizado pela Universidade Federal de Sergipe UFS, em Aracaju SE, entre os dias 03 e 06 de junho de 2015. Em sua estrutura observam-se temas de diversos aspectos do Direito Internacional, como aqueles inerentes:

a. à Teoria Geral do Direito Internacional, tais como O Debate entre os conceitos de Guerra Anglo-saxão e Europeu-continental: o Direito Internacional na concepção de Carl-Schmitt; Hans Kelsen e a Prevalência do Direito Internacional: um lugar para a Grundnorm; A centralidade do indivíduo no pensamento indigenista de Francisco de Vitoria; Direito Internacional em Matéria Indígena: uma ampliação necessária;

b. ao Sistema de Segurança Coletivo do Direito Internacional: O combate ao Estado Islâmico e o Uso da Força no Direito Internacional Contemporâneo; A Assembleia Geral das Nações Unidas como Pilar da Manutenção da Segurança Internacional: Uma proposta de reestruturação da ONU frente ao precedente da Resolução 377 (V) da AGNUA Cooperação Internacional como Instrumento de Enfrentamento ao Terrorismo: uma análise do caso BOKO HARAM;

c. à Integração Regional: A Economia Política Amalgamada na Forma Jurídica da União Europeia; Integração Energética no MERCOSUL: uma solução estrutural para a crise energética nacional?; Por uma reinterpretação dos elementos do Estado a partir da criação e consolidação dos processos de integração regional; O Tribunal de Justiça da União Europeia e a Construção do Direito da União;

d. ao Direito Ambiental Internacional: A Impunidade Ambiental Marítima Internacional: sobre a falta de Efetividade dos Instrumentos Protetivos por Ausência de Órgão de Competente para Julgamento dos Crimes Ambientais a Nível Internacional; As Fontes Formais do Direito Internacional do Meio Ambiente e a Necessidade de Novas Fórmulas

Jurídicas para a Proteção Ambiental; Análise a partir do Estudo da Formatação do Direito Ambiental Internacional (DAI), das Conferências sobre o Meio Ambiente e a Água; Biopirataria Internacional e o Economicismo; O Tratamento Dispensado ao Meio Ambiente em diferentes contextos: MERCOSUL/ UNASUL/ PARLASUL/ E REDE MERCOCIDADES; Marco da Biodiversidade: Instrumento Neocolonial de Internacionalização do Patrimônio Genético e Cultural Brasileiro; Boa-fé, lexorigins e lexsitus no tráfico ilícito de bens culturais;

e. ao Direito Econômico Internacional: O Regime Jurídico Brasileiro de Proteção da Propriedade Intelectual em Face da Negociação dos MEGA Acordos Regionais de Comércio: TTIP, TPP E RCEP; A Aplicação das Normas da Organização Mundial do Comércio pelo Juiz Brasileiro; O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio Pós-Bali: a posição do Brasil; Análise Econômica dos Direitos Compensatórios: os Efeitos da Imposição de Tarifas à Importação para o Contencioso do Algodão na OMC a partir do Modelo de Equilíbrio Geral do Comércio Internacional;

f. aos temas contemporâneos do Direito Internacional Público e Privado e do Direito Comparado: Objetivos de desenvolvimento do milênio e os acordos sobre troca de informação; Caso Cesare Battisti à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro; A Importância Geopolítica da CPLP e o Projeto de Estatuto do Cidadão Lusófono; O Usuário de Entorpecentes: Uma Análise Internacional à Luz das Decisões das Cortes Supremas do Brasil e da Argentina; e

g. Da relação entre Fontes do Direito Internacional: O Papel dos Tratados Internacional para Evitar a Dupla (Não) Tributação Involuntária; A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre o sistema de Varsóvia e a Convenção de Montreal; O modelo brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos 2015: considerações a respeito do impacto dos acordos internacionais de investimentos estrangeiros sobre o ordenamento jurídico interno.

Esperamos que este livro possa ser útil no estudo do Direito Internacional.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del´Olmo

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen

A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS SOBRE O SISTEMA DE VARSÓVIA E A CONVENÇÃO DE MONTREAL

THE UNDERSTANDING OF BRAZILIAN SUPERIOR COURTS ABOUT WARSAW SYSTEM AND THE MONTREAL CONVENTION

Joao Marcelo Sant Anna Da Costa
José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida

Resumo

Este artigo se propõe a explicar a evolução da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros acerca do regime jurídico do transporte aéreo internacional. Primeiro, será demonstrado que, na década de 90, a jurisprudência firmou-se no sentido da negação do direito aeronáutico, afastando a sua aplicação em favor de outras normas de direito interno, sem distinção entre casos de transporte aéreo internacional de passageiros ou de carga. Segundo, será explicitado que, nos últimos dois anos, os tribunais superiores brasileiros voltaram a reafirmar o direito aeronáutico no que diz respeito ao transporte aéreo internacional de carga e o Supremo Tribunal Federal está próximo de evoluir também no que tange ao transporte aéreo de passageiros. Em consequência, o propósito deste texto é analisar este movimento pendular da jurisprudência brasileira em matéria de transporte aéreo, com foco no transporte aéreo internacional. Como se verá no curso deste texto, o transporte aéreo internacional suscita discussão em torno de argumentos mais variados do que o transporte aéreo nacional, este limitado à antinomia entre o CDC e o Código Brasileiro de Aeronáutica.

Palavras-chave: Transporte, Aéreo, Internacional, Convenções, Consumidor

Abstract/Resumen/Résumé

This paper intends to make an explanation of how Brazilian superior courts have defined the applicable law to the international air transportation. The first part of this paper demonstrates that, in the 90s, Brazilian superior courts started to deny the application of air transportation international conventions and decided that national law should prevail, regardless whether the case was about passengers or cargo. The second part of this paper shows that, in the last two years, Brazilian superior courts made a turn and are now applying air transportation international conventions in the international transportation of cargo and that Brazilian Supreme Court is about to rule two important cases related to international transportation of passengers. This paper deals only with the back and forth movement of Brazilian superior courts decisions on international air transportation, since the legal issues raised by international air transportation are more diverse, than those related to national air transportation, in which case the discussion is limited to the antinomy of Consumer Code and Brazilian Aeronautical Code.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transportation, Air, International, Conventions, Consumer

1 INTRODUÇÃO

O regime jurídico do transporte aéreo no Brasil modificou-se substancialmente nos últimos 30 anos. Esta transformação corresponde à evolução da sociedade brasileira.

Em 1985, ao final do regime militar, a sociedade brasileira vivia um enorme anseio por liberdade e direitos. Este anseio era compreensível, eis que a década de 60 e a década da 70 haviam sido momentos de intensa procura por liberdade e direitos em diversos Países do mundo, como por exemplo, os EUA e grande parte dos Países europeus (sendo exemplo a França e o movimento de Maio de 68).

Promulgada a Constituição da República de 1988, o movimento a favor de mais direitos, mais liberdade e mais garantias prosseguiu e estendeu-se a outras áreas. Foi este movimento que levou à promulgação da Lei 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor ("CDC"). Foi também este movimento que levou à criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), para facilitar o acesso de todos ao Poder Judiciário. Os números dos Juizados Especiais demonstram o amplo acesso garantido a todos: Os Juizados Estaduais representam 27% de todas as novas ações que dão entrada na Justiça Estadual. Já os Juizados Federais respondem por 60% das mais de dois milhões propostas na Justiça Federal. Entre 2012 e 2013, o crescimento de novas ações na Justiça Comum Estadual subiu 0,6% e nos Juizados aumentou 13,5%. Na Justiça Federal, de 2012 para 2013 o crescimento nos Juizados Especiais foi de 18,6% e nas Varas Federais de 0,5%[1].

Este movimento em favor de mais direitos, mais liberdade e mais garantias, como é natural, esbarrou em diversos sistemas jurídicos específicos e um deles foi o do transporte aéreo. Desde o primeiro quarto do século XX, quando o transporte aéreo se desenvolveu e o direito aeronáutico, a pouco e pouco, adquiriu autonomia como disciplina jurídica própria, o mundo do transporte aéreo viveu quase que em total independência do resto do Direito. Dotado de regras próprias e de um modo de raciocínio peculiar, os seus atores constituíam um grupo à parte, onde praticamente não havia contestação.

A própria evolução do transporte aéreo foi também causa da transformação do seu regime jurídico. Antigamente, o transporte aéreo era um transporte caro, acessível a poucos. A partir do final da década de 1980, o cenário alterou-se radicalmente: o transporte aéreo

[1] "Em duas décadas, juizados revolucionaram sistema de Justiça" comunicado da Agência CNJ de Notícias de 21.01.2015 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62395-em-duas-decadas-juizados-revolucionaram-sistema-de-justica> Acessado em 30.03.2015

tornou-se mais acessível e passaram a usar o transporte aéreo pessoas imbuídas do desejo de terem mais direitos, mais liberdades e mais garantias e que ignoravam (e ainda hoje ignoram) as regras do direito aeronáutico.

O resultado só poderia ser o conflito que, como é natural, manifestou-se nos tribunais, refletindo-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ("STF") e do Superior Tribunal de Justiça ("STJ")[2]. Ao contrário do que os leigos creem, os tribunais são também uma expressão da sociedade, acompanham os movimentos dessa mesma sociedade e sofrem a influência dos grupos de pressão. Em consequência, em uma primeira fase, os tribunais brasileiros foram no sentido da negação do direito aeronáutico, afastando a sua aplicação em favor de outras normas, alegadamente mais "cidadãs", conforme será visto na Primeira Parte.

No entanto, passados vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal, o movimento em favor de mais direitos, mais liberdade e mais garantias parece estar em fase de esgotamento, em razão dos excessos cometidos, que levaram a diversas decisões judiciais de caráter esdrúxulo[3]. Por outro lado, a sociedade brasileira e o próprio Poder Judiciário parecem ter compreendido que mais direitos, mais liberdade e mais garantias não são o bastante para assegurar uma vida em sociedade de melhor qualidade. Desde modo, atualmente, os tribunais brasileiros voltaram a reafirmar o direito aeronáutico, como será demonstrado na Segunda Parte.

