

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 128

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
RECTE.(S)	: AIR CANADA
ADV.(A/S)	: CARLA CHRISTINA SCHNAPP E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: CINTIA CRISTINA GIARDULLI
ADV.(A/S)	: MARIA MIRTES GISOLFI

Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CONFLITO ENTRE LEI E TRATADO. INDENIZAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO EM CONVENÇÃO INTERNACIONAL. APLICABILIDADE.

1. Salvo quando versem sobre direitos humanos, os tratados e convenções internacionais ingressam no direito brasileiro com *status* equivalente ao de lei ordinária. Em princípio, portanto, as antinomias entre normas domésticas e convencionais resolvem-se pelos tradicionais critérios da cronologia e da especialidade.

2. Nada obstante, quanto à ordenação do transporte internacional, o art. 178 da Constituição estabelece regra especial de solução de antinomias, no sentido da prevalência dos tratados sobre a legislação doméstica, seja ela anterior ou posterior àqueles. Essa conclusão também se aplica quando o conflito envolve o Código de Defesa do Consumidor.

3. Tese afirmada em sede de 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*”.

4. Recurso extraordinário provido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata de julgamento, sob a presidência da Ministra Cármem Lúcia, por maioria e nos termos do voto do Relator, em dar provimento ao recurso

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 128

ARE 766618 / SP

extraordinário, para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido, em razão da prescrição (CPC, art. 269, IV). Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder o Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Em seguida, acordam em fixar tese nos seguintes termos: “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”, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 25 de maio de 2017.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
RECTE.(S)	: AIR CANADA
ADV.(A/S)	: CARLA CHRISTINA SCHNAPP E OUTRO(A/S)
RECD0.(A/S)	: CINTIA CRISTINA GIARDULLI
ADV.(A/S)	: MARIA MIRTES GISOLFI

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário, interposto contra acórdão da Primeira Turma Recursal Cível do Estado de São Paulo, assim ementado (fls. 265):

“Atraso de voo internacional – aplicação ao caso do CDC, sendo objetiva a responsabilidade do transportador – risco da atividade – fortuito interno – danos morais arbitrados em quantia consentânea com o caso concreto – sentença mantida na íntegra por seus próprios fundamentos.”

2. Para registro, na parte pertinente, a sentença afirma (fl. 211):

“De início afasto a preliminar de mérito, uma vez que caso é da aplicação do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, motivo pelo qual não há que se falar em prescrição.”

3. O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, *a e b*, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação aos arts. 5º, § 2º, e 178, *caput*, da Constituição. Sustenta, em síntese, que as regras de prescrição aplicáveis ao caso seriam aquelas das Convenções de Varsóvia e de Montreal, e não do Código de Defesa do Consumidor.

ARE 766618 / SP

4. Por decisão monocrática, converti o agravo em recurso extraordinário e, diante da inclusão em pauta do RE 636.331/RJ, dispensei a reautuação do feito, garantindo, porém, às partes o direito de realizar sustentação oral.

5. É o relatório.

08/05/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

V O T O

Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CONFLITO ENTRE LEI E TRATADO. INDENIZAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO EM CONVENÇÃO INTERNACIONAL. APLICABILIDADE.

1. Salvo quando versem sobre direitos humanos, os tratados e convenções internacionais ingressam no direito brasileiro com *status* equivalente ao de lei ordinária. Em princípio, portanto, as antinomias entre normas domésticas e convencionais resolvem-se pelos tradicionais critérios da cronologia e da especialidade.

2. Nada obstante, quanto à ordenação do transporte internacional, o art. 178 da Constituição estabelece regra especial de solução de antinomias, no sentido da prevalência dos tratados sobre a legislação doméstica, seja ela anterior ou posterior àqueles. Essa conclusão também se aplica quando o conflito envolve o Código de Defesa do Consumidor.

3. Tese afirmada em sede de repercussão geral: *Por força do art. 178 da Constituição Federal, em caso de conflito, as normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor.*

4. Recurso extraordinário provido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

I. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL DEBATIDA

1. Senhor Presidente, ambos os recursos versam sobre a solução de antinomias entre o Código de Defesa do Consumidor e os tratados internacionais que regem o transporte aéreo internacional. Nos

ARE 766618 / SP

dois processos, os acórdãos recorridos afirmaram a prevalência do CDC sobre os diplomas convencionais, variando apenas o contexto fático debatido: (i) no RE 636.331/RJ, de que é Relator o eminente Ministro Gilmar Mendes, o Tribunal de origem valeu-se do CDC para afastar os limites de indenização por danos materiais previstos na Convenção de Varsóvia; enquanto (ii) no ARE 766.618/SP, que versa sobre danos decorrentes de atraso de voo, o órgão *a quo* aplicou o prazo prescricional do art. 27 do CDC (cinco anos), em vez do prazo bienal do art. 29 da Convenção de Varsóvia.

2. Em síntese, portanto, a questão constitucional posta perante esta Corte poderia ser enunciada nos seguintes termos: “*Havendo antinomia entre o CDC e as convenções que regem o transporte internacional, é correto dizer que o art. 178 da Constituição determina a prevalência destas sobre aquele?*”

II. ANÁLISE DA MATÉRIA

II.1. O *status hierárquico* dos tratados internacionais

3. Como é corrente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma, de longa data, que os tratados e convenções internacionais ingressam no sistema jurídico brasileiro com *status* equivalente ao das leis ordinárias (v., e.g., ADI 1.480 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello). Essa regra geral encontra hoje exceções nos tratados de direitos humanos, que podem assumir estatura constitucional (CF/88, art. 5º, § 3º) ou, ao menos, suprallegal (RE 349.703/RS, Rel. Min. Carlos Britto). No entanto, como não é esse o caso dos autos, aplica-se a regra geral: o CDC e a Convenção situam-se no mesmo patamar hierárquico. Consequentemente, as eventuais antinomias existentes entre seus preceitos resolvem-se, em princípio, pelos critérios da especialidade e cronológico, sendo que aquele tem preferência sobre este (LINDB, art. 2º, § 2º).

ARE 766618 / SP

4. O que expus até aqui já me permitiria concluir pela prevalência da Convenção no caso. Isso porque as regras consumeristas sobre indenização alcançam o fornecimento de quase todos os produtos e serviços, enquanto a regra convencional trata especificamente da prestação do serviço de transporte aéreo internacional. Mas esse raciocínio não seria próprio de um recurso extraordinário, que não se presta à mera contraposição de leis ordinárias e seus equivalentes. De duas uma: ou bem a Constituição prevê a solução do problema ou o recurso não pode ser admitido. Em minha opinião, a primeira alternativa é a correta. Confira-se.

II.2. O art. 178 da Constituição Federal

5. O art. 178 da Carta explicitamente prevê que a legislação pertinente à ordenação do transporte aéreo internacional deve observar “os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”. Manteve-se, assim, a lógica prevista no art. 203 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86), que já dispunha no sentido de que a exploração dos serviços de transporte aéreo público internacional se sujeitaria “às disposições dos tratados ou acordos bilaterais vigentes com os respectivos Estados e o Brasil” ou, “na falta desses, ao disposto neste Código” (art. 203).

6. Como se percebe facilmente, 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.

ARE 766618 / SP

7. A teleologia da regra é bastante clara: a ideia é *uniformizar* o direito aeronáutico, a fim de viabilizar e fomentar o transporte internacional. Como a atividade envolve necessariamente dois ou mais Estados soberanos, sua execução sempre se conecta, pelo menos, a duas ordens jurídicas diferentes. Sem a uniformização das normas aplicáveis, a insegurança jurídica seria enorme – inclusive para os passageiros, que só poderiam saber os seus direitos recorrendo a complexas regras de conexão e estudando a legislação estrangeira aplicável. Ademais, a harmonização das normas favorece a isonomia (CF/88, art. 5º), ao garantir que todos os consumidores recebam o mesmo tratamento por parte dos fornecedores – o que, aliás, é previsto no próprio CDC como *direito básico do consumidor* (art. 6º, II, *in fine*). Dessa forma, a opção consagrada no art. 178 prestigia, a um só tempo, a previsibilidade do Direito, a igualdade e os compromissos firmados pela República junto à comunidade internacional.

II.3. Aplicação do raciocínio aos casos concretos

8. A aplicação da teoria aos casos não envolve maior complexidade. Em relação à situação do ARE 766.618/SP, que discute a incidência de regras de prescrição, já há, inclusive, precedente da Corte. No RE 297.901/RN (Rel. Min. Ellen Gracie), o Tribunal não apenas confirma a orientação geral exposta acima, como indica a solução específica a ser aplicada ao feito ora examinado. Confira-se a ementa do julgado:

“PRAZO PRESCRICIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99).

ARE 766618 / SP

2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos.

3. Recurso provido."

9. A prescrição é regulada pelo art. 29 da Convenção de Varsóvia (Decreto nº 20.704/31), que confere aos interessados um prazo de dois anos para ingressar em juízo, "*a contar da data de chegada, ou do dia, em que a aeronave, devia ter chegado a seu destino, ou do dia da interrupção do transporte*". Considerando que o dano alegado corresponde a atraso de voo (lapso temporal que se estende até o efetivo retorno da passageira), o termo inicial da prescrição só pode ser a chegada da autora/recorrida no Brasil – i.e., 28 de setembro de 2006 (fl. 05)¹. Como a ação foi proposta em 26 de maio de 2009, não há como não reconhecer a prescrição, verificada quase oito meses antes, em setembro de 2008.

10. A mesma *ratio* se aplica ao RE 636.311/RJ: por incidência do art. 178 da Constituição, o conflito entre o CDC e a Convenção de Varsóvia deve se resolver em favor desta última: incide, assim, a regra que limita a indenização por danos materiais.

11. Quanto ao ponto, e apenas para registro, não vislumbro qualquer sombra de invalidade material na previsão de um teto para a indenização. Não há dúvida de que a *defesa do consumidor* tem matriz constitucional (CF/88, art. 5º, XXXII; art. 170, V). Todavia, não se trata de um valor absoluto, que imponha, sempre e em qualquer caso, a

1 Uma observação: a Convenção de Montreal, que substituiu a Convenção de Varsóvia, foi internalizada no Brasil por decreto publicado justamente na data em que a autora chegou ao País (Decreto nº 5.910/2006, publicada em 28.09.2006). De todo modo, não é relevante discutir se é ela ou sua antecessora que deve reger o caso, porque a Convenção de Montreal também prevê um prazo bienal de prescrição (art. 35, nº 1).

ARE 766618 / SP

prevalência dos interesses do consumidor. Cuidando-se de um princípio, a tutela do consumidor pode ser validamente restringida pela incidência simultânea de outros fins e valores constitucionais.

12. Certamente, há limites a serem observados, dentre os quais a *proporcionalidade* ou *razoabilidade* da restrição. Não se admitiria, por exemplo, que um tratado (assim como uma lei ou um regulamento) viesse a esvaziar a proteção concedida ao consumidor. Não creio, porém, que seja essa a hipótese examinada.

13. Como a transportadora assume a obrigação de entregar a bagagem no destino, íntegra, ela só pode oferecer o serviço se puder antecipar minimamente o risco a que se expõe. Afinal, esse é um componente do preço que será cobrado: é razoável que quem transporta obras de arte cobre quantias mais elevadas do que quem leva ração para animais, por exemplo. No caso do transporte aéreo internacional, que é um serviço massificado, a definição individualizada do preço seria inviável, sem contar que imporia ao passageiro o desconforto de exibir seus pertences à transportadora. No entanto, tampouco se poderia admitir que a indenização fosse determinada exclusivamente pelo que o consumidor afirmasse em juízo – até porque, não tendo inspecionado o conteúdo das malas, a empresa jamais poderia fazer prova de valor diverso.

14. Nesse contexto, a solução dada pela Convenção é bastante razoável: adota-se um *padrão*, aplicável à generalidade dos casos, que permite à empresa definir um preço igualmente uniforme. Admite-se, porém, que o passageiro declare um valor mais elevado – e eventualmente pague uma quantia adicional – para garantir uma indenização maior. Como se vê, não se impõe uma restrição absoluta ao consumidor – ao contrário, ele pode sempre afastá-la, preenchendo uma declaração especial de bagagem.

ARE 766618 / SP

III. DISPOSITIVO

15. Diante do exposto, concluo no sentido de:

(i) afirmar a seguinte tese em sede de repercussão geral:

"Por força do art. 178 da Constituição Federal, em caso de conflito, as normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor";

(ii) dar provimento ao ARE 766.618/SP para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido, em razão da prescrição (CPC, art. 269, IV);

(iii) dar provimento ao RE 636.331/RJ para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de primeiro grau.

16. É como voto.

08/05/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

SÍNTESE ORAL DO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 766.618) - Presidente, considero a questão muito relevante e de alta indagação. Eu trago um voto escrito não muito longo, mas prefiro não o ler, dentre outras razões, porque estou substancialmente de acordo com as ideias que foram alinhadas pelo Ministro Gilmar Mendes.

A hipótese, portanto, Presidente, é de uma clara antinomia entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção Internacional. E, interessantemente, os dois casos que motivaram os recursos foram decididos favoravelmente à aplicação do Código do Consumidor e em detrimento da aplicação da Convenção Internacional.

Havendo uma antinomia, como já assentou o eminentíssimo Relator, a hipótese é de se verificar os três critérios tradicionais de solução de antinomias do Direito brasileiro: o da hierarquia, o cronológico e o da especialização. Para ver se se aplica o hierárquico, é preciso ver a natureza desse tratado. Esse é um tratado que não versa sobre direitos humanos e, por isso, de acordo com a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem *status* de lei ordinária. Se fosse um tratado de direitos humanos, ele teria um *status* supralegal e a matéria se colocaria em termos de hierarquia. Não se colocando a matéria em termos de hierarquia, trata-se de aplicar os critérios remanescentes.

E aqui penso ser fora de dúvida, tal como apontou o Relator e como observou agora o Ministro Marco Aurélio, que a Convenção de Varsóvia, por tratar especificamente das relações de consumo relativos ao transporte aéreo, é norma especial, em contraste com o Código do Consumidor. Isso me parece muito claro.

ARE 766618 / SP

Porém, se esse fosse o caminho a seguir, esta matéria nem poderia ter chegado aqui em recurso extraordinário, porque essa seria uma discussão puramente infraconstitucional.

O que legitima a admissão dos recursos extraordinários sobre esta questão é a existência de um dispositivo constitucional que a influencia: o art. 178 da Constituição, que prevê expressamente que, na ordenação do transporte internacional, serão observados os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. Assim, a Constituição brasileira, no seu art. 178, previu um critério para a solução dessa antinomia. Neste caso, a Constituição fez um pouco o papel que a antiga Lei de Introdução ao Código Civil – hoje, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – faz em termos de regras de sobredireito. Por conseguinte, aqui há uma regra de sobredireito constitucional que indica como é que se deve solucionar esta controvérsia.