Em consequência, o propósito deste texto é analisar este movimento pendular da jurisprudência brasileira em matéria de transporte aéreo, cabendo alertar para o fato de que aqui o foco será o transporte aéreo internacional. Com efeito, tal como se verá no curso deste texto, o transporte aéreo internacional suscita discussão em torno de argumentos mais variados do que o transporte aéreo nacional, limitado à antinomia entre o CDC e o Código Brasileiro de Aeronáutica.

2 PRIMEIRA PARTE: A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE O TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: A NEGAÇÃO DO DIREITO AERONÁUTICO

[2] Todas as decisões mencionadas neste artigo podem ser consultadas nas páginas web do STF (www.stj.jus.br) e do STJ (www.stj.jus.br).

[3] Um exemplo deste tipo de decisões era a posição adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que considerava ser obrigação das companhias aéreas ter, em cada aeroporto, uma aeronave de reserva para entrar em operação em caso de avaria da aeronave que iria realizar o voo; nesse sentido v. 1º TACIVIL - 10ª Câm.; Ap. Sum. 593.178/2; Rel. Juiz Antonio de Pádua Ferraz Nogueira; j. 14.03.1995; maioria de votos. RT 727/198

Inicialmente, logo após a sua criação, o STJ entendia serem válidas as disposições normativas da Convenção Internacional de Varsóvia relativas à limitação de indenização quando não comprovado o dolo ou a culpa grave do transportador. Mesmo com o advento da Lei 8.078/90, que entrou em vigor em 1991 e instituiu o Código de Defesa do Consumidor, o STJ manteve o entendimento de que os dispositivos relativos à indenização limitada permaneceriam válidos e aplicáveis aos casos cotidianos de transporte aéreo internacional.

As razões para tanto eram simples. Em primeiro lugar, consolidou-se o entendimento de que inexistiria hierarquia entre lei federal e tratado internacional ratificado. Logo, eventual antinomia entre as normas não induziria à revogação da convenção internacional, quando muito à perda da eficácia de seus dispositivos incompatíveis com a lei interna.

Em segundo lugar, considerou-se que eventual antinomia entre as normas de mesma hierarquia deveria ser solucionada pelo critério da especialidade, nos termos da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, Decreto-Lei 4.657/42. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ que marcou o início dos anos 90 considerava a Convenção de Varsóvia lei especial quanto ao transporte aéreo sendo o CDC norma geral, pois trazia disposições gerais sobre indistintas relações de consumo:

> LEI - TRATADO.
> O TRATADO NÃO SE REVOGA COM A EDIÇÃO DE LEI QUE CONTRARIE NORMA NELE CONTIDA. PERDERA, ENTRETANTO, EFICACIA, QUANTO AO PONTO EM QUE EXISTIA ANTINOMIA, PREVALECENDO A NORMA LEGAL.
> APLICAÇÃO DOS PRINCIPIOS, PERTINENTES A SUCESSÃO TEMPORAL DAS NORMAS, PREVISTOS NA LEI DE INTRODUÇÃO AO CODIGO CIVIL. A LEI SUPERVENIENTE, DE CARATER GERAL, NÃO AFETA AS DISPOSIÇÕES ESPECIAIS CONTIDAS EM TRATADO.
> SUBSISTENCIA DAS NORMAS CONSTANTES DA CONVENÇÃO DE VARSOVIA, SOBRE TRANSPORTE AEREO, AINDA QUE DISPONHAM DIVERSAMENTE DO CONTIDO NO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. [4]
>
> TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL EXTRAVIO DE BAGAGEM - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - INDENIZAÇÃO LIMITADA.

[4] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 58.736/MG, rel. Min, Eduardo Ribeiro, julg 13.12.1995, pub. DJ 29.04.1996, p. 13413

> I - Adotando-se os princípios insculpidos na LICC, têm-se que a Convenção de Varsóvia é lei especial, reguladora do transporte aéreo internacional.
> II - A responsabilidade da empresa transportadora é objetiva, mas limitada a determinados valores (art. 22, da Convenção de Varsóvia) II - Recurso não conhecido. [5]

Os dois acórdãos cujas ementas foram acima transcritas são representativos da posição dominante à época no STJ, capitaneada pelo então Ministro Eduardo Ribeiro. Nos casos acima, os acórdãos da Terceira Turma do STJ não conheceram dos respectivos recursos especiais interpostos por passageiros e mantiveram incólumes os acórdãos proferidos em segunda instância, que haviam limitado a indenização por extravio de bagagem, nos termos da Convenção de Varsóvia. No entanto, esta situação iria mudar rapidamente, primeiro no que diz respeito ao transporte de passageiros (2.1) e, em seguida, em matéria de transporte de carga (2.2).

2.1 A NEGAÇÃO DO DIREITO AERONÁUTICO EM MATÉRIA DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS

Os recursos julgados pelos dois acórdãos acima mencionados trataram apenas da indenização por danos materiais. Com efeito, ambos os acórdãos foram claros ao afirmar que não estavam a decidir sobre o cabimento da limitação de indenização no que diz respeito aos danos morais, pois os danos desta natureza não haviam sido objeto de prequestionamento em sede de recurso especial. Essa distinção é importante, pois foi justamente ao tratar das indenizações por danos morais em transporte aéreo internacional que o STF proferiu acórdão que pode ser considerado o marco na mudança de entendimento jurisprudencial que acarretou na negação do direito aeronáutico.

Antes de se expor o caso analisado pelo STF, importante esclarecer que, na esteira do grande anseio por mais direitos e mais garantias, a Constituição da República incorporou ao seu art. 5º, que versa sobre direitos e garantias fundamentais, o princípio da indenização por danos morais ou imateriais, sempre de forma ampla, integral e na exata proporção da ofensa.

[5] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 156.238/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, julg 0706.1999, pub. DJ 30/08/1999, p. 69

Assim, o dano moral previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro possui matriz constitucional direta e, por conseguinte, eventual violação às normais infraconstitucionais que o regulamentam enseja a análise e o julgamento de constitucionalidade pelo STF, seja através do controle concentrado seja pela via do controle difuso, nomeadamente pela interposição de recurso extraordinário. Deste modo, o ordenamento jurídico constitucional era propício a que o STF se pronunciasse sobre a matéria, tendo-o feito em um recurso extraordinário[6] relativo ao extravio de bagagem de passageiro da Ibéria Lineas Aéreas de Espanha S/A que viajou para a Europa, mas só recebeu sua bagagem quando do seu retorno ao Rio de Janeiro. Os fatos ocorreram em 1989, logo, anteriormente à promulgação do CDC, e o acórdão de segundo grau havia limitado a indenização ao valor previsto na Convenção de Varsóvia e negado a ocorrência de dano moral.

O Ministro Marco Aurélio, relator do recurso, considerou em pauta dois temas jurídicos: (i) se o fato motivou danos morais capazes de gerar indenização, bem como (ii) a extensão da regra constitucional que prevê a reparação por danos morais, quando presente a Convenção de Varsóvia e a premissa por ela trazida de que a indenização por extravio de bagagem é limitada. De início, o relator esclareceu que os limites de indenização previstos na convenção aplicar-se-iam apenas aos danos materiais e apenas quando não comprovado o dolo ou a culpa grave do transportador, pois se comprovado dolo ou culpa grave a indenização seria ilimitada nos termos da própria Convenção de Varsóvia. O Ministro entendeu também que a Convenção de Varsóvia não dispunha sobre dano moral, mas apenas sobre dano material. Logo, o Ministro considerou válida a limitação de indenização relativa ao dano material, mas entendeu que a limitação de indenização não se aplicaria ao dano moral. E assim o fez por duplo motivo: (i) primeiramente porque a Convenção de Varsóvia não versava sobre indenização por danos morais, apenas materiais; (ii) em segundo porque, por força da Constituição da República, a indenização por danos morais deveria ser ampla e integral. Por fim, concluiu que a falta de previsão de indenização por danos morais na

[6] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 172.720, rel. Min. Marco Aurélio, julg 06.02.1996, DJ 21-02-1997 p. 02831 EMENT VOL-01858-04 PP-00727 RTJ VOL-00162-03 PP-01093, com a seguinte ementa: Dito isto, cumpre transcrever a ementa do Recurso Extraordinário 172.720-9, de 1996: "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, aborrecimento 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. "

Convenção de Varsóvia não excluiria a sua reparação, uma vez que o dano moral decorre da própria previsão constitucional [7].

Deste modo, o acórdão paradigma de lavra do STF reconheceu que a hipótese de extravio de bagagem de passageiro em transporte aéreo internacional é capaz de ensejar a reparação por danos morais, independente da previsão de danos de tal natureza na Convenção de Varsóvia e também afastou a limitação indenizatória prevista na Convenção de Varsóvia por compreender que esta se restringiria aos danos materiais[8].

Em conclusão, em sede de controle difuso de constitucionalidade, que produz apenas efeitos *inter partes* e, portanto, não vincula as decisões de outros tribunais, o STF decidiu não ser aplicável ao dano moral o limite indenizatório previsto na Convenção de Varsóvia e, por conseguinte, entendeu que a indenização por dano moral deve ser, por força de sua matriz constitucional, ampla e irrestrita.

De salientar que esta decisão do STF está corretíssima. Efetivamente, a Convenção de Varsóvia nada dispôs sobre dano moral, pois os países signatários – dada a diferença de entendimento entre eles – preferiram deixar esse tema ao cuidado de cada um. Igualmente, é de salientar que esta decisão do STF não se fundou na aplicação do CDC, em detrimento das convenções internacionais. Em primeiro lugar porque à época dos fatos o CDC ainda não estava em vigor. Em segundo lugar porque o STF é uma corte constitucional, despido de competência para decidir sobre eventual conflito entre uma convenção internacional e o CDC

No entanto, na decisão ora em comento, há uma referência ao direito do consumidor em determinado trecho do voto vista do Ministro Francisco Rezek que introduziu a análise do litígio sob a ótica da relação de consumo ao afirmar que:

---

[7] Veja-se o seguinte trecho do referido acórdão: "À toda evidência, portanto, não se tem, na forma tarifada, a inclusão dos danos morais. De qualquer maneira, na hipótese vertente, a entender-se que a Convenção de Varsóvia exclui a responsabilidade das companhias aéreas por danos morais, há de se ter presente que o conflito não se configuraria entre a citada Convenção e lei emanada do Congresso Nacional, mas com a própria Carta da República, vindo à baila, assim, a supremacia desta. No particular, é de todo pertinente registrar que, na lição sempre oportuna do Ministro Francisco Rezek, em "Direito dos Tratados" – Forense, 1984 – somente há a prevalência do tratado quando o conflito diz respeito a lei editada pelo Congresso Nacional. É mister assinalar que o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, ao se referir à observância dos tratados internacionais, alude a direitos e garantias e não ao afastamento de qualquer dos previstos nos incisos anteriores. Destarte, tenho que não subsiste o óbice assentado pela Corte de origem, segundo o qual a verba indenizatória estaria excluída pela citada Convenção."

[8] A Suprema Corte dos Estados Unidos cinco anos antes havia também entendido que a Convenção de Varsóvia tratava apenas dos danos materiais e não de danos morais; contudo, no caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos negou o pedido indenizatório de danos morais; v. EASTERN AIRLINES, INC. v. FLOYD, 499 U.S. 530 (1991) 499 U.S. 530, EASTERN AIRLINES, INC. v. FLOYD ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE ELEVENTH CIRCUIT; Disponível em <**http://laws.findlaw.com/us/499/530.html** > acessado em 28.01.2015

> A tendência do poder público diante dos reclamos do consumidor sempre foi – neste país mais do que nos outros – a de reagir com surpresa. O que é isso? Que história é esta? Não é o caso de indenização; não é o caso de a pessoa sentir-se tão lesada; não é o caso de pedir em juízo reparação alguma. Parece-me que essa forma de leniência no for cível deveria finalmente, à luz da Constituição de 1988, encontrar seu paradeiro, produzindo-se uma situação nova, condizente com os termos da Carta.

Esta sutil menção a relação de consumo foi ideologicamente importante para os desdobramentos da análise infraconstitucional pelo STJ da suposta antinomia entre CDC e Convenção de Varsóvia. Isto porque, a partir desta data – com a ressalva de que o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, da 4ª Turma do STJ, já defendia, solitariamente, esta tese em tempos anteriores – o STJ gradativamente passou a defender a prevalência das disposições do CDC em detrimento das normas de transporte aéreo internacional.

Em paralelo ao acórdão do STF, já se notava alguma discussão no STJ quanto à antinomia entre as convenções internacionais e o CDC, nomeadamente nos votos do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Este Ministro invariavelmente ficava vencido com o voto no sentido da aplicação do CDC ao transporte aéreo internacional de passageiros em detrimento das convenções internacionais. Havia também acórdãos em que o STJ aplicava a Convenção de Varsóvia, mas afastava a aplicação da indenização limitada, sob o fundamento de não ter o transportador demonstrado ter tomado todas as medidas necessárias para evitar o dano[9].

Foi apenas no final de 1999, por ocasião do julgamento do RESP 253.678, que a tese do Ministro Ruy Rosado de Aguiar[10], relator, sagrou-se vencedora na 4ª Turma do STJ, em acórdão que tem a seguinte ementa:

> TRANSPORTE AÉREO. Atraso. Viagem internacional. Convenção de Varsóvia. Dano moral. Código de Defesa do Consumidor. O dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC. Demais questões não conhecidas. Recurso dos autores conhecido em parte, e, nessa parte, parcialmente provido. Recurso da ré não conhecido. [11]

---

[9] Por exemplo, no REsp 214824 / SP, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 10/08/1999, pub. DJ 06/09/1999 p. 89, com a seguinte ementa, onde "TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. Atraso. Dano moral. Provada a existência do atraso de 24 horas em viagem internacional, e aguardando o passageiro no saguão do aeroporto, sem prova de que o transportador tenha tomado as medidas do art. 20 da Convenção de Varsóvia, é de se admitir a existência do dano moral pelo desconforto e aflição com a demora, dano cuja presença é reconhecida por um juízo da experiência. Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido."

[10] Esta tese havia sido defendida pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar um ano antes, em 1998, no RESP 154.698 a propósito de um caso de transporte aéreo internacional de carga; no entanto, esta tese não foi a vencedora, conforme se examinará no item B. adiante

[11] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, RESP 235.678/SP, rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 02/12/1999, DJ 14/02/2000, p. 43

O caso posto à apreciação do STJ cingia-se a pedido de indenização por danos em decorrência de atraso de mais de 24 horas em voo internacional ocorrido em 1996. A sentença, mantida pelo acórdão de segundo grau, havia reconhecido a existência de dano moral, mas o havia limitado aos valores previstos na Convenção de Varsóvia.

A 3ª Turma do STJ, através do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, foi enfático ao considerar inadmissível, à luz das disposições do CDC, cláusula que "[...] estabeleça nítida desigualdade entre as partes, criando situação de verdadeira exoneração de responsabilidade em favor do transportador, que não retribui em termos adequados pelo mau cumprimento do contrato, além de conceder à empresa aérea benefício que não concede aos demais transportadores".

A 3ª Turma reconheceu que a jurisprudência do STJ era predominante no sentido de aplicar a indenização prevista na Convenção de Varsóvia, apesar dos votos solitários no sentido contrário do próprio relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar. No entanto, desta vez, a 3ª Turma consignou dever a Convenção de Varsóvia receber interpretação restritiva e que o transporte aéreo não seria mais uma atividade de risco maior do que outros meios de transporte, argumento que havia servido, no passado, como justificativa para a aplicação das regras indenizatórias. Assim, no ver da 3ª Turma, as disposições do CDC deveriam prevalecer sobre as da Convenção de Varsóvia e, portanto, a indenização não poderia ser restrita ou limitada, mas integral. Para tanto, a 3ª Turma apoiou-se no princípio da isonomia e disse que não havia sentido em se privilegiar o transportador aéreo em detrimento dos demais tipos de transportadores, estes sujeitos à indenização irrestrita. Não obstante, a 3ª Turma registrou que o transportador poderia gozar do privilégio do limite de indenização se exigisse do passageiro a declaração de valor do bem transportado e este passageiro recusasse-se a fazer tal declaração. No ver da 3ª Turma, a iniciativa de propor a declaração de valor seria uma obrigação do transportador, e não do passageiro, que se cumprida permitiria a ele gozar do declarado "privilégio" de limitação da indenização. Em conclusão, o acórdão deu provimento ao recurso dos passageiros para excluir a limitação e fixar que o dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC e não com a Convenção de Varsóvia.

De notar que o STJ decidiu corretamente, mas pelo fundamento errado. A decisão está correta pois, conforme visto acima por ocasião do julgamento, pelo STF do recurso extraordinário 172.720, realmente a Convenção de Varsóvia não se aplica em caso de danos morais, pois tal convenção não disciplina esta matéria, mas apenas os danos materiais. O

fundamento está errado porque a indenização por danos morais não exigia o afastamento da Convenção de Varsóvia ou a declaração de uma antinomia entre ela e o CDC. Bastava o STJ ter reconhecido que a Convenção de Varsóvia nada dispunha sobre danos morais e, em razão do vazio legislativo, aplicar o CDC e a Constituição da República, sem necessidade de declarar uma inexistente antinomia entre Convenção de Varsóvia e CDC e afastar a aplicação do texto internacional.

Em seguida a este primeiro acórdão proferido no final de 1999 no RESP 235.678 a indicar o novo entendimento, a 4ª Turma do STJ proferiu, em 2000, dois outros acórdãos, todos de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a afastar a aplicação da Convenção de Varsóvia e fazer incidir o CDC em casos de transporte aéreo internacional. Em abril de 2000, o RESP 247.724 afastou a cláusula de foro prevista na Convenção para ajuizamento de ação, sob o argumento de que ela serviria apenas como critério para fixação da jurisdição internacional não para definição de competência interna, e estabeleceu ser possível o ajuizamento de ação no foro de domicílio do passageiro-consumidor, como permitido pelo CDC. Em agosto de 2000, o acórdão que julgou o RESP 257.100 considerou que os valores previstos na Convenção de Varsóvia serviriam apenas como parâmetros indenizatórios e não como limites de indenização e, assim, deu provimento ao recurso do passageiro para afastar sua aplicação.

O entendimento da 4ª Turma do STJ da não aplicação do CDC e da não aplicação das regras indenizatórias da Convenção de Varsóvia seria, invariavelmente, repetido nos anos seguintes, sendo exemplo a ementa abaixo:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO EM VÔO INTERNACIONAL. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA. INDENIZAÇÃO TARIFADA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.
>
> I – Restando incontroverso o atraso em vôo internacional e ausente prova de caso fortuito, força maior ou que foram tomadas todas as medidas necessárias para que não se produzisse o dano, cabível é o pedido de indenização nos moldes da Convenção de Varsóvia.

> II – A Seção de Direito Privado, através das duas Turmas que a compõem, firmou posicionamento pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas indenizações decorrentes da deficiente prestação no transporte aéreo.[12]

Em seguida a esta mudança de entendimento que tinha acontecido em 2000 na 4ª Turma do STJ, a 3ª Turma seguiu pela mesma via e, também em 2000, proferiu acórdão a negar provimento ao RESP 169.000[13] e, assim, manteve inalterado o acórdão de segundo grau que afastara a limitação de indenização da Convenção de Varsóvia para aplicar o CDC. O relator deste RESP 169.000, Ministro Paulo Costa Leite, reconheceu que o entendimento do acórdão de segundo grau discrepava da orientação que até então prevalecia naquela 3ª Turma[14]. No entanto, o Ministro considerou ser o momento de alterar o seu entendimento para considerar a Convenção de Varsóvia lei geral sobre transporte aéreo e o CDC lei especial sobre relações de consumo:

> [...] é impertinente a regra Lex posterior generalis non derrogat priori speciali , porque, tratando-se de relações de consumo, o Código do Consumidor é a lei própria específica e exclusiva; a lei que estabeleceu a Política Nacional de Relações de Consumo, consolidando em um só diploma legal todos os princípios pertinentes à matéria, em razão de competência que lhe foi atribuída pela própria Constituição Federal. E, na matéria de sua competência específica, nenhuma outra lei pode a ele (Código) se sobrepor ou subsistir. Pode coexistir naquilo que com ele não for incompatível.