Penso que a teleologia da norma constitucional é perfeitamente legítima: ela se volta ao interesse de se uniformizarem as regras no transporte aéreo internacional – o que, em última análise, traz não só isonomia entre todos os consumidores desse serviço, como também impõe ao Brasil o respeito aos compromissos internacionais que tenha assumido.

Dessa forma, são essas as premissas que aplico ao caso concreto. Quanto ao Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618, no qual se discute a prescrição, considero fora de dúvida que se aplica o art. 29 da Conversão de Varsóvia, que prevê o prazo prescricional de dois anos, a contar da chegada da aeronave. Como a aeronave chegou em 28 de setembro de 2006, e a ação foi proposta em 26 de maio de 2009, a prescrição se verificou oito meses antes e isso deve ser reconhecido.

Quanto ao Recurso Extraordinário nº 636.331, este da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o que se discute é a existência, ou não, de um

ARE 766618 / SP

limite material à indenização por danos materiais. E eu aqui estou alinhado também com a posição do Tribunal, referida pelo Ministro Marco Aurélio. Mas essa não foi a discussão neste caso presente. Portanto, também aqui eu acho que se aplica a Convenção de Varsóvia, com a sua indenização tarifada.

Eu ouvi com muita atenção, como sempre faço, as observações judiciosas do eminente Procurador-Geral da República sobre a questão da proteção constitucional do consumidor e gostaria de fazer uma brevíssima reflexão sobre esse ponto também.

O artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição de fato prevê:

"XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;"

Esse dispositivo está no capítulo dos direitos fundamentais. Há, portanto, um núcleo mínimo de direito fundamental na proteção ao consumidor. Esta, porém, é tipicamente uma norma que o Professor José Afonso da Silva chamaria de princípio institutivo; uma norma que convoca a atuação do legislador. E a Constituição, no artigo 178, prevê expressamente a prevalência das convenções internacionais nessa matéria.

Portanto, eu acho – e isso foi apontado da tribuna pelo Professor Wambier – que 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. Dentro do que me parece ser a melhor forma de se interpretar o Direito, deve-se ler as disposições normativas à luz dos princípios constitucionais. Mas quando uma regra constitucional estatuir em sentido diverso ao indicado por um princípio constitucional, deve-se aplicar a regra, a opção claramente manifestada pelo constituinte

ARE 766618 / SP

- o que me parece que também esse seria o caso aqui, se nós considerássemos que existiria, no art. 5º, XXXII, uma proteção mais ampla do consumidor.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 636.331) - Vossa Excelência me permite uma observação?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 766.618) -
Claro, com muito prazer.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 636.331) - Eu tenho a impressão até que temos de interpretar essas normas em seu conjunto. De qualquer forma, é fácil ver que a norma constante do artigo 5º expressa uma ideia de um dever de proteção, que incumbe ao Estado tomar todas as providências no sentido de promover a defesa do consumidor.

Por outro lado, a regra do artigo 178 também não manda nulificar direitos do consumidor, mas talvez, tendo em vista a combinação de fatores, proceder em consonância com valores que envolvem o transporte internacional. Não se trata de nulificar a proteção do consumidor, mas também de realizar isso na complexa tessitura da cooperação internacional.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 766.618) -
Certamente. E se nós constatássemos que a Convenção de Varsóvia deixa o consumidor inteiramente desguarnecido, aí, sim, eu acho que seria o caso de se pronunciar a constitucionalidade da Convenção, ou do decreto que internalizou a Convenção. Mas esse definitivamente não me parece ser o caso, até porque, Ministro Gilmar, nós estamos aqui lidando com transporte aéreo; nós não estamos lidando com um consumidor

ARE 766618 / SP

hipossuficiente, que precise de uma exacerbação da proteção do Estado.

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

Eu concluo o meu voto, portanto, com o seguinte dispositivo:

Diante do exposto, concludo no sentido de:

(i) Afirmar a seguinte tese em sede de repercussão geral:

"Por força do art. 178 da Constituição, em caso de conflito, as normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor."

(ii) Afirmada essa tese geral, eu concludo por dar provimento ao Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618 para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido, em razão da prescrição (CPC, art. 269, inciso IV); e, por fim, dar provimento ao Recurso Extraordinário nº 636.331 para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de primeiro grau.

Em conclusão, ao assentar que prevalece o Convenção de Varsóvia, estou afirmando que, tanto o prazo de prescrição quanto a limitação material à indenização são válidas e vigentes internamente no Direito brasileiro. Por isso, estou dando provimento aos dois Recursos, Presidente.

xxxxxxxx

08/05/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas para prestar um esclarecimento, uma vez que apartei o ministro Gilmar Mendes, o objeto do extraordinário de nº 636.331 é único: a indenização por dano material, presente o conteúdo da mala. Não está em jogo aqui a responsabilidade por danos morais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu fiz questão de deixar claro, de qualquer forma, que a Convenção só limita por dano material. Portanto, nós não... tal como Vossa Excelência já havia firmado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro-Relator, eu concordo com Vossa Excelência e também com a observação do Ministro Marco Aurélio, no sentido de que a discussão está delimitada pelo pedido feito no recurso em que a ré, ou a recorrente, pede apenas que se altere o entendimento relativo ao dano material, requerente inclusive que seja "restabelecida a decisão de primeiro grau, aplicando-se as regras da Convenção."

A decisão de primeiro grau condenou a ré não apenas ao pagamento de danos materiais, mas também a danos morais. Os danos materiais, pelo extravio da mala, foram circunscritos ao equivalente em reais ao total de direitos especiais de saques correspondentes ao peso da mala, que ficou estabelecido em vinte quilos. No que diz respeito aos danos morais, a empresa foi condenada a seis mil reais, corrigidos na forma da lei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Nessa matéria, quanto aos danos, já houve preclusão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Então, o que nós estamos discutindo aqui é exatamente essa questão da aplicação, ou não, do Pacto de Varsóvia, ou de Montreal, à questão do dano material.

Apenas o que me preocupa um pouco, eminent Relator e eminentes Pares, é que, no acórdão que reconheceu a repercussão geral - Vossas

ARE 766618 / SP

Excelências devem ter isso na pasta -, a ementa ficou explicitada no seguinte sentido:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. LIMITAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONVERSÃO DE VARSÓVIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDENIZABILIDADE IRRESTRITA. NORMA PREVALECENTE. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO".

Então, nós precisamos deixar a matéria muito clara, porque, na verdade, eu penso que o acórdão da repercussão geral foi um pouco além da discussão que está se travando aqui.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Nem isso era pedido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como não vincula o Plenário no julgamento do próprio recurso.....

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É importante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Na hora de se reconhecer repercussão geral, incluiu-se os danos morais, que não estão em causa aqui. Até porque existem precedentes da Corte no sentido de cindir essa duas matérias.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Essa Convenção de Varsóvia trata de limitação para os danos morais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - A meu ver, como corretamente assentado, tanto pelo Ministro Barroso, como pelo Ministro Gilmar e o Ministro Marco Aurélio, não está em causa aqui a condenação dos danos morais, até porque o Tribunal tem posição no sentido de cindir essas duas questões.

O Ministro Marco Aurélio foi o Relator de um acórdão, como Sua Excelência revelou, aprovado por unanimidade na Segunda Turma, em que disse o seguinte - Vossa Excelência me corrija se eu estiver errado: que, com relação ao danos materiais, aplica-se sim a Convenção de Varsóvia. Mas, tendo em conta as disposições da Constituição, no que tange a proteção do consumidor, se houver dano moral, nesse aspecto,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 128

ARE 766618 / SP

aplica-se inteiramente o Código do Consumidor, que se encontra inclusive fundado, arrimado na Constituição Federal.

Apenas isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - De acordo.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor

Presidente, a minha conclusão é a mesma dos eminentes Relatores. Tenho um voto escrito e baseado também, substancialmente, em que a questão constitucional aqui, central, diz respeito à relação entre uma norma de fonte internacional e uma de fonte interna, relativamente a um tema, a matéria que não trata de proteção de direitos humanos.

A orientação firmada pacificamente no Supremo Tribunal Federal é de que as normas de direito internacional - os tratados e convenções de caráter normativo -, uma vez regularmente incorporadas ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, inclusive para efeito de controle difuso de constitucionalidade e, obviamente, também do controle concentrado. Isso decidiu o Supremo. Eu cito aqui jurisprudência mais antiga, mas sobre a questão do controle constitucionalidade, que, no caso, acho que seria relevante, o Supremo decidiu na ADI 1.480, relator Ministro Celso.

Portanto, nós temos aqui duas normas de mesma hierarquia: o Código de Defesa do Consumidor, que é uma lei ordinária, e a Convenção de Varsóvia, que é uma norma internacional equiparada a lei ordinária.

A regra de solução da antinomia é a da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que tem duas regras importantes aplicadas aqui. Primeira, a regra da especialidade - e a Convenção de Varsóvia certamente é uma norma especialíssima em relação ao Código do Consumidor, já que trata de uma especial relação de consumo, que é a relação de serviço de transporte internacional -; e a do §1º do mesmo artigo 2º, que trata do critério da antiguidade. Se nós considerarmos que há, agora, uma nova norma de direito internacional sobre essa matéria, que é o Protocolo Adicional nº 4 de Montreal, nós teremos, por qualquer dos dois critérios, a prevalência das normas de caráter internacional.

A única observação que eu gostaria de fazer - e me surgiu agora, em função da tese proposta pelo Ministro Barroso - é que parece que há entre os dois votos uma pequena divergência, mas importante. Pelo que eu entendi, o Ministro Barroso está afirmado que a prevalência do tratado internacional se daria em função do artigo 178 da Constituição. Essa seria a tese. No meu entender - e acho que isso também defendeu o Ministro-Relator, o Ministro Gilmar -, não é propriamente em função desse artigo. É em função dessa solução de antinomia que se resolve pela Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

Eu não gostaria de, desde logo, afirmar tese de que, em qualquer circunstância, a norma de direito internacional sobre transporte aéreo

prevaleceria sobre a norma de direito interno. Imaginemos que agora vem uma norma de direito interno estabelecendo de modo diferente. Essa norma não seria constitucional, ou seja, será que o legislador brasileiro interno estaria inibido e proibido pelo artigo 178 de dispor diferente de uma convenção internacional?

Publicado sem revisão.

08/05/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO ARE 766.618) - Ministro Teori, Vossa Excelência me permite um breve aparte?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Claro.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO ARE 766.618) - Eu penso que, se nós aplicássemos puramente a Lei de Introdução, teríamos até uma dificuldade de conhecimento porque estaríamos no plano infraconstitucional; mas, independentemente disso, acho que o artigo 178 faz as vezes de uma típica norma da Lei de Introdução. Ele tem uma norma de direito internacional privado, uma norma de sobredireito. Diz o artigo 178:

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

Acho, portanto, que a Constituição impõe ao legislador o respeito às convenções internacionais, a menos que não tenha sido atendido o princípio da reciprocidade, ou a menos que se declare a constitucionalidade da norma da Convenção. Seja como for, a imposição, salvo melhor juízo, decorre do artigo 178.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite um aparte, ministro Luís Roberto Barroso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR

ARE 766618 / SP

DO ARE 766.618) - Claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por isso é que Francisco Rezek, em Direito dos Tratados, diz da prevalência das Convenções sobre as normas apontadas, no bom sentido, ordinárias, não considerada a Carta da República.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO ARE 766.618) - Ministro Marco Aurélio, os internacionalistas de qualidade...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Todos os internacionalistas dizem isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Preferi citar a “prata” da Casa, Presidente. Aí é uma questão de...

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR DO ARE 766.618) - Os internacionalistas de qualidade, como é o caso do Ministro José Francisco Rezek, todos eles defendem essa tese; mas o Supremo não sufragou essa tese.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Inclusive o meu professor.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO ARE 766.618) - Haroldo Valladão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR DO ARE 766.618) - E o meu, Jacob Dolinger, também defende a tese; Rezek a defende; e os internacionalistas, todos, a defendem. Mas como o Supremo, desde o julgamento daquela velha questão da lei cambial,

ARE 766618 / SP

entende que o tratado internacional tem *status* de lei ordinária como regra geral, é a norma posterior que prevalece. Depois veio a questão do tratado dos direitos humanos.

Devolvendo a palavra ao Ministro Teori, a quem me penitencio pela interrupção, acho que há uma norma de sobredireito típica da Lei de Introdução, mas na Constituição, no artigo 178. Ela me parece muito clara, e, por essa razão, baseei nela a minha posição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Permita-me uma intervenção também?

Estou compreendendo a preocupação do Ministro Teori. Estou aqui pensando: suponhamos que o Estado brasileiro edite uma norma de caráter sanitário, ou que diga respeito à segurança, ou a qualquer uma outra; será que essa lei de grande interesse público não pode prevalecer sobre um tratado internacional que diga respeito a transportes aéreos, aquáticos e terrestres, seja para proteger a saúde pública ou a segurança?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO ARE 766.618) - Acho que aí nós teríamos que construir ou a exceção da reciprocidade ou a exceção de uma eventual constitucionalidade...

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

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO ARE 766.618) - Ou dizer que a proteção da saúde pública é uma questão de direito fundamental.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR DO RE 636.331) - Veja que não há proibição nem decorre do próprio texto do artigo 178, e também da Convenção, a possibilidade de que haja uma disciplina adicional.

ARE 766618 / SP

O que nós temos aqui, tanto na regra da prescrição como no que diz respeito ao valor de indenização, de fato, contradições entre aquilo que se assentou no Estatuto, no Código do Consumidor, e aquilo que se assentou na Convenção, nas regras convencionais. E aí, é claro, que temos que fazer uma opção. Amanhã, sei lá, o Ministro Lewandowski menciona, por razões, por exemplo, uma situação sanitária, medidas realmente para evitar a expansão de doenças. Claro que isso não estará vedado, até porque não foi disciplinado e nem haverá uma proibição nesse sentido.

Eu acho, Ministro Teori, também, que a minha divergência com o Ministro Barroso, se existe, é mais aparente, porque também eu assentei que o teor da norma transcrita no artigo 178, que já constava da redação original, é claro, ao impor a compatibilização entre a competência legislativa interna, em matéria de transporte internacional, e o cumprimento das normas internacionais. Agora, claro que nós temos que interpretar fazendo os devidos ajustes. De modo que me parece que estamos chegando a bom termo nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO ARE 766.618) - A propósito da observação do Ministro Lewandowski: se acontecer... Os americanos gostam de dizer: *hard cases make bad law*. Portanto, se aparecer um caso complicado assim, nós vamos ter de pensar sobre a eventual construção de uma exceção.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR DO RE 636.331) - De qualquer sorte, já ocorre. Quando estamos em voos internacionais, somos advertidos de que se tomam determinadas medidas, por exemplo, inseticida, porque assim determina a legislação de um dado país, e por razões específicas.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu apenas gostaria de chamar atenção, porque o Ministro Barroso está colocando como tese que a prevalência dá-se por força do artigo 178.

Eu teria uma certa reserva nessa tese; não estou me contrapondo a ela. Mas, no caso concreto, seja pelo artigo 178, seja pela regra geral da Lei

ARE 766618 / SP

de Introdução, aliás, se fôssemos aplicar o artigo 178, não precisaríamos estar invocando Lei de Introdução, a questão da antinomia, da solução de antinomia pela Lei de Introdução seria supérflua.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO ARE 766.618) - Foi assim que comecei meu o voto.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu acho que o Ministro Gilmar sustentou diferente, Vossa Excelência também invocou a Lei de Introdução, eu prefiro solucionar essa questão específica pela regra geral, acho que há uma questão constitucional. Aqui, essa relação entre Direito Interno e Direito Internacional, por si só, é uma questão constitucional, e penso que, no caso específico, soluciona-se, pelas normas gerais de solução desse tipo de conflito, sem necessidade de nós dizermos que o legislador interno não pode legislar contra uma convenção internacional.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO ARE 766.618) - Quem diz isso é o artigo: "*devendo observar os acordos firmados pela União.*"

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Quando há reciprocidade. Aliás, a observância dos acórdãos internacionais está nesse artigo e em outros artigos da Constituição, em outras matérias.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO ARE 766.618) - Mas esse é o artigo específico sobre transporte aéreo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Está bem, mas isso não significa dizer que o legislador interno esteja terminantemente proibido de dispor sobre transportes aéreos e internacionais.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DO ARE 766.618) - Isso é o que diz o início do dispositivo: "*compete ao legislador dispor*". Ele só não pode contrariar.

ARE 766618 / SP

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu não gostaria de fixar isso como tese, porque eu tenho certas reservas.

De qualquer modo, se o legislador viesse a legislar, nós, então, enfrentaríamos o caso, mas não é o caso concreto. No caso concreto, nós temos a Convenção de Varsóvia e o Protocolo Adicional nº 4, de Montreal, cuja vigência está hígida e só poderia ser afastada, no meu entender, pela declaração de constitucionalidade, o que não é o caso.

De modo que, com essas observações, eu assentaria a tese de que a Convenção de Varsóvia e o sucessor Protocolo Adicional nº 4, de Montreal, tem prevalência sobre o Código de Defesa do Consumidor, sem dizer o porquê. Essa é a tese que ficaria afirmada, e esse é o meu voto, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Afirmar tese é sempre perigoso, sobretudo, numa matéria tão delicada como esta.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 128

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - No caso concreto, nós temos a Convenção de Varsóvia e o Protocolo Adicional nº 4, de Montreal, cuja vigência está hígida e só poderia ser afastada, no meu entender, pela declaração de constitucionalidade, o que não é o caso.

De modo que, com essas observações, eu assentaria a tese de que a Convenção de Varsóvia e o sucessor Protocolo Adicional nº 4 de Montreal, tem prevalência sobre o Código de Defesa do Consumidor, sem dizer o porquê. Essa é a tese que ficaria afirmada, e esse é o meu voto, Senhor Presidente.

Publicado sem revisão.

08/05/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

VISTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, afirmar uma tese dessa envergadura aqui, a meu juízo, é muito difícil. Se estamos diante de normas de uma mesma hierarquia, como de fato estamos - segundo a jurisprudência do Supremo tratados que não dizem com os direitos humanos são normas ordinárias, no bom sentido, como diz o Ministro Marco Aurélio-, tenho enorme dificuldade, porque eu solucionaria a questão na linha do preconizado pelo duto Procurador-Geral da República, pela aplicação da norma mais favorável. Mas, mais favorável a quem? A quem, em uma relação jurídico-material dessa natureza, não está em uma posição de paridade. Há uma desigualdade que decorre justamente da hipossuficiência, da vulnerabilidade de uma das partes envolvidas, que, inclusive, como se destacou, se fez sentir até pela ausência, na tribuna, diante dos eminentes patronos que fizeram belíssimas sustentações orais - de defesa ao consumidor. O Ministério Público, sim, se manifestou favoravelmente ao consumidor, mas eu digo da tribuna.

Eu estava pensando em açãoar o artigo 178 da Constituição, justamente para, a despeito dessas circunstâncias e peculiaridades a que me referi, contar, na linha defendida pelo Ministro Luís Roberto, com o artigo 178 para concluir o meu voto, acompanhando o Relator, em ambos os feitos. E aí o Ministro Teori fez algumas considerações que me levam, de fato, adotar a tese...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DA ARE 766.618) - Excelência, porque, se não fosse pelo artigo 178, restaria apenas a questão de especialização ou precedência da proteção do consumidor. Aí, talvez, eu tivesse dúvida. Se não fosse pelo 178, talvez eu tivesse dúvida.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR DO RE

ARE 766618 / SP

636.331) - Na verdade, tanto a norma do artigo 5º, que determina a proteção ao consumidor, quanto a norma do artigo 178 são diretrizes normativas de interpretação, que estão a balizar o critério da especialidade no caso, ou não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DA ARE 766.618) - Mas se não tivesse o art. 178, talvez eu tivesse de prestigiar o consumidor por força da Constituição.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, então, opto por pedir vista regimental.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR DO RE 636.331) - Presidente, eu gostaria de fazer um registro e de cumprimentar o Ministro Barroso pela iniciativa de ter trazido também um tema correlato – não é o mesmo, mas correlato – que ajuda a dar sentido à ideia da repercussão geral, sob pena de ficarmos dentro deste quadro possível de atomização, de ficarmos a discutir eternamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DA ARE 766.618) - A mesma coisa mais de uma vez.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Porque, no caso específico do processo relatado, o Recurso Extraordinário em Agravo, é exclusivamente a prescrição, não é?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DA ARE 766.618) - A prescrição, a aplicação da Convenção de Varsóvia, que prevê dois anos, e cinco anos...

Eu gostaria de fazer um comentário a propósito de uma observação da eminente Ministra Rosa Weber e do Presidente: afirmar tese é sempre um risco, realmente, mas esse é o papel da repercussão geral. Quer dizer,

ARE 766618 / SP

se nós queremos tornar o acórdão um precedente a ser seguido, acho que temos de dizer – enunciar, propositiva e claramente – qual é a tese jurídica.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência, me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DA ARE 766.618) - Claro, só para... E se, por acaso, nós não convergirmos, a tese do Ministro Teori é menor do que a minha, mas cabe dentro da minha.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não, isso que eu ia dizer, eu acho que tese nós temos que afirmar. A dificuldade é estabelecer os fundamentos da tese, eu acho que nós temos que enunciar a tese, mas não precisamos dizer quais são os fundamentos. Eu não quero dizer que a minha tese é contra a tese de Vossa Excelência, eu deixei isso claro.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DA ARE 766.618) - Não, não, eu entendi claramente, é uma tese...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu apenas acho que nós temos fundamentos suficientes na orientação tradicional do Supremo para, no caso, fazer prevalecer a Convenção de Varsóvia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois é, mas Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Agora, eu acho que nós não precisaríamos ...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Com precedente do Ministro Ayres Britto.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - ..., pelo menos nesse caso, afirmar a tese de que, em qualquer circunstância, o artigo 178 impõe a sobreposição de norma internacional sobre o Direito interno, mesmo

ARE 766618 / SP

que o Direito interno seja posterior; esse é o problema.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DA ARE 766.618) - Ministro Lewandowski, só um comentário.

A minha tese é: em razão do artigo 178, a Convenção de Varsóvia prevalece sobre o Código do Consumidor. Para mim, é importante dizer isso, porque, talvez, se não houvesse o 178, eu não diria.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu também, mas eu quero dizer...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não é só isso, há uma questão prática. É que as causas são decididas exatamente à luz desse confronto, entre a Convenção, agora o Pacto de Montreal, e o Código de Defesa do Consumidor. E mais ainda: sempre com essa ótica, no meu modo de ver, **data maxima venia**, equivocada de fazer prevalecer um princípio constitucional sobre uma regra constitucional. Eu só relembraria aqui, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ficha Limpa 1, diferentemente da Ficha Limpa 2, fez prevalecer a regra constitucional do artigo 16 sobre o princípio da moralidade pública. Por quê? Porque havia uma regra que impedia que se aplicasse um novo modelo eleitoral no mesmo ano da eleição.

Então, aqui se fez essa distinção entre princípios e regras constitucionais, que compõem o gênero normas; e aqui nós destacamos que esse é um fenômeno do neoconstitucionalismo, prevê ambos os princípios e as regras, mas, em toda a doutrina clássica desse tema, os princípios não vencem as regras.

Então, o Ministro Barroso tocou nos pontos que são importantes, e é necessário fixar essa tese, porque as ações são mais do que repetitivas, elas se sucedem.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois bem, Vossa Excelência me permite?

ARE 766618 / SP

Eu tenho impressão que a *quaestio iuris* que estamos discutindo aqui é bastante restrita. O que se decide aqui é saber se, no caso de dano material proveniente de extravio de bagagem, se aplica a Convenção de Varsóvia com as suas alterações, ou o Código do Consumidor. Quer dizer, nós temos que refinar a nossa tese, nós vamos decidir apenas isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Essa é uma tradição, o Supremo é sempre minimalista na fixação das repercussões gerais.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - E tem a prescrição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não, sem a questão da prescrição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR DA ARE 766.618) - E prescrição, também, Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É, no caso da prescrição, aplica-se o Código do Consumidor, mas também no caso de extravio de bagagem.

Nós estamos num mundo, num universo muito restrito, eu acho que a Corte deve se pronunciar apenas sobre essa questão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nós temos feito isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, eu gostaria de, além de cumprimentar os Colegas, registrar a objetividade das sustentações orais, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - É bom que copiássemos, não é isso? Adotássemos como norma a objetividade das sustentações orais feitas.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, me permite fazer uma pequena observação? Vou manter o meu pedido de vista a despeito dessa limitação, porque tem esse precedente, também, o 351.750, da Primeira Turma, já referido, onde há tese firmada:

"Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 35 de 128

ARE 766618 / SP

retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor."

Quer dizer, é uma tese firmada pela Corte. Vou manter o pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não, muito louvável, eu aplaudo, e certamente os Colegas também aplaudem o pedido de vista, e muito vai contribuir para esclarecer a questão numa próxima assentada.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 128



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE. (S) : AIR CANADA

ADV. (A/S) : CARLA CHRISTINA SCHNAPP E OUTRO (A/S)

RECDO. (A/S) : CINTIA CRISTINA GIARDULLI

ADV. (A/S) : MARIA MIRTES GISOLFI

Decisão: Após o voto do Relator, dando provimento ao recurso extraordinário para julgar improcedente o pedido em razão da prescrição, no que foi acompanhado pelo Ministro Teori Zavascki, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 08.05.2014.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 128

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

VOTO-VISTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: 1. Trata-se de julgamento conjunto do RE 636.331 e do ARE 766.618, relatados, respectivamente, pelo Ministro Gilmar Mendes e pelo Ministro Roberto Barroso. Em ambos, discute-se, sob a ótica da repercussão geral, o alcance do art. 178 da Constituição da República, enquanto parâmetro suscetível de dirimir conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e pactos sobre transporte aéreo internacional integrados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Rememoro aspectos dos recursos ora em exame.

2. O RE 636.331 foi interposto no bojo da ação ajuizada por Sylvia Regina de Moraes Rosolem em face de Société Air France, na qual pedida indenização pelos danos morais e materiais decorrentes do extravio de bagagem despachada, na data de 03.10.2005, em voo internacional do Rio de Janeiro a Madri, com conexão em Paris.

A recorrente, Société Air France, busca a reforma de acórdão, da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento à sua apelação e, forte no Código de Defesa do Consumidor, deu parcial provimento à apelação da autora, para, afastado o limite indenizatório previsto na Convenção de Varsóvia e observado na sentença, majorar o valor fixado a título de dano material pelo extravio de bagagem despachada.

No apelo extremo, fundado no art. 102, III, "a", da Constituição da República, invoca precedente firmado pela Segunda Turma desta Corte, ao julgamento do RE 297.901, para sustentar: "*(...) como a decisão recorrida decidiu que a indenização dos danos materiais deve ser efetivada com base nas informações prestadas unilateralmente pela recorrida, que não fez declaração especial quanto ao conteúdo da mala, ao contrário do que prevê a Convenção de Varsóvia (artigo 22), ela contraria o entendimento do STF, pois aplica o CDC em*

ARE 766618 / SP

vez daquela norma, em total afronta ao artigo 178, da Constituição Federal, o que justifica o provimento deste recurso para que seja restabelecida a r. decisão de primeiro grau, aplicando-se as regras da Convenção” (fl. 8 do recurso extraordinário).

Foram admitidos, como amici curiae, a IATA – International Air Transport Association, a IUAI – International Union of Aerospace Insurers, a American Airlines Inc. e o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

O Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário.

3. O ARE 766.618 tem como pano de fundo ação proposta, em 26.5.2009, por Cíntia Cristina Giardulli em face de Air Canada, na qual pedida indenização por danos morais e materiais decorrentes de atraso, ocorrido no mês de agosto de 2006, em voo internacional operado pela ré, de Beijing a São Paulo, com conexão em Toronto.

A recorrente, Air Canada, impugna acórdão, da 1^a Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Santo André, que negou provimento a seu recurso inominado, mantendo, pelos próprios fundamentos, sentença em que afastada a incidência do prazo prescricional bienal, preconizado em convenções internacionais incorporadas ao ordenamento pátrio (art. 29 da Convenção de Varsóvia e art. 35, nº 1, da Convenção de Montreal), em favor do prazo quinquenal previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

No recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, “a”, da Carta da República, argumenta que “(...) o v. acórdão recorrido contraria o disposto no art. 5º, § 2º e no art. 178, caput, da Constituição da República, que prevêem, respectivamente, a incorporação ao Direito Pátrio dos direitos e garantias previstos nos tratados internacionais em que o Brasil é parte (como é o caso da Convenção de Montreal), e a aplicação, no país, quanto à ordenação do transporte aeronáutico, dos acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade” (fl. 289 dos autos respectivos).

ARE 766618 / SP

4. Na sessão do dia 08.5.2014, os Relatores dos recursos em tela convergiram quanto à prevalência, em face do Código de Defesa do Consumidor, das normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional, tendo o Ministro Roberto Barroso proposto a afirmação da seguinte tese em sede de repercussão geral: “*Por força do art. 178 da Constituição da República, em caso de conflito, as normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor*”.