Importante notar que participou deste julgamento o Ministro Eduardo Ribeiro, até então condutor da tese oposta e predominante no âmbito da 3ª Turma do STJ no sentido de ser a Convenção de Varsóvia lei especial e o CDC lei geral. No seu voto vista, o Ministro Eduardo Ribeiro fez uma distinção na sua posição: disse que concordava com a aplicação do CDC quando se tratasse de extravio de bagagem, como no caso apreciado pelo acórdão, porém considerava aplicável a indenização prevista na Convenção de Varsóvia quando a hipótese fática versasse sobre "risco do ar".

Para melhor esclarecer o posicionamento do então Ministro Eduardo Ribeiro, é necessário analisar o seu voto no julgamento do RESP 158.535[15] (julgado no mesmo dia - 04.04.2000 – do julgamento do RESP 169.000!) uma vez que, apesar de tratar de transporte aéreo nacional, nele o Ministro Eduardo Ribeiro apresentou importantes conclusões sobre a

---

[12] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp 223.939/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 13/03/2001, pub. DJ 11/06/2001, p. 225

[13] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, RESP 169.000/RJ, Rel. Min. Paulo Costa Leite, julg. em 04.04.2000, pub. DJ 14.08.2000, p. 164

[14] E que era representado pelo RESP 58.736 acima mencionado, na introdução desta Primeira Parte

[15] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3a Turma, RESP 158.535, rel. p/ acórdão Min. Eduardo Ribeiro, julg. 04.04.2000, pub DJ 09.10.2000

negativa do direito aeronáutico. O Ministro Eduardo Ribeiro foi contundente ao afirmar que, apesar de concordar que o "privilégio" do transportador aéreo foi inspirado nas peculiaridades pretéritas desse tipo de transporte, a discussão acerca da subsistência ou não dessas peculiaridades não poderia servir ao julgador como argumento para afastar a aplicação de uma norma que continua em vigor. No máximo poderia servir de motivação para se modificar o ordenamento jurídico, tarefa que não compete aos tribunais mais ao parlamento.

Em seguida, o Ministro Eduardo Ribeiro esclareceu o ponto nodal da sua tese. Para ele, a Convenção de Varsóvia era especial em relação ao CDC apenas nas matérias que tratava e que diziam respeito ao "risco do ar". Onde esse não se achasse presente, não haveria especialidade da Convenção, mas sim do CDC. Assim, a limitação da indenização seria aplicável sempre que a Convenção de Varsóvia prevalecesse, não tendo sido revogada pelo advento do CDC:

> Uma importante ressalva, entretanto, há de fazer-se, resultante do que acima já se expôs e que tenho como necessária para deixar clara minha posição sobre a matéria, embora não releve para a espécie em exame. Como consignado, há que se verificar se a especialidade da norma deriva da especialidade da matéria sobre que incide. No transporte aéreo reside no chamado risco do ar. Onde esse não se achar presente, não se pode reconhecer motivo para ter-se como subsistente a disposição limitadora, em face da lei, também especial, dizendo com as relações de consumo. Modifico, nesse ponto, o entendimento que em outra oportunidade manifestei, sem essa distinção que ora faço.

Apesar de explicitada em sede de julgamento sobre transporte aéreo nacional, a distinção feita pelo Ministro Eduardo Ribeiro representou um recuo na resistência da 3ª Turma do STJ em aplicar o CDC para afastar a limitação de indenização prevista na Convenção de Varsóvia. E, como visto, isso permitiu que por ocasião do julgamento – no mesmo dia! - do RESP 169.000 fosse proferido acórdão a afastar a regra indenizatória da Convenção de Varsóvia e a aplicar o CDC.

Em março de 2001, a 3ª Turma teria a oportunidade de confirmar a sua nova posição quando do julgamento do RESP 240.078[16], de relatoria do Ministro Waldemar Zveiter, outro antigo defensor da aplicação da Convenção de Varsóvia. Neste acórdão, a 3ª Turma afirmou-se que "[...] os limites indenizatórios constantes da Convenção de Varsóvia não se aplicam a relações jurídicas de consumo, uma vez que, nas hipóteses como a dos autos, deverá haver, necessariamente, a reparação integral dos prejuízos sofridos pelo consumidor."

[16] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3a Turma, Resp 240.078, rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. 13.03.2001, pub. 27.08.2001

Todavia, o acórdão proferido no RESP 240.078 não aplicou o CDC ao caso concreto, pois o passageiro recorrente não havia prequestionado o CDC e havia limitado o seu pedido à indenização prevista na Convenção de Varsóvia. Logo, o STJ, em respeito ao que havia sido pedido, apesar de reconhecer a ocorrência, no caso, de dano *in re ipsa* a ser amplamente reparado, foi obrigado a ater-se ao pedido e fixar a indenização no patamar previsto na Convenção de Varsóvia.

Dessa forma, as duas turmas que compunham a Seção de Direito Privado do STJ – atual Segunda Seção - iniciaram o século XXI com o entendimento favorável à aplicação do CDC em casos de transporte aéreo internacional para afastar a limitação de indenização da Convenção de Varsóvia. A própria Segunda Seção do STJ veio a proferir dois acórdãos que afastaram de vez qualquer alegação de divergência entre a 3ª e a 4ª Turma, sedimentando a orientação jurisprudencial daquela Corte de Justiça:

> TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. EXTRAVIO DE CARGA. INDENIZAÇÃO INTEGRAL. CDC.
>
> I - A responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia.
>
> II - Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado (Súmula 168/STJ).
>
> Não conheço dos embargos.[17]

> CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. TRANSPORTE DE MERCADORIAS. Se resultar de relação de consumo, o transporte de mercadorias está sujeito à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, sendo de cinco anos o prazo de decadência do direito à reparação de danos. Embargos de divergência não providos.[18]

Essa orientação jurisprudencial foi responsável pela prolação de 16 acórdãos só no período de 2001 a 2011, a negar a aplicação do direito aeronáutico e afastar a limitação de indenização, o prazo prescricional e outras disposições da Convenção de Varsóvia que contrariassem o previsto no CDC.

2.2 A NEGAÇÃO DO DIREITO AERONÁUTICO EM MATÉRIA DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGA

[17] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2a Seção, EREsp 269.353/SP, Rel. Min. Castro Filho, julg. 24/04/2002, pub. DJ 17/06/2002, p. 184

[18] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, EREsp 258.132/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. 26/10/2005, DJ 01/02/2006, p. 427

Tal como aconteceu com o transporte aéreo internacional de passageiros, inicialmente o STJ entendia que o transporte aéreo internacional de cargas era regido pelas convenções internacionais. É exemplo dessa posição o acórdão proferido em 1999, no RESP 220.564[19], pela 3ª Turma do STJ, com a seguinte ementa:

> Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Prescrição. O prazo prescricional para a ação de indenização por extravio de mercadoria, em se tratando de transporte aéreo internacional, é de dois anos, conforme previsto no artigo 29 da Convenção de Varsóvia e, não, o do artigo 449, II, do Código Comercial.

De notar, contudo, que antes, em 1998, a 4ª Turma já havia discutido a questão do direito do consumidor e do transporte aéreo internacional carga, no RESP 154.698, julgado pela 4ª Turma, que versava sobre o extravio de carga ocorrida em transporte aéreo internacional. A 4ª Turma não conheceu do recurso especial, pois entendeu que os dispositivos do CDC não haviam sido previamente debatidos no acórdão recorrido e manteve serem aplicáveis os preceitos da Convenção de Varsóvia:

> TRANSPORTE AÉREO. Vôo internacional. Carga.
>
> - É tarifada a indenização por extravio de mercadoria transportada em vôo internacional nos termos da Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor não prequestionado. Recurso não conhecido. Voto vencido. [20]

No entanto, por ocasião deste RESP 154.698, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar – que iria ser o relator do RESP 235.678 em matéria de transporte aéreo internacional de passageiro, acima examinado – apresentou o voto no qual afirmou exatamente todos os argumentos que vieram a ser vencedores no referido RESP 235.678...

A primeira vez que, em matéria de transporte aéreo internacional de carga, o STJ aplicou o CDC e afastou as convenções internacionais, foi em setembro de 2000, no acórdão proferido no RESP 171.506, onde também foi relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Assim, após ter conduzido, no final de 1999, no RESP 235.678, a 4ª Turma do STJ a aplicar o CDC ao transporte aéreo internacional de passageiros, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar levou a mesma 4ª Turma a estender tal entendimento ao transporte aéreo internacional de carga. Neste acórdão, a 3ª Turma do STJ repetiu os mesmos argumentos usados no acórdão proferido no RESP 235.678, de autoria do mesmo Ministro Ruy Rosado de Aguiar. O caso

---

[19] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Tumra, rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 02.09.1999, pub. DJ 06.12.1999, p. 88

[20] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, RESP 154.698/SP, rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, rel. p/ acórdão Min. Bueno de Souza, julg. 09/06/1998, DJ 12/02/2001, p. 118

versava sobre o extravio de uma caixa supostamente contendo esmeraldas em um voo entre São Paulo e Nova York. A sentença de primeiro grau e o acórdão proferido em apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo haviam afastado as regras indenizatórias da Convenção de Varsóvia (indenização de acordo com o peso da mercadoria) para conceder uma indenização pelo valor da carga.

Em novembro de 2000, a 4ª Turma proferiu o quarto acórdão em um ano (e o segundo a versar sobre transporte aéreo internacional de carga), a afastar a limitação de indenização pela aplicação do CDC e, assim, dar provimento ao RESP 220.898[21] interposto por seguradora sub-rogada nos direitos de seu segurado. Em dezembro de 2000, a 4ª Turma reiterou esta mesma posição no RESP 269.353[22]. Por seu turno, em dezembro de 2001, a 3ª Turma do STJ adotou a mesma posição – da não aplicação das convenções internacionais e da aplicação do CDC – no AgRG nos Edcl no RESP 224.554[23], passando, desde então, as duas Turmas a terem o mesmo entendimento.