Aplicada a tese proposta ao respectivo caso concreto, o relator do RE 636.331, Ministro Gilmar Mendes, votou pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário, para “*reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores*”, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki.

Por sua vez, o relator do ARE 766.618, Ministro Roberto Barroso, votou pelo conhecimento e provimento do recurso, para pronunciar a prescrição da pretensão indenizatória, porque deduzida após o decurso do prazo de dois anos, a contar da data do desembarque no país de destino, previsto tanto no art. 29 da Convenção de Varsóvia quanto no art. 35, nº 1, da Convenção de Montreal, tendo sido acompanhado pelo Ministro Teori Zavascki.

5. Pedi vista para melhor exame da matéria, em particular, diante do precedente da Primeira Turma desta Corte, firmado ao julgamento do RE 351.750, no qual, embora não tenha sido conhecido o apelo extremo interposto pela fornecedora do serviço de transporte aéreo internacional (Varig S.A. - Viação Aérea Rio-Grandense), à consideração de que eventual violação da Constituição da República só se daria de forma indireta, os votos proferidos pelos Ministros Ayres Britto e Cezar Peluso veicularam fundamentos endereçados a defender a prevalência, à luz do texto magno, do Código de Defesa do Consumidor sobre normas da Convenção de Varsóvia e da Convenção de Montreal que limitam a

ARE 766618 / SP

responsabilidade do transportador aéreo internacional e/ou ensejam, de maneira geral, condições menos favoráveis à parte vulnerável na relação de consumo.

6. Do cotejo dos argumentos expostos pelos Ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso, nos processos ora em debate, com os esposados pelos Ministros Ayres Britto e Cesar Peluso, ao julgamento do RE 351.750, emergem questões essenciais ao deslinde da controvérsia.

6.1. Caráter constitucional da controvérsia. Desde logo, reafirmo, na linha do decidido pelo Plenário Virtual desta Suprema Corte, quando do exame do requisito da repercussão geral, a estatura constitucional da controvérsia, ante o comando do art. 178 da Carta Magna, a estabelecer, desde sua redação originária, a necessidade de observância, na ordenação dos transportes internacionais, dos tratados ratificados pela República Federativa do Brasil.

Transcrevo a redação conferida pelo Poder Constituinte originário ao art. 178 da Lei Maior:

Art. 178. A lei disporá sobre:

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

II - a predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros e do país exportador ou importador;

III - o transporte de granéis;

IV - a utilização de embarcações de pesca e outras.

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

§ 2º Serão brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais.

§ 3º A navegação de cabotagem e a interior são privativas de embarcações nacionais, salvo caso de necessidade pública, segundo dispuser a lei.

ARE 766618 / SP

Recordo, ainda, a redação atual do preceito, decorrente da promulgação, pelo Constituinte derivado, em 15.8.1995, da Emenda Constitucional nº 7/1995:

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

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

Considerado o princípio da unidade, imprescindível interpretar o alcance da norma do art. 178 de maneira harmônica com as demais normas constitucionais, em especial as veiculadas nos arts. 5º, V, X, XXXII, e 170, V, a versarem sobre a reparação por danos morais e materiais e a proteção ao consumidor.

6.2. Exame da compatibilidade das Convenções de Varsóvia e de Montreal com a Constituição da República. Exceto quando dizem com direitos humanos, hipótese em que são internalizados com *status supralegal*, como assentado no RE 349.703, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, ou equivalente ao de emenda constitucional, quando seguido o rito previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, os tratados em geral, à luz de firme e longeva jurisprudência deste Tribunal (por exemplo: ADI 1.480, Relator o Ministro Celso de Mello), são integrados ao ordenamento jurídico doméstico, a partir da entrada em vigor do respectivo decreto de promulgação, com *status* de lei ordinária.

A Convenção de Varsóvia e sua sucessora, a Convenção de Montreal, não versam sobre direitos humanos, e, embora, em minha ótica, seja possível atribuir-lhes excepcional *status supralegal* – questão abordada no

ARE 766618 / SP

tópico de nº 8 deste voto -, a partir de exegese do art. 178 da Carta Magna, a validade de suas disposições, na ordem jurídica doméstica, está jungida a imprescindível juízo de compatibilidade com os preceitos encartados no texto magno.

Por imperativo lógico, só depois de estabelecida a premissa da compatibilidade das disposições da Convenção de Varsóvia e da Convenção de Montreal com a Constituição da República será possível estudar eventual conflito aparente das normas previstas em tais pactos com as de outros diplomas infraconstitucionais vigentes no ordenamento doméstico.

A Convenção de Varsóvia e a Convenção de Montreal disciplinam, em síntese, os seguintes aspectos: **i)** âmbito de aplicação e delimitação do conceito de transporte aéreo internacional; **ii)** documentos instrumentais à execução do contrato de transporte aéreo internacional (bilhete de passagem, nota de bagagem, conhecimento aéreo etc.); **iii)** obrigações do transportador aéreo internacional, do viajante e do expedidor de bagagens/cargas; **iv)** regime de responsabilidade do transportador aéreo internacional; e **v)** jurisdição responsável por dirimir eventuais litígios e prazo prescricional aplicável.

Desde logo, direcionada a atenção aos contornos específicos de um dos recursos ora em julgamento, o ARE 766.618, registro que, a exemplo das fixadoras de conceitos, padronizadoras de documentos e definidoras das jurisdições responsáveis por dirimir litígios, não diviso, quanto às normas veiculadoras de prazo prescricional, em ambos os pactos internacionais acima referidos, qualquer traço suscetível de legitimar um substancial desafio constitucional.

Em relação ao regime de responsabilidade do transportador aéreo internacional, em especial no tocante aos polêmicos limites indenizatórios previstos na Convenção de Varsóvia e na Convenção de Montreal, entendo que a discussão sobre a sua compatibilidade com a Carta Magna deve ser aprofundada.

6.3. Debate suscitado pelo Ministro Cezar Peluso. Na oportunidade

ARE 766618 / SP

de sua manifestação, no Plenário Virtual, acerca do reconhecimento da repercussão geral do tema objeto do AI 762.184 – o qual, uma vez provido monocraticamente pelo Ministro Gilmar Mendes, deu origem ao RE 636.331, ora em julgamento –, o Ministro Cesar Peluso, então atuando na qualidade de relator, destacou a necessidade de discutir a compatibilidade do modelo de responsabilidade da Convenção de Varsóvia com o denominado “*princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita*”.

Seguindo o voto do relator, o Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, em decisão que recebeu a seguinte ementa:

“EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Extravio de bagagem. Limitação de danos materiais e morais. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita. Norma prevalecente. Relevância da questão. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a possibilidade de limitação, com fundamento na Convenção de Varsóvia, das indenizações de danos morais e materiais, decorrentes de extravio de bagagem.” (AI 762184 RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 22/10/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-16 PP-02990)

Não passa despercebida a coerência de Sua Excelência, o Ministro Cesar Peluso, que, antes de levar o tema a debate no Plenário Virtual, havia apresentado, em 17.3.2009, voto-vista no RE 351.750, quando defendeu, na Primeira Turma desta Casa, a incompatibilidade do modelo de responsabilidade da Convenção de Varsóvia com a Constituição da República, louvando-se nos seguintes fundamentos:

“Como é de lugar comum, o ‘ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais’, e os incs V e X do

ARE 766618 / SP

art. 5.º da CF consagram o ‘princípio da indenizabilidade irrestrita’, segundo o qual as indenizações por dano material e moral devem ser a estes proporcionais.

Por outro lado, os arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (‘Convenção de Varsóvia’), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto n.º 5.910, de 27 de setembro de 2006) estabelecem limites pré-fixados à verba indenizatória por danos materiais. Assim, a questão que se põe é saber se tais dispositivos subsistiriam, ou não, perante o art. 5.º, incs. V e X, da vigente Constituição da República.

3.3. Já não vigeriam deveras, ou, segundo reza outra doutrina de igual consequência prática, perderam seus fundamentos de validez, as normas insertas nos arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e nos arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (‘Convenção de Varsóvia’), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006), porque incompatíveis com o alcance das regras estatuídas no art. 5º, V e X, da atual Constituição da República, que consagram o ‘princípio da indenizabilidade irrestrita’.

3.4. De fato, o primeiro passo do procedimento metodológico em que se desdobraaria a investigação analítica do tema central deste recurso está em saber se tal princípio encontra, já a título de definição de sua esfera de eficácia, dentre as limitações próprias da estrutura da norma que o condensa, alguma restrição apriorística ao valor reparatório dos danos materiais e morais, em qualquer de suas modalidades, ou seja, se o âmbito de proteção da norma garantidora do direito à indenização proporcional ao dano, que constitui o objeto último da tutela, é encortado por algum limite prévio e abstrato ao valor da reparação pecuniária do mesmo dano.

Aqui, a resposta é evidentemente negativa. Na

ARE 766618 / SP

fisionomia normativa da indenização proporcional ao dano, a vigente Constituição da República não contém de modo expresso, como o exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como se concede para argumentar, nenhuma **disposição restritiva** que, limitando o valor da indenização e o grau consequente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela. A norma garantidora, que nasce da conjugação dos textos constitucionais (art. 5.º, V e X), é, antes, nesse aspecto, de cunho irrestrito.

3.5. A pergunta subsequente, de certo modo implicada na primeira, é se a Constituição, posto não restringindo o valor indenizatório, autorizaria, com o mesmo resultado prático, de maneira expressa ou não, o preestabelecimento de limites por mediação de lei subalterna, que, para acomodar sua força restritiva a outros postulados sistemáticos, deveria atender aos requisitos constitucionais da **restringibilidade legítima**, sobretudo aos postulados da proibição de excessos e do resguardo ao conteúdo essencial do direito fundamental tutelado.

Noutras palavras, abrigaria a Constituição, ainda quando por modo indireto, cláusula da chamada **reserva de lei restritiva**, à qual autorizasse, por esse artifício, reduzir o âmbito teórico da tutela?

E, aqui, também é não menos negativa a resposta, porque o princípio por observar é que, se lho não autoriza a Constituição *expressis verbis*, não pode lei alguma restringir direitos, liberdades e garantias constitucionais. Tal como no Direito português e pelas mesmíssimas e irrespondíveis razões, a Constituição brasileira '*individualizou expressamente os direitos sujeitos a reserva de lei restritiva*'.

3.6. E, supondo-se por epítrope que o autorizasse a Constituição, ter-se-ia ainda de indagar se os arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional ('*Convenção de Varsóvia*'), com as modificações dos Protocolos de

ARE 766618 / SP

Haia e de Montreal (Decreto n.º 5.910, de 27 de setembro de 2006), não sucumbiriam ao contraste com o postulado da proporcionalidade, o qual impõe à lei restritiva que seja necessária, adequada e proporcional.

Ora, parece evidente que, pelo menos, não seria nem necessária (a indenização por danos materiais fixa-se conforme os danos comprovados e a compensação por danos morais por juízo prudencial), nem de justa medida, porque firma uma **ficação reparatória**, ao estatuir limites prévios e abstratos à indenização, a qual, no extremo, estaria sempre a independente dos critérios concretos.

3.7. Não é só. Outra pergunta, envolvida no inquérito teórico, é se, à luz daqueloutro postulado, tal limitação absoluta não sacrificaria o **núcleo essencial** do direito fundamental restringido.

Evê-se logo que o sacrificaria, porque, na sua vigência hipotética como instância legal redutora da responsabilidade civil, aniquilaria toda a função **satisfativa** que constitui o cerne mesmo justificador da indenização garantida pela norma de escalão supremo, a qual perderia a razão de ser, em não se prestando a tutelar o direito subjetivo à incolumidade material e moral, pelo só fato de que o valor econômico do resarcimento deixaria, em regra, de exprimir algum significado útil ao titular do mesmo direito.

Ora, limitações prévias, que, despojadas de qualquer justificação lógica, desqualificam a importância estimativa da natureza, da gravidade e da repercussão dos danos, bem como dos outros ingredientes pessoais do arbitramento da compensação por danos morais (que é sempre obra de **juízo de eqüidez**), tornam nula, ou vã, a proteção constitucional do direito à inviolabilidade material e moral e sacrificam-no em concreto. São imposições **excessivas e arbitrárias**, que mal se afeiçoam à vertente substantiva do princípio do justo processo da lei (*substantive due process of law*), que, na visão desta Corte, '*atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável*'.

ARE 766618 / SP

Dessarte, ainda que a mero título de argumentação por hipótese, tenho por incompatíveis com os incs. V e X do art. 5º da CF, os arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e os artigos 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (*'Convenção de Varsóvia'*), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006)."

Em síntese, o Ministro Cezar Peluso argumentou que as normas limitadoras da responsabilidade do fornecedor do serviço de transporte aéreo internacional, contempladas na Convenção de Varsóvia, não seriam compatíveis com os incisos V e X do art. 5º da Carta Magna, porque: **i)** ontologicamente contrárias à indenizabilidade irrestrita preconizada em tais preceitos constitucionais; **ii)** ausente autorização constitucional para sujeitar direito fundamental a reserva de lei restritiva; e **iii)** se admitida, por hipótese, a existência de autorização constitucional para submeter os direitos veiculados nos dispositivos constitucionais em tela a reserva de lei restritiva, a limitação da responsabilidade, na forma prevista no pacto internacional, não passaria por teste de proporcionalidade, consideradas as dimensões da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

Ante tais ponderações, que animaram Sua Excelência, o Ministro Cezar Peluso, a submeter o tema à apreciação deste Plenário, em sede de repercussão geral, considero oportuno examinar mais detidamente a questão da compatibilidade com a Constituição da República dos modelos de responsabilidade estabelecidos na Convenção de Varsóvia e na Convenção de Montreal.

6.4. Regime de responsabilidade do transportador aéreo internacional sob a égide da Convenção de Varsóvia. Concluída em 12 de outubro de 1929, pouco mais de duas décadas depois de alçar voo o primeiro avião e em quadra histórica caracterizada pelo início da

ARE 766618 / SP

exploração comercial do transporte aéreo internacional¹, a Convenção de Varsóvia, para unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, foi incorporada ao ordenamento doméstico e traduzida oficialmente pelo Decreto 20.704, de 24 de novembro de 1931. Em seus arts. 22 e 25, referido tratado assim disciplinava a responsabilidade do transportador aéreo internacional:

“ARTIGO 22.

(1) No transporte de pessoas, limita-se a responsabilidade do transportador, à importância de cento e vinte e cinco mil francos, por passageiro. Se a indenização, de conformidade com a lei do tribunal que conhecer da questão, puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder aquele limite. Entretanto, por acordo especial com o transportador, poderá o viajante fixar em mais o limite de responsabilidade.

(2) No transporte de mercadorias, ou de bagagem despachada, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de duzentos e cinquenta francos por quilograma, salvo declaração especial de ‘interesse na entrega’, feita pelo expedidor no momento de confiar ao transportador os volumes, e mediante o pagamento de uma taxa suplementar eventual. Neste caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao interesse real que o expedidor tinha na entrega.

(3) Quanto aos objetos que o viajante conserve sob sua guarda, limita-se a cinco mil francos por viajante a responsabilidade do transportador.

(4) As quantias acima indicadas consideram-se referentes ao franco francês, constituído de sessenta e cinco e meio miligramas do ouro, ao título de novecentos milésimos de metal fino. Elas se poderão converter em números redondos na

1 O Wright Flyer I, dos irmãos Wilbur e Orville Wright, foi construído em 1903. O voo inaugural do 14 Bis, conduzido por Santos Dumont, foi realizado em Paris, no dia 23 de outubro de 1906. O primeiro voo a atravessar o oceano Atlântico sem paradas foi feito, em junho de 1919, pelos pilotos britânicos John Alcock e Arthur Brown.

ARE 766618 / SP

moeda nacional de cada país.

(...)

ARTIGO 25.

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

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

O exame dos preceitos acima reproduzidos permite constatar, desde logo, que a Convenção de Varsóvia, em seu texto originário, não previa limites de indenização por danos materiais aplicáveis de maneira linear a todos os casos. Com efeito, já na redação primitiva, o tratado admitia, em seus arts. 22 e 25, reparação irrestrita, **condicionada à realização de declaração especial de interesse na entrega ou à demonstração de que o dano material resultou de ato doloso ou culposo do transportador ou de seus prepostos.**

Quanto aos limites indenizatórios previstos no art. 22 da Convenção de Varsóvia, para casos de extravio ou avaria de bagagens e mercadorias, bem como para os de morte ou lesão de passageiros, a doutrina destaca que foram fixados em consonância com o estágio tecnológico e civilizatório vigente em 1929, ano em que concluído o mencionado pacto internacional, revelador não apenas do significativo risco inerente à exploração da atividade de transporte aéreo internacional, como também de cenário no qual a preocupação com a salvaguarda dos consumidores ainda não tinha adquirido o relevo atual.

A respeito das razões que, nos albores da aviação, animaram a comunidade de países a estabelecer limites indenizatórios para o transportador aéreo internacional, destaco o escólio de Marco Fábio Morsello:

ARE 766618 / SP

“(...) diante da necessidade de investimentos vultosos, em setor à época de alto risco, que iniciava desenvolvimento considerado estratégico, com elevadas taxas de sinistro e controle estatal das denominadas companhias de bandeira, havia necessidade de edição de normas aptas a protegê-lo. Tendo em vista, ademais, a célebre transposição de fronteiras internacionais, impunha-se editar diploma legal uniforme em vários países.

Com base, portanto, nos fatores adrede descritos, editou-se, em 12 de outubro de 1929, a Convenção de Varsóvia, cujo âmbito de aplicação se estende aos documentos e ao regime de responsabilidade do transportador aéreo internacional.” (MORSELLO, Marco Fábio. Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo. São Paulo: Atlas, 2006. p. 53)

Nos anos subsequentes à conclusão da Convenção de Varsóvia, em paralelo à diminuição dos acidentes aéreos e à consolidação da aviação comercial como empreendimento seguro, a construção de um paulatino consenso em torno da necessidade de conferir maior proteção ao consumidor fez surgir reivindicações por mudanças no referido tratado internacional, em especial nos chamados países de “primeiro mundo”, nos quais o hábito de viajar de avião se agregava com enorme velocidade à rotina da população, a ponto de vir a configurar verdadeiro fenômeno de consumo de massa.

Nesse contexto, de crescente descontentamento com o regime de responsabilidade dos transportadores aéreos internacionais, sobreveio o Protocolo da Haia, celebrado em 28 de setembro de 1955 e integrado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto 56.463, de 15 de junho de 1965². Uma das alterações promovidas pelo referido protocolo foi a que modificou o limite de indenização por danos materiais, de cento e vinte e cinco mil para duzentos e cinquenta mil francos, por passageiro, no caso de lesão ou morte decorrente de defeito na prestação do serviço de transporte aéreo internacional.

2 MORSELLO, Marco Fábio. Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo. São Paulo: Atlas, 2006. pp. 58 e 59.

ARE 766618 / SP

O Protocolo da Haia manteve a previsão de indenização **ilimitada** pelos danos materiais, condicionada à verificação de que desencadeados por ação ou omissão, revestida de dolo ou culpa grave, imputável ao transportador ou aos seus prepostos.

Posteriormente, em 25 de setembro de 1975, em Montreal, no intuito de promover adaptações à nova ordem monetária global, caracterizada pelo abandono do padrão ouro e a correlata introdução, por parte do Fundo Monetário Internacional, do Direito Especial de Saque (DES)³, foram firmados os Protocolos Adicionais nºs 1, 2 e 4, cuja incorporação ao ordenamento doméstico ocorreu por meio dos Decretos nºs 2.860 e 2.861, ambos de 07 de dezembro de 1998⁴.

Eis o que registra Marco Fábio Morsello, sobre o cenário que ensejou a celebração dos mencionados Protocolos Adicionais:

“O advento dos referidos Protocolos teve gênese precípua em fatores econômicos, uma vez que, com o desatrelamento do padrão-ouro do dólar dos Estados Unidos da América, teve início flutuação do metal, sem qualquer vinculação com as moedas correntes, ensejando, pois, especulação crescente, que não condizia com a finalidade histórica fixada, para fins de conversão da medida de valor do franco-Poincaré.

(...)

Consequentemente, houve desatrelamento do metal como denominador comum para fixação do valor das moedas, conforme reconhecimento expresso por parte do FMI (Fundo Monetário Internacional), em 1976, no âmbito do denominado Acordo da Jamaica. Corroborando o mesmo entendimento, posteriormente, em 1978, houve modificação nas regras de constituição do Fundo, com a correlata alteração dos ditames

3 De acordo com glossário disponibilizado na página do Banco Central do Brasil na rede mundial de computadores, o Direito Especial de Saque (DES) é definido como “ativo de reserva internacional emitido pelo Fundo Monetário Internacional”, composto por uma cesta de moedas que atualmente inclui o dólar, o euro, a libra e o iene.

4 O Protocolo Adicional nº 3 não chegou a atingir o número mínimo de 30 ratificações, motivo pelo qual não entrou em vigor no plano internacional.

ARE 766618 / SP

do Acordo de Bretton Woods (Bretton Woods Agreement Act Amendment).

No âmbito das referidas alterações, reconheceu-se plena validade à adoção dos Direitos Especiais de Saque (DES), como medida de valor aplicável, em caráter substitutivo ao valor ouro." (MORSELLO, Marco Fábio. Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo. São Paulo: Atlas, 2006. pp. 64 e 65)

Ante as alterações feitas pelos Protocolos Adicionais nºs 1, 2 e 4, os arts. 22 e 25 da Convenção de Varsóvia passaram a ostentar a seguinte redação:

"Artigo 22

1. No transporte de passageiros, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 16.600 Direitos Especiais de Saque por passageiro. Se a indenização, em conformidade com a lei do tribunal que conhecer da questão, puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder aquele limite. Entretanto, por acordo especial com o transportador, poderá o passageiro fixar em mais o limite de responsabilidade.

2. a) No transporte de bagagem despachada, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, salvo declaração especial de valor feita pelo passageiro ou pelo expedidor no momento de confiar os volumes ao transportador, e mediante o pagamento de uma eventual taxa suplementar. Neste caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao valor real da bagagem despachada.

b) No transporte de mercadorias limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, salvo declaração especial de valor feita pelo expedidor no momento de confiar os volumes ao transportador e mediante pagamento de uma eventual taxa suplementar. Neste caso, fica o transportador

ARE 766618 / SP

obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao valor real da mercadoria.

c) Em caso de perda, avaria ou atraso de uma parte da bagagem despachada ou da mercadoria, ou qualquer objeto nelas contido, somente o peso total do volume ou dos volumes em questão é tomado em consideração para determinar o limite de responsabilidade do transportador. Entretanto, quando a perda, avaria ou atraso de uma parte da bagagem despachada ou das mercadorias, ou de algum objeto nelas contido, atingir o valor de outros volumes compreendidos no mesmo talão de bagagem ou no mesmo conhecimento aéreo, o peso total destes volumes deve ser tomado em consideração para determinar o limite de responsabilidade.

3. Quanto aos objetos que o passageiro conservar sob sua guarda, limita-se a responsabilidade do transportador a 332 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

4. Os limites estabelecidos pelo presente Artigo não terão o efeito de retirar do tribunal a faculdade de estabelecer, ainda, na conformidade de sua lei, uma quantia correspondente à totalidade ou a parte das despesas e outras custas que o processo haja acarretado ao demandante. A disposição precedente não será aplicada quando o montante da indenização concedida, excluídas as despesas e outras custas do processo, não exceder a quantia que o transportador tenha oferecido, por escrito, ao demandante, dentro de um prazo de seis meses a contar do fato causador dos danos, ou antes do inciso da ação, se esta for posterior a esse prazo.

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

ARE 766618 / SP

avaliação adotado pelo Fundo Monetário Internacional para suas operações e transações na data do julgamento. O valor em Direitos Especiais de Saque, da moeda nacional de uma Alta Parte Contratante que não seja membro do Fundo Monetário Internacional, será calculado na forma estabelecida por esta Alta Parte Contratante.

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

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

ARE 766618 / SP

Parte Contratante.

Entretanto, os Estados que não sejam membros do Fundo Monetário Internacional e cuja lei não permite a aplicação das disposições do item 2º alínea b) do artigo 22, poderão no momento de ratificação ou de adesão ou a qualquer tempo, declarar que o limite de responsabilidade do transportador em caso de ação judicial em seus territórios, é fixado em 250 unidades monetárias por quilograma. Esta unidade monetária, corresponde a sessenta e cinco miligramas e meio de ouro, ao título de novecentos milésimos de metal fino. Esta quantia se poderá converter em números redondos na moeda nacional de cada país.

A conversão desta quantia em moeda nacional será efetuada segundo a lei do Estado em questão.

(...)

Artigo 25

No transporte de passageiros e de bagagem, os limites de responsabilidades previstos no artigo 22 não se aplicam se for provado que o dano resulta de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, cometida com a intenção de causar dano ou temerariamente, e com consciência de que provavelmente causaria dano; todavia, no caso de ação ou omissão de prepostos, dever-se-á provar, igualmente, que agiram no exercício de suas funções.”

A leitura das alterações empreendidas na Convenção de Varsóvia e incorporadas ao ordenamento jurídico doméstico autoriza concluir que, **nos seus arts. 22 e 25, sempre foram veiculados, com singelas variações, textos normativos suscetíveis de conciliar o mencionado tratado com a indenização ilimitada e integral dos danos materiais.**

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**

ARE 766618 / SP

mencionado pacto internacional.

Transcrevo, por oportuno, a ementa de julgado da Segunda Turma desta Corte, em que sufragado tal entendimento:

"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." (RE 172720, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 06/02/1996, DJ 21-02-1997 PP-02831 EMENT VOL-01858-04 PP-00727 RTJ VOL-00162-03 PP-01093)

Circunscrita, pois, à indenização por danos materiais decorrentes da perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem – até porque, enfatizo, a pretensão deduzida no RE 636331/RJ diz apenas com tal modalidade de dano -, prevista no art. 22 da Convenção de Varsóvia, não me alinho, *data venia*, forte nas razões adiante elencadas, ao raciocínio desenvolvido no voto proferido, ao julgamento do RE 351.750, pelo eminentíssimo Ministro Cesar Peluso.

6.4.1. Em primeiro lugar, como já tive oportunidade de enfatizar, entendo que a Convenção de Varsóvia, substituída pela Convenção de Montreal, não era ontologicamente contrária à ideia de indenização ilimitada por danos materiais.

Além de não ser desprezível a hipótese de os limites indenizatórios previstos no art. 22 da Convenção de Varsóvia serem, ao menos em parte dos casos de danos materiais resultantes de perda, avaria ou atraso de bagagens, bastantes para propiciar reparação integral, o referido pacto previa a faculdade de o consumidor, mediante pagamento de eventual

ARE 766618 / SP

taxa suplementar, fazer declaração especial de conteúdo, com a finalidade de assegurar indenização em valor correspondente ao declarado, no caso de extravio de sua bagagem.

Ainda que o consumidor optasse por não fazer declaração especial de valor, a Convenção de Varsóvia admitia reparação por danos materiais de maneira irrestrita, isto é, independentemente dos limites fixados no art. 22, desde que demonstrada, na forma do seu art. 25, dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos.

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

Em outras palavras: a partir da conjugação dos arts. 22 e 25 da Convenção de Varsóvia com o art. 6º, VIII, do CDC, analisada, em cada caso, a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, não visualizo óbice à inversão do ônus da prova quanto à caracterização de dolo ou culpa grave do transportador aéreo internacional ou de seus prepostos.

6.4.2. Em segundo lugar, não diviso óbice constitucional ao estabelecimento de condicionantes razoáveis à indenização integral e ilimitada de dano material suportado por consumidor do serviço de transporte aéreo internacional.

No aspecto, a questão, na minha ótica, se resolve a partir de leitura harmônica dos arts. 5º, V, X e XXXII, 170, V, e 178 da Constituição da República, por meio dos quais o Constituinte Originário, em formulação mantida pelo Constituinte Derivado, por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 7/1995, traçou ordem jurídica fundada, simultaneamente, no direito a indenização por dano material, na defesa do consumidor e no compromisso assumido pelo Estado brasileiro com o cumprimento de tratados versando sobre a ordenação do transporte

ARE 766618 / SP

aéreo internacional.

Por oportuno, reproduzo o teor dos dispositivos constitucionais mencionados:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

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

(...)

V - defesa do consumidor;

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

Cotejados os referidos preceitos constitucionais com as condições previstas no tratado em tela (declaração especial ou verificação da existência de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos),

ARE 766618 / SP

para obtenção de indenização integral e ilimitada, **não diviso, ao menos no tocante aos casos de perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem**, que é o objeto específico de um dos casos sob julgamento (RE 636331/RJ), **incompatibilidade da Convenção de Varsóvia com a Carta Magna, sob o ângulo da razoabilidade e da proporcionalidade**.