Todos estes acórdãos, e os que lhes seguiram, são marcados pela falta de distinção na jurisprudência do STJ entre os casos relativos a passageiros (atraso de voo, extravio de bagagem...) e aqueles relacionados com carga (avaria à carga, atraso na entrega...). O STJ não analisou nesse período a figura do consumidor sob o ponto de vista do destinatário final, como descrito no CDC, mas apenas com base na figura do fornecedor. Assim, todo transportador era indistintamente enquadrado na descrição de fornecedor e, por conseguinte, era considerado sujeito ao CDC, afastando-se as regras das convenções internacionais. Ou seja, para a 3ª e a 4ª Turma do STJ, mereciam a mesma proteção tanto o passageiro que realiza a sua primeira viagem aérea internacional quanto a sociedade empresária multinacional experiente na exportação ou importação, por via área dos seus produtos e matérias primas. Esta situação alterou-se recentemente, conforme será visto na próxima parte.

3 SEGUNDA PARTE: A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE O TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: A AFIRMAÇÃO DO DIREITO AERONÁUTICO

[21] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, RESP 220.898/SP, rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, julg. 23.11.2000

[22] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RESP 269.353/SP, rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, julg. 05.12.2000, pub. DJ 11.06.2001

[23] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg nos EDcl no RESP 224.554/SP, rel. Min Nancy Andrighi, julg. 06.12.2001, pub. DJ 25.02.2002

Após ter continuadamente afastado a aplicação das convenções internacionais, em favor do CDC, atualmente os tribunais superiores brasileiros parecem caminhar no sentido de inverter o entendimento anterior e afirmar a aplicação do direito aeronáutico, ao invés do direito do consumidor, em sede de transporte aéreo internacional.

Esta evolução tem sido diferente no STJ e no STF. O STJ modificou a sua posição com relação ao transporte aéreo de carga, matéria sobre a qual o STF ainda não se manifestou ainda expressamente (3.1.). Em contrapartida, o STF já começou a evoluir quanto ao transporte aéreo internacional de passageiros, enquanto o STJ mantém-se aferrado à sua posição de considerar inaplicável o direito aeronáutico (3.2.).

3.1 A AFIRMAÇÃO DO DIREITO AERONÁUTICO EM MATÉRIA DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGA

Conforme acima referido, o STJ está dividido em Turmas, tendo a 3ª e a 4ª Turmas competência para julgar relações contratuais em matéria aeronáutica. Conforme será examinado a seguir, tanto a 3ª quanto a 4ª Turma do STJ reviram a sua posição anterior e passaram a admitir que o direito aeronáutico aplica-se ao transporte aéreo internacional de carga. No entanto, esta evolução do Superior Tribunal de Justiça não tem sido linear.

Foi a 3ª Turma a primeira a decidir que, no transporte aéreo internacional de carga, era aplicável a convenção internacional e não o CDC. Esta decisão foi proferida em 2012, em um caso de extravio de carga[24]. A seguradora havia se sub-rogado nos direitos do segurado, contratante de transporte aéreo internacional de mercadorias extraviadas. O STJ, invocando precedentes em matéria de transporte terrestre, entendeu não ser aplicável o CDC eis que se tratava de;

> Tenho por reiterado o entendimento desta Corte no que tange à não incidência do CDC em relação eminentemente mercantil entre a segurada contratante do transporte e a empresa transportadora.

[24] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3a Turma, AgRg no Ag 1291994/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Agravante ITAÚ SEGUROS S/A, Agravada DHL LOGISTICS BRAZIL LTDA, julg. 28.02.2012, pub. DJe 06/03/2012

> As normas marcantemente protetivas do CDC não se aplicam a relações em que não se verifique a vulnerabilidade do consumidor do produto ou serviço objeto de discussão, ou que este sequer venha a ser o seu consumidor (destinatário final), como no caso em que os bens transportados o sejam para terceiros que não a pessoa jurídica que contrata o serviço.

É surpreendente neste acórdão o motivo apresentado para afastar o CDC. O motivo não é não ser a relação de transporte aéreo uma relação de consumo. O motivo é a relação entre a segurada e a seguradora não ser uma relação de consumo. Ora, este raciocínio está equivocado, eis que a seguradora sub-roga-se nos direitos do segurado, tal como se segurado fosse. Assim, se o segurado tem uma relação de consumo com o causador do dano, a seguradora também se sub-roga nessa relação de consumo. Aliás, este equívoco foi corrigido em acordão posterior do STJ[25].

É também curioso constatar que o caso onde foi proferido este acórdão não cuidava diretamente de uma relação de transporte aéreo, mas sim de um caso de transporte multimodal de cargas, onde o transportador era a DHL LOGISTICS BRAZIL LTDA e não um transportador aéreo.

No entanto, em sinal de oscilação da jurisprudência, poucos meses depois deste primeiro caso, a mesma 3ª Turma do STJ proferiu acordão[26] diretamente em matéria transporte aéreo internacional de carga onde reafirmou a aplicação do CDC, com base no argumento de ser a defesa do consumidor matéria constitucional:

> Em relação à aplicação da Convenção de Varsóvia em detrimento da legislação consumerista, este Tribunal firmou orientação no sentido de ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos casos de falha na prestação de serviços de transporte aéreo internacional, por verificar a existência da relação de consumo entre a empresa aérea e o passageiro, haja vista que a própria Constituição Federal de 1988 elevou a defesa do consumidor à esfera constitucional de nosso ordenamento [...]

É curioso observar que este acórdão foi proferido pela mesma Turma do acórdão precedente, composta pelos mesmos magistrados que haviam votado em sentido contrário no acórdão precedente[27]. Ainda em 2012, a 3ª Turma do STJ –composta pelos mesmos magistrados- voltou a reafirmar que, no transporte aéreo internacional, o extravio de

[25] V. acórdão proferido no RESP 1.162.649/SP citado abaixo.
[26] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, AgRg no Ag 1344297SP, rel. Min. Sidnei Beneti, Agravante ITAÚ SEGUROS S/A, Agravada DHL LOGISTICS BRAZIL LTDA, julg. 15.05.2012, pub. DJe 28.05.2012
[27] Votaram, além do relator, os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi e Massami Uyeda

mercadoria não estava sujeito à Convenção de Varsóvia, mas sim ao CDC, conforme a jurisprudência da Corte[28].

Em 2013, a 3ª Turma recusou-se a julgar um recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo ("TJSP") que havia afastado a aplicação da Convenção de Varsóvia. O TJSP havia considerado existir culpa grave do transportador no extravio da carga, equiparando-a ao dolo. A 3ª Turma não conheceu do recurso sob o fundamento de não poder reexaminar as provas. Ainda em 2013, a 3ª Turma também negou-se a conhecer de recurso interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob o argumento que a posição adotada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro estava de acordo com a jurisprudência do STJ. A posição adotada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – e confirmada por este novo acórdão da 3ª Turma do STJ – era que após o advento do CDC, a responsabilidade civil do transportador aéreo internacional de carga subordinava-se ao princípio da ampla reparação, afastando-se a indenização prevista na Convenção de Varsóvia...

No entanto, no dia seguinte (28.05.2013) ao dia em que foi proferido o acórdão imediatamente acima (27.05.2013), a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça mudou o entendimento e voltou à posição adotada no primeiro acórdão de 2012. A ação onde foi proferido o acórdão de 2013[29] ora em exame, havia sido proposta por uma sociedade empresária distribuidora exclusiva no Brasil de produtos de cutelaria manufaturados na Itália. Para trazer da Itália os produtos, a referida sociedade empresária contratou os serviços de transporte de um freight forwarder que realizou parte do transporte por via aérea. Os produtos deveriam ter sido entregues ao consignatário em 10.12.95, mas o foram somente quase um ano após, em 09.12.1996, o que teria causado danos à sociedade empresária importadora.

A 3ª Turma do STJ reafirmou adotar a teoria finalista ou subjetiva para fins de caracterização da pessoa jurídica como consumidora em eventual relação de consumo, devendo, portanto, tal pessoa jurídica ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. O STJ reafirmou ainda ter mitigado, em situações excepcionais, os rigores da teoria finalista e aplicado o CDC, quando a sociedade empresária, embora não seja tecnicamente a

---

[2828] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, AgRg no RESP 1.181.252/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Agravante VARIG LOGÍSTICA S/A, Agravado BRADESCO SEGUROS S/A, julg. 14.08.2002, pub. DJe 20.08.2012

[29] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça,, 3ª Turma, RESP 1358231/SP, rel. Min. Nancy Andrihi, Recorrente KUEHNE + NAGEL SERVIÇOS LOGÍSTICOS LTDA INCORPORADORA DO KN DEICMAR TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA, Recorrida PRÉGIA COLTELLI COM INTERNACIONAL LTDA, julg. 28.05.2013, pub. DJe 17.06.2013

destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade (técnica, jurídica, fática ou informacional). Contudo, o STJ considerou que, na hipótese dos autos:

> [...] o serviço de transporte foi contratado como instrumento para a realização do negócio empresarial de importação de bens para revenda. Não se trata *in casu* de um serviço de transporte tomado pela ora recorrida de forma dissociada de suas atividades empresariais, muito pelo contrário. Trata-se de atividade meio à consecução do principal negócio da empresa: revenda em caráter de exclusividade de produtos de cutelaria fabricados na Itália (e-STJ fl. 1594)

Em consequência, o STJ mandou que "a presente hipótese seja analisada sob as regras da Convenção de Varsóvia, tendo em vista a inaplicabilidade do CDC." É interessante observar que esta decisão foi tomada pela unanimidade dos magistrados da 3ª Turma, votantes nos quatro casos precedentes[30].

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a matéria apenas em 2014, fazendo um percurso muito parecido com o da 3ª Turma. Em dois primeiros acórdãos proferidos em 2014, a 4ª Turma afirmou a aplicação do CDC ao transporte aéreo internacional de carga e afastou a aplicação da Convenção de Varsóvia[31]. No entanto, em 13.05.2014, a 4ª Turma mudou o seu entendimento e passou a aplicar a Convenção de Varsóvia, e não o CDC, ao transporte aéreo internacional de carga. Esta mudança ocorreu em sede de ação de indenização[32] proposta por sociedade seguradora em face de "freight forwarder". A seguradora havia celebrado contrato de seguro com uma sociedade hospitalar, de modo a cobrir os riscos decorrentes de importação, por via aérea de equipamento hospitalar. Quando da chegada da carga, foi constatada estar o equipamento danificado. O "freight forwarder" reconheceu a responsabilidade pelo dano e efetuou o pagamento da indenização com base na Convenção de Varsóvia. No entanto, a seguradora pleiteou a inaplicabilidade da referida convenção e pediu a condenação do "freight forwarder" ao pagamento da importância paga à segurada, pois a seguradora havia se sub-rogado no direito de obter a reparação.