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

O transportador aéreo internacional, no intuito de calcular os riscos a que está exposto e embutir o custo da correspondente cobertura securitária⁵ no preço cobrado pelas passagens ou pela expedição de bagagens ou mercadorias, tem de se valer de parâmetros estipulados legal ou contratualmente.

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

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

Com efeito, no tocante à responsabilidade do transportador aéreo internacional por morte ou lesão a passageiro, há fatores distintivos que

⁵ Os transportadores aéreos nacionais e internacionais são obrigados a contratar seguro, nos termos do Código Brasileiro de Aeronáutica (art. 281 da Lei 7.565/1986) e da Convenção de Montreal (art. 50 do Decreto nº 5.910/2006).

ARE 766618 / SP

não podem ser ignorados. Em tais hipóteses, não está em jogo discussão de caráter eminentemente patrimonial e, portanto, disponível – como ocorre com a bagagem despachada -, mas, sim, concernente à vida e à integridade física humanas, fundamentos centrais de nossa ordem constitucional (art. 1º, III, da Constituição da República), motivo pelo qual inviável cogitar de mecanismo que, a exemplo do que ocorre com a “declaração especial”, possibilite ajuste prévio e individualizado da indenização por danos materiais a ser recebida na ocorrência de evento danoso.

Feitas essas breves digressões, conluso, circunscrita ao exame das regras veiculadas, na Convenção de Varsóvia, para a indenização de danos materiais decorrentes de perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem, que estas são razoáveis e proporcionais, por compatibilizarem o direito de propriedade do passageiro com a necessidade de conferir a segurança jurídica imprescindível para a atuação do transportador aéreo internacional.

6.5. Regime de responsabilidade do transportador aéreo internacional sob a égide da Convenção de Montreal. A Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999, foi promulgada e integrada ao ordenamento pátrio pelo Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006.

De acordo com seu preâmbulo, entre os motivos apontados para a celebração do referido tratado internacional, estiveram a necessidade “*de modernizar e refundir a Convenção de Varsóvia e os instrumentos conexos*”, bem como a de assegurar “*indenização equitativa, fundada no princípio da restituição*”.

A doutrina assim descreve o panorama internacional que levou à substituição do Sistema de Varsóvia pela Convenção de Montreal:

“A fragmentação manifesta dos Sistema de Varsóvia, sua desconsideração em sede de julgados, bem como o advento de nova legislação por parte de alguns países assaz importantes,

ARE 766618 / SP

na seara do tráfego aéreo, deram gênese à efetiva revisão do referido sistema, por meio de Convenção substitutiva.

(...)

Considerando o esgotamento do Sistema de Varsóvia, a Convenção de Montreal estriba-se na indenização integral do passageiro por dano-evento morte, ferimento ou lesão corporal, determinando, para tanto, que os Estados Contratantes imponham aos transportadores submetidos à sua autoridade a celebração de contratos de seguro para viabilizar efetiva cobertura, na hipótese de sinistro, nos termos do que preceitua o art. 50.

Em síntese, o denominado Sistema de Montreal apresentada inovações que se escudaram na evolução do próprio transporte aéreo, da economia mundial e dos valores sociais, que propiciaram o nascedouro da ordem pública de proteção. Tais causas, jungidas à necessária compensação às vítimas de acidentes aéreos, deram gênese ao repúdio à denominada limitação da responsabilidade, nas hipóteses de dano-evento morte, ferimentos ou lesão corporal aos passageiros, por ocasião do transporte aéreo.

Outrossim, depreende-se que houve adoção da teoria do risco da atividade empreendida, em detrimento da presunção de culpa, que orientava o sistema pretérito. Dessume-se, pois, que a responsabilidade não se escuda na atividade culposa do causador do dano, mas na própria atividade empreendida pelo transportador, caracterizando sua responsabilidade objetiva.

Todavia, emergem peculiaridades que inviabilizam a adoção de sistema puro de responsabilidade objetiva, já que se adotou sistema de responsabilidade em dois níveis (*two-tier system*), de acordo com as cifras que componham eventual conflito de interesses." (MORSELLO, Marco Fábio. Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo. São Paulo: Atlas, 2006. pp. 72 a 75)

No tocante ao regime de responsabilidade do transportador aéreo internacional, assim dispõem os arts. 21 e 22 da Convenção de Montreal:

ARE 766618 / SP

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

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

2. O transportador não será responsável pelos danos previstos no número 1 do Artigo 17, na medida em que exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, se prova que:

a) o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou

b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro.

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

1. Em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, como se especifica no Artigo 19, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

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

3. No transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração

ARE 766618 / SP

especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

4. Em caso de destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de qualquer objeto que ela contenha, para determinar a quantia que constitui o limite de responsabilidade do transportador, somente se levará em conta o peso total do volume ou volumes afetados. Não obstante, quando a destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de um objeto que ela contenha afete o valor de outros volumes compreendidos no mesmo conhecimento aéreo, ou no mesmo recibo ou, se não houver sido expedido nenhum desses documentos, nos registros conservados por outros meios, mencionados no número 2 do Artigo 4, para determinar o limite de responsabilidade também se levará em conta o peso total de tais volumes.

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

6. Os limites prescritos no Artigo 21 e neste Artigo não constituem obstáculo para que o tribunal conceda, de acordo com sua lei nacional, uma quantia que corresponda a todo ou parte dos custos e outros gastos que o processo haja acarretado ao autor, inclusive juros. A disposição anterior não vigorará, quando o valor da indenização acordada, excluídos os custos e outros gastos do processo, não exceder a quantia que o transportador haja oferecido por escrito ao autor, dentro de um período de seis meses contados a partir do fato que causou o dano, ou antes de iniciar a ação, se a segunda data é posterior."

ARE 766618 / SP

De imediato, verifico que a Convenção de Montreal representou significativo avanço na proteção do consumidor do serviço de transporte aéreo internacional, notadamente nos casos de morte ou lesão de passageiro.

Com efeito, enquanto a Convenção de Varsóvia, na redação que lhe foi conferida pelos protocolos adicionais de 1975, previa, ressalvada a hipótese de dolo ou culpa grave do transportador aéreo internacional ou de seus prepostos, indenização, para os casos de morte ou lesão de passageiros, limitada a 16.600 Direitos Especiais de Saque, a Convenção de Montreal, em seu art. 21, estabeleceu a reparação irrestrita como regra, admitida, como exceção, a possibilidade de limitação a 100.000 Direitos Especiais de Saque, desde que provado que o dano não resultou da negligência ou outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou que o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro.

Vale dizer, portanto, que, no tocante aos danos materiais resultantes de morte ou lesão de passageiro, a Convenção de Montreal adota paradigma distinto da Convenção de Varsóvia, na medida em que estabelece a indenizabilidade irrestrita como regra e a limitação da responsabilidade como exceção, dependente da prova, por parte do transportador aéreo internacional, de que foram adotadas todas as medidas para evitar o dano.

De outra parte, quanto à indenização para os casos de destruição, perda, avaria ou atraso de bagagem despachada, falhas mais comumente verificadas, na atual quadra, no serviço de transporte aéreo internacional, são mais tímidas as novidades trazidas pela Convenção de Montreal em relação à Convenção de Varsóvia.

A Convenção de Montreal também estabelece, para tais casos, modelo de responsabilidade em dois níveis: a responsabilidade é objetiva, até certo patamar indenizatório, passando a ser subjetiva, se ultrapassado o referido patamar.

A diferença em relação aos casos de lesão ou morte de passageiro é que, nas hipóteses de destruição, perda, avaria ou atraso de bagagem

ARE 766618 / SP

despachada, ultrapassado o limite indenizatório para a responsabilização objetiva, não há previsão de culpa presumida do transportador aéreo internacional.

No atinente a cargas, o limite previsto na Convenção de Montreal é idêntico ao preconizado na Convenção de Varsóvia, na redação conferida a esta pelos protocolos adicionais de 1975, qual seja, 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma.

No tocante às bagagens, a Convenção de Montreal estabeleceu limite indenizatório **por danos materiais** no valor de 1000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, admitida superação desse montante nos mesmos casos previstos na Convenção de Varsóvia, vale dizer, quer no de declaração especial de valor de entrega no lugar de destino, quer no de demonstração do dolo ou culpa grave do transportador aéreo internacional ou de seus prepostos.

No particular, a mesma anotação que fiz, a título de *obiter dictum*, quando analisei a Convenção de Varsóvia, me parece válida para a Convenção de Montreal: nesta, como naquela, admite-se a aplicação de regras processuais domésticas (art. 33, nº 4, da Convenção de Montreal), razão pela qual, a rigor, considero que, no caso de pretensão indenizatória superior a 1.000 Direitos Especiais de Saque, em virtude de perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem despachada, afigura-se plenamente possível a aplicação do art. 6º, VIII, do CDC e do art. 373, § 1º, do CPC/2015.

Outro avanço significativo da Convenção de Montreal foi o estabelecimento, em seu art. 24, de mecanismo quinquenal de atualização dos limites de responsabilidade do transportador aéreo internacional, observada a média dos índices inflacionários dos Estados cujas moedas compõem o cálculo do Direito Especial de Saque.

Nesse cenário, presente a possibilidade de reparação integral e ilimitada, **no caso de perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem despachada, se atendidas condições razoáveis e proporcionais**, entendo, forte nas razões indicadas no tópico anterior, quando examinei a Convenção de Varsóvia, que também a Convenção de Montreal é, no

ARE 766618 / SP

particular, compatível com a Constituição da República.

7. Controvérsia sobre a natureza do transporte aéreo. Enfocado o ponto de vista que originalmente ensejou a discussão do tema, pelo Plenário desta Corte, sob a sistemática da repercussão geral, observo que há ainda outro aspecto, de fundamental importância, para que se possa concluir sobre a compatibilidade, ou não, do regime de responsabilidade previsto na Convenção de Varsóvia e na Convenção de Montreal com a Constituição da República, qual seja, o atinente à natureza do serviço de transporte aéreo.

A discussão, sob tal perspectiva, visa a testar a constitucionalidade do modelo subjetivo de responsabilidade previsto nos referidos tratados internacionais.

Como já enfatizei, a Convenção de Varsóvia, quer na sua redação original, quer nas conferidas pelo Protocolo da Haia e pelos Protocolos Adicionais nºs 1, 2 e 4, previu modelo de responsabilidade subjetiva para os casos de indenização por danos materiais decorrentes de morte ou lesão de passageiro, bem como para os de perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem despachada.

A Convenção de Montreal, por sua vez, estabelece modelo de responsabilidade objetiva até determinado limite indenizatório, quer no caso de morte ou lesão de passageiro, quer no de perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem, o qual, se ultrapassado, atrai a aplicação de modelo de responsabilidade subjetiva.

Se firmada a premissa de que o transporte aéreo é serviço público, corolário lógico será admitir que a responsabilização dos transportadores aéreos é regida pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal, cujo teor é o seguinte:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

ARE 766618 / SP

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

O argumento central dos que defendem categorizar o transporte aéreo como serviço público está fundado no art. 21, XII, “c”, da Lei Maior, cujo teor é o seguinte:

“Art. 21. Compete à União:

(..)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;”

Com a devida vênia, não extraio do preceito constitucional acima transscrito a ilação de que o transporte aéreo constitui serviço público, muito menos o transporte aéreo internacional. Destaco, a propósito, que a alínea “c” do inciso XII do art. 21 da Magna Carta alude a “navegação aérea”, não a “transporte aéreo”.

A distinção não parece irrelevante, pois o vocábulo “transporte” foi expressamente indicado pelo constituinte, quando tratou, nas alíneas “d” e “e” do mesmo inciso XII do art. 21 da Constituição da República, dos “serviços de *transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território*” e dos “serviços de *transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros*”.

De todo modo, ainda que se compreenda “navegação aérea” como sinônimo de “transporte aéreo”, observo que a cabeça do art. 21 admite a exploração de tal atividade diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão.

ARE 766618 / SP

Ao possibilitar que a atividade de navegação aérea seja explorada por meio de “autorização”, o constituinte acolheu o seu desenvolvimento sob regime de direito privado, vale dizer, sob a forma de atividade econômica fiscalizada pela administração pública, hipótese em que não consistirá em “serviço público”.

Atualmente, no Brasil, a exploração do transporte aéreo regular de passageiros é feita por meio de autorização – embora seja esta equivocadamente rotulada como “concessão” –, não se revestindo de características de serviço público, mas, sim, de atividade econômica fiscalizada.

A propósito, registro que a Corte de Contas da União, por meio do Acórdão nº 346/2008-TCU-Plenário, concluiu pela existência de diversas incongruências entre o instituto da concessão e o modelo atual de exploração do transporte aéreo regular de passageiros.

Ainda sobre a inviabilidade de hodiernamente enquadrar as transportadoras aéreas regulares de passageiros como concessionárias de serviço público, Victor Carvalho Pinto registra as seguintes observações doutrinárias:

“(...) O instituto da concessão de serviço público, atualmente adotado, mostra-se inadequado à luz das liberdades de voo e tarifária constantes da lei de criação da ANAC.

As atuais concessões já não apresentam, a rigor, nenhum elemento típico do instituto.

Embora o objeto dos contratos seja o território nacional como um todo, é preciso obter uma autorização específica para cada linha que se pretenda explorar (HOTRAN). A concessão, por si só, não garante à empresa o direito de voar para nenhum destino em particular. As concessionárias também não têm nenhuma obrigação de prestar o serviço em condições anti-econômicas, tais como atuar em áreas de baixa densidade ou em horários noturnos. Não há bens reversíveis, que devam ser entregues ao poder público ao final do contrato. As aeronaves, que são, evidentemente, essenciais à prestação do serviço, são privadas e sequer pertencem às empresas aéreas, que as

ARE 766618 / SP

utilizam em regime de leasing. As tarifas são livres, devendo ser meramente registradas na agência reguladora.

Por ser atividade prestada em regime de livre concorrência, não há qualquer garantia para o concessionário do equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Tanto os lucros quanto os prejuízos são do concessionário. Tanto é assim que várias empresas aéreas foram à falência ou deixaram de atuar nos últimos anos e nem por isso fazem jus a qualquer indenização.

Por fim, as concessões são outorgadas sem licitação ou mesmo qualquer procedimento para a caracterização de sua inexigibilidade ou dispensa.