O relator inicial deste recurso havia considerado ser aplicável o CDC, pois entendeu que o hospital segurado era o destinatário final do transporte, já que "o serviço contratado –

---

[30] Com a relatora votaram os Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva

[31] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, AgRg no RESP 256.521/SP, julg. 11.02.2014 e STJ, 4ª Turma, Ag. Rg no ARESP 407809/SP, julg. 11.03.2014, sendo em ambos relator o Min. Luis Felipe Salomão

[32] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, RESP 1162649/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Recorrente FEDERAL EXPRESS CORPORATION, Recorrida INDIANA SEGUROS S/A, julg. 13.05.2014, pub. DJe 18.08.2014

transporte - não é posto à revenda, tampouco faz parte da cadeia produtiva, mediante montagem ou beneficiamento"[33].

Contudo, a maioria dos ministros entendeu não aplicar o CDC, por não haver relação de consumo, mas relação de natureza mercantil. Para tal, a maioria da 4ª Turma invocou a definição finalista de consumidor (aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio), o que não permite enquadrar como consumidor "aquele que, de alguma forma, com propósito meramente comercial, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização."[34]

Na hipótese dos autos, a maioria da 4ª Turma considerou que a aquisição do equipamento de raio x tinha por finalidade "ampliar a prestação de serviços pelo hospital ao destinatário final, que é o paciente"[35], razão pela qual a aquisição do equipamento tinha por propósito único incrementar a atividade da instituição hospitalar, ampliando e melhorando a gama de serviços e aumentando os lucros. É interessante notar que a 4ª Turma integrou o contrato de transporte à atividade econômica do consignatário:

> Sob esse enfoque, não se pode conceber o contrato de transporte isoladamente. Na verdade, a importação do equipamento de raio x tem natureza de ato complexo, envolvendo (i) a compra e venda propriamente dita, (ii) o desembaraço para retirar o bem do país de origem, (iii) o eventual seguro, (iv) o transporte e (v) o desembaraço no país de destino mediante o recolhimento de taxas, impostos etc. Tais etapas do ato complexo de importação, conforme o caso, podem ser efetivadas diretamente por agentes da própria empresa adquirente – no caso o hospital – ou envolver terceiros contratados para cada fim específico. Mas esta última possibilidade – contratação de terceiros –, por si, não permite que se aplique separadamente, a cada etapa, normas legais diversas da incidente sobre o ciclo completo da importação. Partindo da premissa incontroversa de que a importação – aí incluídos todos os atos praticados e contratos celebrados ao longo do respectivo ciclo – visa a incrementar a atividade econômica, hospitalar, não há como considerar a importadora, Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês, destinatária final do ato complexo de importação nem dos atos e contratos intermediários, entre eles o contrato de transporte, para os propósitos da tutela protetiva da legislação consumerista.[36]

[33] Idem, voto do Relator
[34] Idem, voto do Relator designado para o acórdão
[35] Idem, ibidem
[36] Idem, ibidem

É também importante mencionar que neste RESP 1.162.649, a 4ª Turma do STJ aproveitou a oportunidade para esclarecer a posição da seguradora, enquanto sub-rogada do segurado. Segundo o acórdão:

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

Deste modo, a seguradora não pode invocar uma relação de consumo entre ela e o segurado para obter a aplicação do CDC ao transporte aéreo, cujo risco foi objeto do contrato de seguro. Face a este panorama das decisões da 3ª e da 4ª Turma do STJ pode-se tirar algumas conclusões. Em primeiro lugar, para o STJ, a aplicação das convenções internacionais em matéria de transporte aéreo internacional de carga não tem fundamento nas características próprias do direito aeronáutico. Ou seja, a convenção internacional não é aplicável por se tratar de transporte aéreo internacional ou por haver alguma hierarquia normativa entre a convenção internacional e o CDC.

Na verdade, o STJ funda a aplicação da convenção internacional no próprio CDC. Assim, é por o CDC descaracterizar o transporte internacional de carga como relação de consumo que se aplica a convenção internacional. O fato (transporte aéreo internacional de carga) não é confrontado com a convenção internacional, mas sim como CDC. A norma determinante para a definição do direito aplicável é o CDC e não a norma aeronáutica internacional.

A segunda conclusão – que está de algum modo ligada à primeira - é que o afastamento do CDC não é absoluto. O STJ deixou aberta a possibilidade de se aplicar o CDC, e não a convenção internacional, sempre que o destinatário do transporte aéreo internacional de carga (o consignatário ou o expedidor) estiverem em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica, fática ou informacional.

No acórdão da 3ª Turma[37], a vulnerabilidade técnica foi definida como o desconhecimento especifico acerca do produto ou serviço, podendo abranger o consumidor profissional ou empresário quando o produto ou serviço adquirido não tiver relação com a sua formação, competência ou área de atuação. A vulnerabilidade jurídica ou científica é a falta

[37] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, RESP 1358231/SP, rel. Min. Nancy Andrihi, Recorrente KUEHNE + NAGEL SERVIÇOS LOGÍSTICOS LTDA INCORPORADORA DO KN DEICMAR TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA, Recorrida PRÉGIA COLTELLI COM INTERNACIONAL LTDA, julg. 28.05.2013, pub. DJe 17.06.2013

de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e as suas consequências na relação de consumo, sendo presumida para o consumidor pessoa natural não profissional, invertendo-se esta presunção para o consumidor profissional (pessoa natural ou jurídica). A vulnerabilidade fática ou socioeconômica decorre da insuficiência econômica, física ou psicológica do consumidor que o coloca em desigualdade perante o fornecedor. A vulnerabilidade informacional decorre da assimetria de informação entre o consumidor e o fornecedor, influenciando o processo decisório de aquisição ou uso de produto ou serviço.

Assim, o STJ deixou aberta a possibilidade de aplicar o CDC, em detrimento das convenções internacionais, quando houver, na relação entre o transportador de carga e o expedidor ou consignatário, uma das vulnerabilidades acima. No entanto, esta hipótese raramente se concretizará, eis que o expedidor ou consignatário habitualmente é uma sociedade empresária com experiência. Com efeito, o comércio internacional não é normalmente realizado por neófitos. Em consequência, pode-se supor como hipótese de de aplicação do CDC ao transporte aéreo internacional de carga, a situação da pessoa natural não empresária que expede bagagem desacompanhada, como carga. Ou a hipótese do microempreendor ou do artesão que, esporadicamente, exporta a sua pequena e modesta produção, servindo-se do transporte aéreo internacional. No entanto, é manifesto não poder ser considerado vulnerável a seguradora que tem perfeito conhecimento de como é realizado o transporte aéreo internacional de carga e segura-o, ou a sociedade empresária consignatária ou expedidora que usa, ainda que eventualmente, o transporte aéreo internacional de carga.

A terceira conclusão é a surpresa de se constatar o silêncio do STJ quanto à aplicação, ao transporte aéreo internacional de caga, do Código Civil, pois este contém normas específicas sobre contrato de transporte e é norma posterior tanto ao Código Brasileiro de Aeronáutico como ao CDC (ALMEIDA, 1998, p. 33-39). É de particular interesse o art. 732 do Código Civil segundo o qual:

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

No entanto, esta matéria nunca foi discutida no STJ, que sempre se limitou ao desgastado confronto entre o CDC e as convenções internacionais. Tivesse o STJ aplicado à letra o art. 732 do Código Civil, as convenções internacionais sobre transporte aéreo e o CDC deveriam ambos ser afastados, em benefício das regras do Código Civil em matéria de transporte.

Na verdade, ainda bem que o art. 732 do Código Civil não foi invocado no STJ para afastar a aplicação das convenções internacionais ao transporte aéreo internacional, pois este artigo é manifestamente inconstitucional, por conflitar com o art. 178 da CRFB, cujo teor e sentido o STF está a começar a explicitar, conforme será visto a seguir.

3.2 A AFIRMAÇÃO DO DIREITO AERONÁUTICO EM MATÉRIA DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS

Se, em matéria de transporte aéreo internacional de carga, a posição do Superior Tribunal de Justiça evoluiu em favor da aplicação das convenções internacionais, no que toca ao transporte aéreo internacional de passageiros, o STJ continua a considerar tais convenções inaplicáveis, impondo a aplicação do CDC. Nesse sentido, é exemplo recentíssimo o acórdão proferido pela 4ª Turma em 09.12.2014[38] sobre transporte aéreo internacional de passageiro onde está escrito taxativamente:

> O STJ pacificou o entendimento de que a responsabilidade das companhias aéreas em virtude de falha no serviço prestado ao consumidor deve ser aferida com base nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, afastando-se, portanto, as convenções internacionais.

Em matéria de transporte aéreo internacional de passageiros, a evolução jurisprudencial tem-se verificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O STF, através da 2ª Turma, havia se manifestado primeiro no sentido da aplicação da Convenção de Varsóvia[39]. Posteriormente, a 1ª Turma do STF inclinou-se em favor da aplicação do CDC[40].

Após esta divergência entre as duas Turmas, o STF reconheceu a repercussão geral a um agravo de instrumento[41] onde se discutia o pagamento de indenização por danos materiais

---

[38] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, AgRg no ARESP 44380 / SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Agravante AEROLINEAS ARGENTINAS, Agravado CLAUDELINO BALBINO DE OLIVEIRA JÚNIOR, julg. 09.12.2014, pub. DJe 12.12.2014; na 3ª Turma as decisões também são no sentido de não colocar em causa a aplicação do CDC, servindo de exemplo a seguinte STJ 3ª Turma, AgRg no ARESP 144.558/RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Agravante AEROLINEAS ARGENTINAS S/A, Agravado M S P (MENOR), julg. 17.12.203, pub. 04.02.2014

[39] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, REX 297.901-5/RN, rel. Min. Ellen Gracie, Recorrente VIAÇÃO AEREA SÃO PAULO S/A VASP, Recorrida JANEKELLY RIBEIRO REGO, jul. 07.03.2006, pub 31.03.2006

[40] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, REX 351.750-3 /RJ, rel. Min Carlos Britto, Recorrente VARIG S/A VIAÇÃO AEREA RIOGRANDENSE, Recorrido ANA MARIA DA COSTA JARDIM, julg. 17.03.2009, pub. 25.09.2009

e morais, decorrentes de extravio de bagagem em transporte aéreo internacional de passageiro. Em consequência do reconhecimento da repercussão geral, o STF determinou a subida do recurso extraordinário 636.331/RJ onde havia sido interposto o agravo de instrumento, para melhor exame. Assim, atualmente, o tema está em discussão no STF no âmbito do julgamento deste recurso extraordinário 636.331/RJ[42].

Ao recurso extraordinário 636.331/RJ veio se juntar o recurso extraordinário 766.618/SP[43], interposto contra acórdão da Primeira Turma Recursal Cível do Estado de São Paulo, que aplicou o CDC e considerou ser objetiva a responsabilidade do transportador perante o passageiro, em um caso de atraso de voo internacional.

A repercussão geral é um mecanismo previsto no Art. 543-A do Código de Processo Civil brasileiro para permitir, por um lado, dar efeitos gerais às decisões do STF, pois a decisão do STF proferida em caso onde seja reconhecida a repercussão geral torna-se aplicável a todas as demais ações em tramitação e, por outro lado, dar ao STF a possibilidade de recusar-se a conhecer de recursos extraordinários que tratem apenas de interesses sem relevância. De acordo com o art. 543-A do Código de Processo Civil, a repercussão geral está presente quando a causa discutir questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes em litígio.

No caso do recurso extraordinário 636.331/RJ o STF reconheceu a repercussão geral nos seguintes termos:

> [...] questão constitucional da subsistência das normas do Código Brasileiro de Aeronáutico e da Convenção de Varsóvia – que impõem limites pré-fixados para indenizações por dano material – perante a regra constitucional da indenizabilidade irrestrita, segundo o qual as reparações por danos material e moral devem ser a este proporcionais [...].

Na verdade, a repercussão geral admitida pelo STF neste recurso extraordinário 636.331/RJ abrange não só o conflito com relação às convenções internacionais, portanto, o transporte aéreo internacional, como também o conflito com relação ao Código Brasileiro de Aeronáutica, ou seja, o transporte aéreo nacional.

É, também, interessante observar que o fundamento da repercussão geral invocada no âmbito do recurso extraordinário 636.331/RJ nada refere quanto ao art. 178 da Constituição da República. Ora, poderia o STF ter reconhecido a repercussão geral com base na

---

[41] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Repercussão geral em Agravo de Instrumento 762.184 /RJ, rel. Min. Cezar Peluso, Agravante SOCIETE AIR FRANCE, Agravado SYLVIA REGINA DE MORAES ROSOLEM, julg. 23.10.2009, pub. 17.12.2009

[42] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, REX 636331, rel. Min. Gilmar Mendes Ferreira

[43] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, REX 766.618/SP, rel. Min. Luis Roberto Barroso

subsistência das convenções internacionais em decorrência do comando contido no art. 178 acima mencionado em contraponto com a regra da indenização plena dos danos materiais e morais. Esta omissão foi suprida pela decisão tomada no reconhecimento da repercussão geral no recurso extraordinário 766.618/SP, onde o Ministro Barroso trouxe para o exame do tribunal a violação do art. 178 da Constituição da República:

> O recurso extraordinário deve ser admitido. Não há defeito de fundamentação na peça recursal, que versa, ademais, apenas sobre matéria constitucional: trata-se de saber se os arts. 5º, § 2º, e 178, caput, da Constituição conduzem à prevalência das Convenções de Varsóvia e de Montreal sobre o Código de Defesa do Consumidor, em caso de conflito entre suas disposições.

O STF ainda não terminou de julgar os dois recursos extraordinários acima mencionados. Em sessão de julgamento realizada em 08.05.2014, iniciou-se o debate de ambos os casos, tendo votado no sentido de dar provimento ao recurso extraordinário 636.331/RJ o Ministro Relator, Gilmar Mendes, e os Ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki. No recurso extraordinário 766.618/SP votaram também no sentido de dar provimento o Relator, Ministro Roberto Barroso, no que foi acompanhado pelo Ministro Teori Zavascki. O julgamento de ambos os recursos foi interrompido pois a Ministra Rosa Weber pediu vista dos autos, estando a aguardar-se a retomada do julgamento. Os votos dos Ministros que já se manifestaram ainda não foram divulgados por escrito. No entanto, o Informativo do STF[44] publicou um resumo dos argumentos apresentados, que se descrevem a seguir.

O Ministro Gilmar Mendes abordou a questão sob o ponto de vista da antinomia entre o CDC e as convenções internacionais. Para o Ministro Gilmar Mendes a antinomia se dá entre o art. 14 do CDC[45], que impõe ao fornecedor do serviço o dever de reparar os danos causados, e o art. 22 da Convenção de Varsóvia, que fixa limite máximo para o valor devido pelo transportador, a título de reparação.

Para resolver esta antinomia, o Ministro Gilmar Mendes:

a) descartou a alegação do princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor (CRFB, art. 5º, XXXII, e art. 170, V) para impedir a derrogação do CDC por

[44] Informativo do Supremo Tribunal Federal nr. 745, de 09 de maio de 2014

[45] Na verdade, não deveria ser entre o art. 14 do CDC, pois este dispositivo refere-se à "responsabilidade pelo fato do serviço", ou seja, a situações onde há risco à saúde e à segurança do consumidor; o conflito é entre o art. 20 do CDC, que trata da "responsabilidade pelo vício do serviço", pois o vício do serviço é todo o defeito que não importa em risco à saúde e à segurança do consumidor; em realizada, o art. 14 do CDC somente poderia ser invocado em caso de morte ou lesão corporal do passageiro; as situações ordinárias do transporte aéreo internacional poderiam, se fosse o caso, ser classificadas como "responsabilidade pelo vício do serviço".

norma mais restritiva, ainda que por lei especial. A este propósito, o Ministro Gilmar Mendes apontou não ser a proteção ao consumidor a única diretriz aplicável à ordem econômica.

b) afirmou que o art. 178 impõe a observância dos acordos internacionais, quanto à ordenação do transporte aéreo internacional;

c) declarou que não haveria diferença de hierarquia entre o CDC e as convenções internacionais, pois ambos têm a estatura de lei ordinária e, por isso, a solução do conflito se dá pelos critérios cronológico e da especialidade; pelo critério cronológico, as convenções internacionais são mais recentes do que o CDC, que entrou em vigor em 1991, pois a Convenção de Varsóvia sofreu alterações posteriores ao CDC e a Convenção de Montreal é a ele posterior; pelo critério da especialidade, tais convenções são normas especiais em relação ao CDC, por tratarem de modalidade especial de contrato, o contrato de transporte aéreo internacional, razão pela qual o conflito dá-se entre uma norma geral e outra específica, devendo-se aplicar o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, segundo o qual "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior";

d) limitou o entendimento acima aos contratos de transporte aéreo internacional de pessoas, bagagens ou carga, excluindo o transporte aéreo nacional de pessoas;

e) esclareceu que as regras indenizatórias previstas nas convenções internacionais abrangem apenas a reparação por danos materiais, e não morais.

O Ministro Barroso acompanhou o voto do Ministro Gilmar Mendes no recurso extraordinário 636.331/RJ e no recurso extraordinário 766.618/SP afirmou que além dos critérios tradicionais de solução de antinomias no Direito brasileiro (o da hierarquia, o cronológico e o da especialização) era preciso considerar que o art. 178 da CRFB dá a solução para este conflito, determinando a preponderância das convenções internacionais sobre o CDC. O Ministro Teori Zavascki acompanhou os dois relatores.

Os votos dos Ministros inspiram algumas considerações. Em primeiro lugar, está equivocada a afirmação do Ministro Gilmar Mendes no sentido do art. 22 da Convenção de Varsóvia fixar um limite máximo para o valor devido pelo transportador, a título de reparação. A Convenção de Varsóvia – tal como a Convenção de Montreal – não fixa limite máximo para o valor devido pelo transportador, a título de indenização. Em ambas as convenções, a indenização é ilimitada. O que ambas as convenções estabelecem é um sistema em dois níveis: se o usuário do transporte aéreo internacional desejar receber uma indenização integral (correspondente ao valor total do dano sofrido), o usuário deverá fazer uma

declaração de valor (seja em matéria de transporte de pessoas, de bagagem ou de carga). Feita tal declaração, em caso de dano, o transportador indenizará o valor declarado (salvo se o transportador provar ser o dano efetivo menor, caso em que indenizará o dano efetivo). Em contrapartida, eventualmente o usuário pagará um acréscimo ao transportador. Caso o usuário não pretenda receber uma indenização integral, basta não fazer a declaração de valor e receberá o valor fixado nas convenções internacionais. Portanto, é um equívoco considerar que as convenções internacionais impõem um limite máximo para o valor a ser indenizado pelo transportador.

Em segundo lugar, por outro lado, está certíssimo o Ministro Gilmar Mendes quando descarta o argumento tirado da constitucionalidade do CDC. Com efeito, este argumento é pueril, eis que, em um Estado de Direito, como é o caso do Brasil, todas as normas têm inspiração constitucional. No caso concreto, se há norma constitucional a determinar a proteção do consumidor (CRFB, art. 5º, XXXII, e art. 170, V), há também norma constitucional a determinar o respeito às convenções internacionais em matéria de transporte aéreo internacional (CRFB, art. 178). Em consequência, na verdade, a solução da antinomia entre o CDC e as convenções internacionais deve ser buscada no próprio texto constitucional. Como é sabido, as constituições devem ser interpretadas partindo do pressuposto que os dispositivos nelas contidos não são contraditórios, mas complementares. Ora, a única interpretação complementar entre os dispositivos do art. 5º, XXXII, e art. 170, V, por um lado, e art. 178, por outro, é considerar que a proteção do consumidor no transporte aéreo doméstico se faz na forma das normas infraconstitucionais consumeristas e que a proteção do consumidor no transporte aéreo internacional se faz na forma das convenções internacionais. Com efeito, não há lugar para maniqueísmo: a não aplicação do CDC não implica em deixar desabrigado o consumidor. O consumidor brasileiro gozará – através das convenções internacionais em matéria de transporte aéreo - da mesma proteção que o consumidor europeu, norte-americano ou japonês, apenas para citar casos onde é fato público e notório serem os consumidores adequadamente protegidos.