Nas atuais condições, não há, portanto, como aplicar o regime jurídico das concessões às empresas aéreas. A rigor, a natureza jurídica dos serviços atuais já não é de concessão.” (PINTO, Victor Carvalho. O marco regulatório da aviação civil: elementos para a reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica. In: Textos para Discussão/Conleg 42. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 06/2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/99289>)

Em abono da tese de que o transporte aéreo regular de passageiros, explorado, no plano fático-jurídico, por meio de verdadeira autorização, não pode ser considerado serviço público, registro o escólio doutrinário de José dos Santos Carvalho Filho:

“Costuma-se fazer remissão ao art. 21, XII, da CF, para justificar a dita autorização de serviço público. Assim, porém, não nos parece. O art. 21 da CF dá competência à União Federal para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, algumas atividades, como os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens, navegação, transportes etc. Essas atividades, contudo, nem sempre são típicos serviços públicos; algumas vezes são exercidas por particulares no próprio interesse destes, ou seja, sem que haja qualquer benefício para certo grupamento social. Desse modo, a única

ARE 766618 / SP

interpretação cabível, em nosso entender, para a menção às três espécies de consentimento federal, reside em que a concessão e a permissão são os institutos próprios para a prestação de serviços públicos, e a autorização o adequado para o desempenho da atividade do próprio interesse do autorizatário.

É certo que pode haver equívoco na rotulação dos consentimentos estatais. Cumpre, entretanto, averiguar a sua verdadeira essência. Ainda que rotulada de autorização, o ato será de permissão se alvejar o desempenho de serviço público; ou, ao contrário, se rotulado de permissão, será de autorização se o consentimento se destinar à atividade de interesse do particular.

Além disso, há o argumento que consideramos definitivo: a Constituição Federal, ao referir-se à prestação indireta de serviços públicos, só fez menção à concessão e à permissão (art. 175). Parece-nos, pois, que hoje a questão está definitivamente resolvida, no sentido de que o ato de autorização não pode consentir o desempenho de serviços públicos." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30^a edição. São Paulo: Atlas, 2016. pp. 473-4)

No atinente ao transporte aéreo internacional, calha destacar que este observa Acordos sobre Serviços Aéreos (ASA) – bilaterais ou multilaterais - de que seja signatária a República Federativa do Brasil.

O processo de alocação de frequências internacionais e designação de empresas aéreas regulares brasileiras, objeto da Resolução nº 57/2008, da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), dispensa processo seletivo – não há qualquer previsão de licitação propriamente dita -, “*no caso da existência de regime de livre determinação de capacidade do mercado considerado*” ou se a capacidade disponível no mercado considerado permitir “*atender a todas as solicitações de alocação de frequências*” (arts. 5, § 2º, e 6º, § 3º, da referida Resolução).

Já a empresa aérea estrangeira, como destaca Victor Carvalho Pinto, deve requerer autorização para funcionamento e operação do serviço, cabendo, ainda, à ANAC “*autorizar quaisquer modificações de equipamento*,

ARE 766618 / SP

horário, frequência, escalas no Território Nacional e suspensão dos serviços, respeitado o disposto no acordo bilateral”⁶.

Também no âmbito do transporte aéreo internacional o preço das passagens é livremente fixado pelo mercado (art. 49 da Lei 11.182/2005).

Nesse contexto, concluo que o transporte aéreo regular de passageiros constitui, na quadra atual, atividade sujeita a verdadeira outorga de autorização da administração pública, não configurando serviço público prestado sob regime de concessão. Por corolário, entendo que não há incompatibilidade dos modelos de responsabilidade estabelecidos no Sistema de Varsóvia e na Convenção de Montreal com o art. 37, § 6º, da Constituição da República.

8. Solução para o conflito (aparente) de normas. Critério estabelecido na Constituição da República. Superada a discussão no tocante à compatibilidade do modelo de responsabilidade estabelecido nas Convenções de Varsóvia e de Montreal com a Constituição da República, **nos casos de perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem**, verifico que inexistem, na doutrina e jurisprudência pátrias, substanciais desacordos quanto à conformidade das demais normas constantes dos aludidos pactos internacionais com nossa Carta Magna.

Assim, no estabelecimento do prazo prescricional, dentre outros temas, o cerne da celeuma passa a gravitar, fundamentalmente, em torno dos instrumentos de solução de conflito (aparente) de normas estabelecidos no ordenamento doméstico.

Nesse cenário, convém conjurar, desde logo, aplicação pura e simples dos tradicionais critérios de anterioridade e especialidade, previstos no art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como solução para antinomias verificadas entre o CDC e as Convenções de Varsóvia e de Montreal.

A aplicação de tais critérios à espécie autorizaria concluir pela

6 Pinto, Victor Carvalho. O marco regulatório da aviação civil: elementos para a reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica. In: Textos para Discussão/Conleg 42. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 06/2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/99289>. Acessado em 18.3.2016.

ARE 766618 / SP

inexistência de revogação das convenções em tela pelo Código de Defesa do Consumidor, ou deste por aquelas, presente não só o parâmetro cronológico, revelador de que a última redação conferida à Convenção de Varsóvia, por meio dos Protocolos Adicionais nºs 1, 2 e 4, e a Convenção de Montreal, foram integradas ao ordenamento pátrio, respectivamente, em 1998 e 2006, ou seja, em momentos posteriores à entrada em vigor do código consumerista, como também a especialidade de que revestidos os mencionados tratados internacionais.

Fosse o caso, contudo, de interpretar apenas normas de estatura infraconstitucional, a manifestação desta Suprema Corte não só seria prescindível, como, na realidade, resultaria desconectada do modelo de distribuição de competências estabelecido pela Lei Maior, uma vez que este estabelece o Superior Tribunal de Justiça como Corte responsável por dirimir questões de tal jaez.

A atuação jurisdicional deste Supremo Tribunal Federal, nos casos concretos ora em exame, torno a enfatizar, está legitimada pela necessidade de apurar a compatibilidade das Convenções de Varsóvia e de Montreal com a Magna Carta – tarefa empreendida nos tópicos anteriores – e de interpretar o exato alcance do comando do art. 178 da Constituição da República.

Nesse itinerário, convém, desde já, perquirir sobre a envergadura atribuída pela norma do art. 178 da Constituição da República ao vocábulo “ordenação”. Ou melhor, para indagar junto com o Ministro Ayres Britto, se por “ordenação” estaria o texto constitucional aludindo simplesmente a normas de organização do transporte aéreo internacional ou, ao revés, estaria abarcando tudo quanto fosse objeto do mencionado transporte, inclusive o modelo de responsabilidade, o prazo prescricional para deduzir pretensão reparatória em juízo etc.

Em tal exercício, reproto que o constituinte empregou o vocábulo “ordenação” de maneira ampla, de modo a prestigiar o compromisso assumido pela República Federativa do Brasil em instituir sistema uniforme de tratamento de demandas envolvendo consumidores e fornecedores do serviço de transporte aéreo internacional.

ARE 766618 / SP

A pretensão indenizatória decorrente da contrato de transporte aéreo internacional, como enfatizou o Ministro Barroso, pode ser deduzida em diferentes jurisdições (art. 28 da Convenção de Varsóvia e art. 33 da Convenção de Montreal), circunstância que exige, para dar segurança jurídica aos fornecedores de tal serviço, conferindo previsibilidade à respectiva atividade econômica, mas também para conferir tratamento igualitário aos consumidores em plano internacional, o estabelecimento de regras uniformes, por meio de pactos multilaterais entre Estados soberanos.

Dentro dessa moldura, ante o peremptório comando constitucional, no sentido de que, na “ordenação” do transporte aéreo internacional, a legislação doméstica deve observar os tratados, determinação a abranger, inclusive, eventuais normas voltadas a disciplinar relações de consumo, entendo indevido, mesmo sob pretexto de promover o denominado diálogo das fontes, dar prevalência ao CDC, em detrimento das normas de convenções internacionais sobre transporte aéreo.

A teoria do diálogo das fontes, superando modelos tradicionais de resolução de conflito de normas, volta-se à melhor concretização possível de um comando constitucional.

Nessa perspectiva, embora, no geral, por força dos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da Magna Carta, a teoria do diálogo das fontes legitime a aplicação do microssistema impregnado de maior aptidão para promover a defesa do consumidor⁷, em discussão envolvendo transporte aéreo internacional, entendo que, por injunção do art. 178 da Constituição da República, deve ser dada prevalência à concretização do comando de observância das Convenções de Varsóvia e de Montreal.

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

7 Na linha do preconizado no art. 7º do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

ARE 766618 / SP

a qual as leis internas devem observar os acordos internacionais sobre transporte aéreo, aquático e terrestre firmados pela República Federativa do Brasil.

A propósito, reproduzo observação doutrinária de Brenda Luciana Maffei:

"É claro que nos países onde a Constituição já estabelece explicitamente qual é a hierarquia que deverão ter os tratados dentro dos ordenamentos jurídicos, por exemplo, a Argentina, não há espaço para a aplicação dessa teoria [do diálogo das fontes]. Isso ocorre porque a estrutura do sistema foi desenhada *a priori*, não deixando ao Judiciário uma ampla margem de decisão. Assim, os juízes, nesses países, deverão seguir a ordem explícita que os constituintes estabeleceram na Constituição, ou seja: os tratados têm hierarquia supralegal.

Em definitivo, voltando ao que foi considerado no último parágrafo da exposição da teoria monista kelseniana, no caso de países que decidiram estabelecer uma hierarquia nas suas constituições, como é a Argentina, pode-se dizer que a decisão política que determina quais fontes internacionais são superiores ao direito interno (entenda-se: leis internas e não Constituição) foi tomada pelos próprios constituintes (órgão político). Em outras palavras, é a própria Constituição que indica a forma como deverá ser tomada uma solução em um caso concreto." (MAFFEI, Brenda Luciana. Fontes internacionais no direito contratual brasileiro na era da desordem: uma possível solução dos conflitos pelo diálogo das fontes? In: Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. Coordenação: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012)

O mesmo raciocínio se aplica no tocante aos arts. 732, 734, 927 e 944 do Código Civil de 2002, cuja entrada em vigor ocorreu em 11 de janeiro de 2003.

Eis o teor dos referidos dispositivos legais:

ARE 766618 / SP

"Art. 732. 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.

(...)

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Parágrafo único: É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

(...)

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização."

A despeito de o art. 732 acima transcrito preconizar a primazia dos preceitos do Código Civil sobre as convenções internacionais que lhe sejam contrários, entendo, forte no art. 178 da Carta Magna, que tal diretriz não teve o condão de afastar o regime de responsabilidade do transportador aéreo internacional previsto na Convenção de Varsóvia e, após, na Convenção de Montreal.

Não me parece viável que o aludido art. 732 do Código Civil subverta a lógica do comando insculpido no art. 178 da Magna Carta, estabelecendo a prevalência de lei interna em relação a tratados

ARE 766618 / SP

internacionais sobre transporte aéreo.

Ante todo o exposto, acompanhando o Ministro Gilmar Mendes, relator do RE 636331, voto pela fixação da seguinte tese de 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*”.

Volto a registrar, por pertinente, que a fixação da tese de repercussão geral acima está intimamente conectada ao exame de caso paradigmático concernente à **responsabilidade do transportador aéreo internacional por danos materiais decorrentes da perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem**.

Passo, nos tópicos seguintes, ao exame dos casos concretos tratados no ARE 766618/SP e no RE 636331/RJ.

9. Exame do caso concreto objeto do ARE 766618/SP. A aplicação do raciocínio desenvolvido nos tópicos anteriores ao caso concreto objeto do ARE 766618/SP conduz à pronúncia da prescrição bienal da pretensão deduzida na inicial, quer se considere o previsto no art. 29 da Convenção de Varsóvia, quer se tome como parâmetro o estabelecido no art. 35, nº 1, da Convenção de Montreal – esta incorporada ao ordenamento doméstico por meio do Decreto nº 5.910, publicado em 28.9.2006, mesma data da chegada da autora ao Brasil (em voo operado pela recorrente). As normas em tela ostentam o seguinte teor:

“ARTIGO 29.

(1) 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 dia da interrupção do transporte.

(2) O prazo será computado de acordo com a lei nacional do tribunal que conhecer da questão.”

“Artigo 35 – Prazo Para as Ações

ARE 766618 / SP

1. O direito à indenização se extinguirá se a ação não for iniciada dentro do prazo de dois anos, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte.

2. A forma de computar esse prazo será determinada pela lei nacional do tribunal que conhecer da questão.”

Destaco, por oportuno, que o prazo bienal para deduzir pretensão reparatória em face de fornecedor de serviço de transporte aéreo internacional é eivado de razoabilidade, sendo idêntico, por exemplo, ao previsto, em nossa Lei Maior, para que o trabalhador promova ação em face do ex-empregador, após a extinção do contrato de trabalho (art. 7º, XXIX, da Magna Carta).

Registro, ainda, que há precedente da Segunda Turma desta Corte que consagrou a prevalência do prazo prescricional previsto na Convenção de Varsóvia sobre o estabelecido no CDC. Transcrevo a ementa respectiva:

“PRAZO PRESCRICIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99). 2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos. 3. Recurso provido.” (RE 297901, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 31-03-2006 PP-00038 EMENT VOL-02227-03 PP-00539 RJP v. 2, n. 9, 2006, p. 121-122 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 220-223 REVJMG v. 57, n. 176/177, 2006, p. 468-469)

ARE 766618 / SP

Na espécie, verificado atraso em voo internacional concluído em 28.9.2006, de Beijing a São Paulo, com conexão em Toronto, a autora só protocolou ação de reparação por alegados danos morais e materiais, em face da Air Canada, fornecedora do serviço de transporte aéreo internacional, em 26.5.2009, quando já havia decorrido o prazo prescricional bienal.

Ante o exposto, acompanhando o relator do ARE 766618/SP, Ministro Roberto Barroso, conheço e dou provimento ao apelo extremo da Air Canada para, pronunciando a prescrição da pretensão deduzida pela autora, extinguir o processo com resolução do mérito (art. 487, II, do CPC/2015).

10. Exame do caso concreto objeto do RE 636331/RJ. A aplicação da tese de repercussão geral ao caso concreto objeto do RE 636331/RJ demanda, em minha ótica, algumas reflexões adicionais, considerada a Súmula 456/STF, a teor da qual, uma vez conhecido o recurso extraordinário, esta Suprema Corte julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

Destaco que a Convenção de Varsóvia, integrada e em vigor no ordenamento jurídico doméstico, à data em que verificado o extravio da bagagem da autora, não representa óbice à reparação integral dos danos materiais suportados, ainda que a consumidora não tenha feito declaração especial de valor, considerada a possibilidade de superação do limite indenizatório previsto no seu art. 22, desde que verificada, nos moldes do art. 25 do tratado internacional em tela, dolo ou culpa grave do transportador aéreo ou de seus prepostos.

O ônus processual probatório quanto à atuação diligente, despida de dolo ou culpa grave suscetível de ensejar o extravio da bagagem, compete ao transportador aéreo, considerados não só os critérios da hipossuficiência do consumidor e da verossimilhança de suas alegações, preconizados no art. 6º, VIII, do CDC, preceito este que não conflita com

ARE 766618 / SP

as normas da Convenção de Varsóvia⁸, como também do princípio da aptidão para a prova, a teor do qual esta deve incumbir à parte dotada de melhores condições para sua produção.