Em terceiro lugar, é igualmente acertado o argumento tirado do art. 178 da CRFB. A este respeito, insista-se, a solução da antinomia não está sequer no art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, mas na própria CRFB que entendeu ser relevante, para as relações internacionais do Brasil, assegurar o respeito, na ordem jurídica interna brasileira, das convenções internacionais em matéria de transporte, inclusive transporte aéreo.

Em quarto lugar, está igualmente correto o argumento da inexistência de hierarquia entre o CDC e as convenções internacionais (ALMEIDA, 2008, p. 34-40). Desde o recurso extraordinário 80.004, julgado em 1977[46], o STF tem afirmado não haver preponderância da norma de direito internacional sobre a norma infraconstitucional de direito nacional, salvo quando expressamente previsto. Ora, não há previsão legal em matéria de transporte aéreo. Assim, ainda que inexistisse o art. 178 da CRFB, a solução seria a proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, em aplicação dos critérios cronológico e de especialidade. Com efeito, o CDC entrou em vigor em 1991. Já a Convenção de Varsóvia foi emendada pelos Protocolos de Haia nrs. 1, 2 e 4 que sofram promulgados no Brasil, aqui entrando em vigor em 1998, pelo Decreto 2.860 e 2.861. De igual modo, a Convenção de Montreal é posterior ao CDC, eis que entrou em vigor no Brasil em 2006, por força do Decreto 5.910. Já quanto à especialidade, é manifesto que o CDC aplica-se a todos os tipos de relação de consumo, enquanto o transporte aéreo internacional é uma modalidade específica de relação de consumo. Aliás, como dito acima, é uma falácia afirmar que o CDC é a única forma possível de proteção dos consumidores. Existem diversas normas e diversos graus de proteção dos consumidores. No caso do transporte aéreo internacional, a CRFB mandou seguir a proteção estabelecida pelas convenções internacionais.

Em quinto lugar, a posição dos Ministros no sentido de limitar o afastamento do CDC apenas ao transporte aéreo internacional apoia-se em argumentos sólidos. Com efeito, o argumento tirado do art. 178 CRFB serve apenas para o transporte aéreo internacional, eis que o dispositivo em questão unicamente a ele se refere. Acresce que as convenções internacionais, conforme consta nos seus próprios dispositivos[47], aplicam-se apenas ao transporte aéreo internacional. A aplicação do critério cronológico não beneficia o transporte aéreo doméstico, pois este seria regido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, em vigor desde 1986, portanto, antes do CDC.

No entanto, a situação é diferente quanto ao critério da especialidade. Aqui a posição dos Ministros que já votaram parece ser menos acertada, pois o Código Brasileiro de Aeronáutica – na parte que rege as relações entre os usuários do transporte aéreo doméstico e os transportadores - é uma norma especial em relação ao CDC. Ou seja, o Código Brasileiro de Aeronáutico rege uma única modalidade de relação de consumo (a de transporte aéreo doméstico) enquanto o CDC rege todas as modalidades de relações de consumo. Neste tópico,

[46] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, rel. Min. Xavier de Albuquerque, Recorrente BELMIRO DA SILVEIRA GOIS, Recorrido SEBASTIÃO LEÃO TRINDADE, julg. 01.06.1977, pub. DJ 29.12.1977

[47] V. artigo primeiro da Convenção de Varsóvia e art. 1 da Convenção de Montreal

o mesmo raciocínio invocado pelos ministros para considerar a convenção internacional norma especial em relação ao CDC, aplica-se também ao Código Brasileiro de Aeronáutica.

Contudo, a posição dos Ministros – no sentido de restringir o âmbito da decisão ao transporte aéreo internacional – explica-se pelo fato do STF não ter competência para decidir sobre matérias infraconstitucionais. Ora a antonímia entre o CDC e o Código Brasileiro de Aeronáutica é matéria infraconstitucional, pois a solução está no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Aliás, deve-se colocar também a questão da aplicação ao transporte aéreo nacional do Código Civil – que, conforme acima mencionado, contém normas específicas sobre contrato de transporte, eis que o Código Civil é norma posterior tanto ao Código Brasileiro de Aeronáutico como ao CDC (ALMEIDA, 2004, p. 28-34). Esta matéria não foi discutida no STF, pois é de cunho infraconstitucional e a competência do STF é apenas sobre questões de ordem constitucional. Assim, não cabe ao STF – mas sim ao STJ – decidir o conflito entre o Código Brasileiro de Aeronáutico e o Código Civil e o CDC, eis que se trata de antonímia infraconstitucional.

Por último, cabe analisar a exclusão do dano moral, feita nos votos dos Ministros, que entenderam ser as convenções internacionais apenas aplicáveis em matéria de dano moral. Apesar do Informativo STF não indicar qual o fundamento para esta exclusão, é oportuno lembrar que em acórdão proferido há quase duas décadas[48], o STF entendeu que os arts. 22 e 25 da Convenção de Varsóvia versavam apenas sobre os danos materiais, nada dispondo sobre os danos morais que, assim, poderiam seriam regidos por outras normas, nomeadamente o art. 5º, incisos V e X, da Constituição da República. Em consequência, o STF afirmou não existir antonímia entre a Convenção de Varsóvia e a CRFB, pois esta se aplicaria à matéria (danos morais) não prevista naquela. Em acréscimo, o STF decidiu igualmente que, caso houvesse antinomia, a CRFB necessariamente prevaleceria, por se tratar do texto fundamental da ordem jurídica brasileira.

Parece que os votos dos Ministros fazem eco à posição que o STF adotou neste acórdão de 1996, reiterando que nem a Convenção de Varsóvia, tal como emendada pelos Protolocos de Haia em vigor no Brasil, nem a Convenção de Montreal, tratam de dano moral, matéria que foi deixada ao critério de cada Estado Parte em tais convenções.

Este ponto é de extrema importância, pois permitirá aos tribunais –em casos que assim se justifique- equilibrar a eventual menor indenização por dano material, decorrente da

[48] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, REX 172.720-9/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, Recorrente SÉRGIO DA SILVA COUTO, Recorrida IBÉRIA LINEAS AEREAS DE ESPANA S.A., julg. 06.02.1996, pub. 21.02.1997

aplicação das convenções internacionais, com um ligeiro aumento da indenização por dano moral.

4 CONCLUSÃO

A análise acima realizada da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros permite ao observador tirar algumas conclusões.

Em primeiro lugar, fica demonstrado o caráter pendular da evolução jurisprudencial. Com o aparecimento do CDC, houve um movimento em desfavor das convenções internacionais. Este movimento foi feito sem maior reflexão sobre as suas consequências. Assim, em um primeiro tempo, o STJ acabou por estender a aplicação do CDC ao transporte aéreo internacional de carga, matéria que manifestamente estava fora do âmbito do direito do consumidor. Em um segundo tempo, o STJ percebeu as consequências da sua posição inicial e a corrigiu. Deve-se dar todo o mérito da coragem de rever posições aos Ministros do STJ que, em um dia, tinham um entendimento e, em outro o mudaram, pois compreenderam que era desacertado.

Em segundo lugar, fica igualmente evidente, da leitura dos acórdãos, que o direito do consumidor suscita uma discussão emocionada quando se trata de transporte aéreo. Esta discussão acaba por prejudicar o entendimento das reais consequências da aplicação, ou não, do CDC ao transporte aéreo internacional. A discussão é, na maioria das vezes, maniqueísta: só o CDC é capaz de proteger os usuários do transporte aéreo internacional. Sem o CDC, os usuários estarão em situação de abandono jurídico.

Em terceiro lugar, e em resposta ao maniqueísmo acima mencionado, é importante constatar que a aplicação das convenções internacionais ao transporte aéreo internacional de passageiros e carga, ao invés do CDC, não diminui, em nada, a proteção dos usuários de tal transporte. Por um lado, em matéria de danos morais, a proteção continuará a ser dada de forma ampla e integral, eis que os danos morais não estão cobertos pelas convenções internacionais, no entendimento do direito constitucional brasileiro. Por outro lado, em matéria de danos materiais à bagagem ou à carga, tanto os passageiros quanto os expedidores de carga, têm a possibilidade de fazer uma declaração de valor e, em caso de dano, receberão uma indenização integral do valor declarado (salvo se o transportador provar que a declaração

é falsa, caso em que o valor será reduzido para o valor real da bagagem ou da carga)[49]. Em caso de danos materiais causados por morte ou lesão corporal, a responsabilidade do transporte é, na prática, sem limite, pois o transportador só pode limitar a sua responsabilidade acima de 100.000 DES se provar (i) ou que o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão sua ou de seus prepostos, (ii) ou que o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro[50]. Em caso de danos materiais decorrentes de atraso, a responsabilidade do transportador está estabelecida em 4.150 DES, o que é uma soma mais do que razoável[51]. Por último, o transportador poderá estipular que o contrato de transporte estará sujeito a limites de responsabilidade mais elevados ou que não estará sujeito a nenhum limite de responsabilidade[52].

Deste modo, aplicar as convenções internacionais ao transporte aéreo internacional de passageiros e carga não é nem desarrazoado, nem juridicamente equivocado. Espera-se que o STF – na continuação do julgamento dos recursos extraordinários pendentes – e o STJ na extensão da sua jurisprudência em matéria de carga a passageiros, prossigam no caminho adequado.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A legislação aplicável ao transporte aéreo internacional. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, v. 75, p. 33-39, 1998.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Convenção de Montreal de 1999 e o Transporte Aéreo Internacional no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial,** v. 91, p. 34-40, 2008

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. Contrato de Transporte Aéreo no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, v. 87, p. 28-34, 2004.

PEREIRA, Osny Duarte. **Juízes brasileiros atrás da Cortina de Ferro**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, p. 41, 1952.

[49] V. art. 22 da Convenção de Montreal
[50] V. art. 21 da Convenção de Montreal
[51] V. art. 22 da Convenção de Montreal
[52] V. art. 25 da Convenção de Montreal