Por óbvio, a fornecedora dos serviços de transporte aéreo internacional tem, no caso, envergadura técnica e capacidade operacional muito superiores à da consumidora, para produzir prova que esclareça quanto a presença, ou não, de dolo ou culpa grave suscetível de dar causa ao extravio da bagagem.

Dentro dessa moldura, à míngua de prova de que a transportadora e seus prepostos atuaram com a diligência necessária para fazer a bagagem da autora ser entregue, em perfeito estado, na cidade de destino, entendo aplicável ao caso o art. 25 da Convenção de Varsóvia, preceito que autoriza a fixação de indenizações superiores ao limites estabelecidos no art. 22 do referido pacto internacional.

Resta, entretanto, indagar se a extensão do dano material suportado pela autora foi provada.

Constatou que não. O Tribunal de origem, para fixar a extensão do dano material decorrente do extravio da mala, louvou-se em regras de distribuição do ônus da prova, concluindo, no particular, que competiria à fornecedora dos serviços de transporte aéreo internacional fazer prova do conteúdo da bagagem extraviada.

Na fração de interesse, eis o teor do acórdão recorrido:

“Quando os fatos alegados pelo consumidor forem verossímeis ou quando o consumidor for hipossuficiente, o ônus da prova passa a ser do fornecedor-reu, que terá de provar que a alegação do consumidor não é verdadeira.

Assim, presente o requisito legalmente exigido, viável e devida se mostra a inversão do ônus da prova.

No caso em apreço, caberia à empresa aérea provar que os objetos descritos pela autora não estavam na mala extraviada, e

8 O art. 28, item 2º, da Convenção de Varsóvia preconiza que o processo observará a lei do tribunal que conhecer da questão. O art. 33, item 4, da Convenção de Montreal segue no mesmo sentido.

ARE 766618 / SP

“não tendo sido colacionada aos autos tal prova, deve prevalecer a declaração a fls. 21/23.” (fl. 230)

Entendo, com a devida vênia, que, no aspecto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro laborou em equívoco, pois, em relação ao conteúdo da bagagem despachada, não diviso maior aptidão probatória por parte da fornecedora do serviço de transporte aéreo internacional, mas, sim, da consumidora.

Nesse contexto, constitui, em minha visão, medida inadequada e desproporcional, por configurar prova impossível ou diabólica, impor ao transportador aéreo internacional, sem que este tenha inspecionado a mala despachada, o ônus de demonstrar que esta e os objetos em seu interior não tinham valor superior ao previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia.

Vale dizer, pois, que, na ausência de elementos probatórios a respeito do conteúdo do volume despachado, a fixação do valor da indenização por danos materiais deve observar a razoável baliza estabelecida no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com a redação dada pelos Protocolos Adicionais nºs 1, 2 e 4, isto é, 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma.

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

Ante o exposto, com essas pequenas achegas à fundamentação esposada pelo relator do RE 636331/RJ, Ministro Gilmar Mendes, acompanho o voto de Sua Excelênciia, para, dando provimento ao recurso extraordinário da Société Air France, restabelecer, quanto à indenização por danos materiais, a sentença de primeiro grau, mantido o acórdão

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 81 de 128

ARE 766618 / SP

recorrido no tocante ao valor fixado a título de indenização por danos morais.

É como voto.

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, Ministra Rosa Weber, que acaba de trazer um voto substancial sobre esta matéria relevante sob todos os pontos de vista, eu aqui não me encontrava ao início do julgamento, mas examinei os feitos e os respectivos temas vertidos, o que me permite participar do debate do julgamento.

A questão central mesmo discutida é esse conflito normativo e um conjunto de normas internacionais que principiam na Convenção de Varsóvia, passa pelo Protocolo de Haia, pelo Protocolo adicional de Montreal, com o nº 4, e a Convenção para Unificação de Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional.

A rigor, o cerne da questão é a compreensão do artigo 178 da Constituição e saber se, diante dele, prevalecerá esse conjunto de normas internacionais ou prevalecerá o conjunto de regras do Código de Defesa do Consumidor.

Localizei alguns precedentes - a Ministra Rosa Weber acabou de fazer referência também -: o Recurso Extraordinário nº 172.720, o Recurso Extraordinário nº 297.901 e o Recurso Extraordinário nº 351.750. São todos recursos extraordinários que já indicam o sentido que é depreendido dos fundamentos do voto do eminente Relator - no caso do Recurso Extraordinário nº 636.331, Ministro Gilmar Mendes -, que, segundo pude haurir, Sua Excelência entendeu que o Código de defesa do Consumidor não revoga, nem é revogado pelas normas internacionais, pois há convivência entre ambas, uma vez que as normas internacionais apenas cuidam dos sujeitos, das relações de consumo em contrato de transporte aéreo internacional, tendo, portanto, indicado a aplicação dos critérios ordinários para solução de antinomias, ou cronológica especialidade, devendo prevalecer as normas internacionais.

No caso do Recurso Extraordinário nº 766.618, em sede de agravo

ARE 766618 / SP

regimental, o Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Sua Excelência também concluiu pela aplicação das regras decorrentes do artigo 178, quanto ao prazo prescricional, e pela prevalência do teor das normas das convenções internacionais, na matéria, sobre o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, hauri essa percepção e, agora, com o voto da Ministra Rosa Weber, no meu entender, todos os temas que já haviam sido arrostados pelos eminentes Relatores restaram agora verticalizados pelo voto da eminente Ministra Rosa Weber, que os acompanhou.

E, por igual, Senhora Presidente, manifesto o meu voto acompanhando ambos os Relatores. É como voto.

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, Egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados e Estudantes presentes.

Senhora Presidente, eu procurei dividir o voto rapidamente em quatro fundamentos. Primeiro, o fundamento constitucional. O artigo 178 parece bem claro, inequívoco e *in claris cessat interpretatio* no sentido de que 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 Recíprocidade.

Aqui, eu traria um argumento interdisciplinar no sentido de que o desrespeito aos tratados internacionais e o desrespeito às cláusulas arbitrais em compromissos arbitrais para serem julgados alhures têm carreado para o Brasil um certo desrespeito perante a comunidade internacional e majorado o denominado "Risco Brasil".

No STJ, nós sempre fizemos questão de prestigiar os laudos arbitrais estrangeiros, porque as empresas engendram a cláusula compromissória e depois vêm se esconder por detrás da Justiça Brasileira.

E este aqui é um caso em que nós temos que ter exatamente esse cuidado: o Brasil firmou um tratado internacional, e este tratado tem de ser cumprido.

Aí, coloca-se uma segunda questão, a questão de suposta antinomia entre a legislação internalizada, que é a Convenção de Varsóvia, e o nosso Código de Defesa do Consumidor. Eu trago esse Código, com relação a esse fundamento, digamos assim, de natureza mais dogmática, de um estudo do Professor Norberto Bobbio, conhecidíssimo, Teoria do Ordenamento Jurídico, onde ele afirma que a lei posterior, geral, ela não derroga a lei anterior especial. E é exatamente o que ocorre: o Código de Defesa do Consumidor é posterior, mas é uma lei geral. E a Convenção de

ARE 766618 / SP

Varsóvia é uma lei anterior, recepcionada pelo ordenamento brasileiro, mas é uma lei especial. A lei geral convive com uma lei especial. E o prazo prescricional já foi aqui, digamos assim, apontado no voto dos Relatores.

Com relação ao fundamento jurisprudencial, eu trago aqui o RE nº 214.349, do Ministro Moreira Alves, e o RE nº 297.901, da Ministra Ellen Gracie, que também prestigiam esse entendimento.

E, finalmente, o fundamento legal está no Código Brasileiro de Aeronáutica, que também estabelece que, em se tratando de transporte público internacional, devem-se reger as questões gravitantes sobre lesões a esses direitos pelos tratados e convenções pertinentes.

De sorte que, quer pelo fundamento jurídico dogmático, quer pelo fundamento legal e constitucional, eu voto pelo provimento do Recurso Extraordinário, acompanhando os votos dos Relatores e também agora esse percutiente, aprofundado voto da Ministra Rosa Weber.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 86 de 128

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, acompanho e cumprimento os votos proferidos pelos eminentes Relatores e os votos com eles concorrentes, em especial, o aprofundado voto-vista trazido pela Ministra Rosa Weber. Assim, acompanho todos que já votaram até o momento.

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu trago um voto escrito, que farei juntar aos autos, sobre esta matéria de grande interesse para os consumidores que se utilizam do transporte aéreo.

Mas eu gostaria de fazer menção a um belíssimo trabalho, redigido pela Juíza Helena Campos Refosco, que trabalha em meu gabinete, doutoranda na USP, na Faculdade de Direito, e que se intitula "A Convenção de Montreal e Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo Internacional", que abrange todas essas questões que foram discutidas nesta Sessão. Esse trabalho importante foi publicado na Revista Trimestral de Direito Civil e mereceu o Prêmio APAMAGIS, Associação Paulista de Magistrados, Desembargador Manoel Thomaz Carvalhal.

Eu peço vênia, sem prejuízo da juntada do meu voto, para ler três parágrafos da conclusão desse importante trabalho, que diz o seguinte:

O embasamento constitucional nos tratados e convenções relativos à matéria reside no artigo 178 da Constituição Federal - tal como foi explicitado pelos Magistrados que me precederam -, explícito e específico em matéria de transporte aéreo internacional.

A observância do disposto nesses tratados e convenções não vulnera o direito dos consumidores do serviço de transporte aéreo internacional. Pelo contrário, resguardam seus direitos de forma adequada, pois os valores previstos para as indenizações são razoáveis e permitem que o juiz valore o caso concreto e utilize os parâmetros adequados para fixar o valor dos danos que devem ser reparados, sejam de natureza moral, sejam de natureza material.

Esse é um ponto importante que a Ministra Rosa Weber focou, embora indiretamente, porque é preciso tratar não apenas dos danos materiais, mas também dos danos morais, que é um assunto que veio à baila a partir da Constituição de 88. Hoje os danos morais são

ARE 766618 / SP

amplamente reconhecidos nas decisões pretorianas de nosso País.

E segue a autora, a magistrada paulista, num ponto importante que diz respeito a prescrição. Diz essa juíza, autora do artigo, que:

No que tange ao prazo prescricional, o prazo previsto é adequado às situações abrangidas, e, em vez de feri-los, resguarda os direitos dos consumidores.

E, num ponto que me parece delicado, assenta o seguinte:

O prazo inferior previsto no Código de Defesa do Consumidor não implica vulneração dos direitos dos consumidores e tampouco inconstitucionalidade por via reflexa.

Conclui, portanto - termino aqui a citação -, que o respeito à Convenção de Montreal e outros tratados que dizem respeito à matéria e os seus limites indenizatórios obedecem às normas reconhecidas para resolução de antinomias e resguarda valores essenciais à ordem jurídica brasileira.

Portanto, Senhora Presidente, louvando os votos do Ministro Gilmar Mendes e do Ministro Roberto, eu os acompanho para dar provimento aos Recursos 766.618 e 636.331.

É como voto.

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

Trata-se de recursos extraordinários (RE 636.331/RJ e ARE 766.618/SP) em que se discute qual o diploma aplicável aos conflitos entre transportadores e passageiros no âmbito do transporte aéreo internacional, diante da existência de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, notadamente a Convenção de Varsóvia e a Convenção de Montreal, assim como de leis nacionais (Código Civil e Código de Defesa do Consumidor).

São dois os objetos centrais dos recursos em questão: (i) o regramento da responsabilidade civil por dano material sofrido pelo consumidor; e (ii) a disciplina da prescrição aplicável às pretensões decorrentes de ilícito praticado contra o consumidor no bojo de contrato de transporte aéreo internacional.

Adianto que, a meu ver, deve prevalecer o regramento das convenções internacionais sobre a legislação interna. As razões pelas quais formei meu convencimento, na linha do que foi sustentado por Helena Refosco no artigo “A Convenção de Montreal e a Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo Internacional”¹, são as seguintes:

(i) Segurança jurídica no âmbito internacional e observância do princípio da reciprocidade: trata-se de razão relacionada ao respeito aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, honrando-se a confiança depositada pelos demais signatários e a reciprocidade que é concedida às empresas aéreas brasileiras voltadas ao transporte aéreo internacional.

(ii) Segurança jurídica interna: as convenções internacionais trazem

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

ARE 766618 / SP

mais previsibilidade tanto às empresas quanto aos consumidores no que tange à estimativa de indenização pelos danos sofridos por estes. A segurança jurídica que decorre dos parâmetros convencionais contribui para maior celeridade da justiça e, dessa forma, também para a ampliação do acesso à justiça em nosso país.

(iii) *Lex posterior derogat priori*: trata-se de brocado 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.

(iv) *Lex specialis derogat generali*: as convenções internacionais são especiais em relação ao regramento genérico do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Este último, vale ressaltar, é lei especial aplicável às relações de consumo no amplo espectro das relações civis, mas é considerado lei geral em relação a outros diplomas mais específicos, como o caso das convenções internacionais relativas à responsabilização civil no âmbito do transporte aéreo internacional.

(v) Artigo 178 da Constituição Federal: finalmente, o argumento decisivo para, neste julgamento, prevalecer o regramento das convenções internacionais sobre o nacional é relativo à observância do art. 178 da Constituição Federal, que, frente às normas constitucionais do art. 5º, XXXII, e do art. 170, V, possui incidência limitada, justificada pelas especificidades do transporte aéreo internacional. Esta escolha foi uma opção política do legislador constitucional, que privilegiou “a norma objeto de consenso internacional, em detrimento de eventuais normas internas, que, no entanto, podem ser aplicadas subsidiariamente à legislação internacional.”²

2 REFOSCO, Helena. *A Convenção de Montreal e a Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo Internacional*, Revista Trimestral de Direito Civil, 46 (2011): 69.

ARE 766618 / SP

Finalmente, no que tange especificamente à prescrição, que é a precisa questão do ARE 766.618, relembro o julgamento proferido no RE 297.901/RN, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, em acórdão assim ementado:

“PRAZO PRESCRICIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99).

2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos.

3. Recurso provido.”

Por todas as razões expostas, acompanho os eminentes relatores, dando provimento ao RE 636.331/RJ e ao ARE 766.618/SP.

É como voto.

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, em ambos os extraordinários são recorrentes as companhias aéreas Air France e Air Canada, e tem-se, como pano de fundo no processo alusivo a essa última, a Air Canada, a indenização por danos morais decorrente de um atraso, no voo internacional – que, para mim, é substancial –, de doze horas. No segundo processo, versa-se o extravio de bagagem, ocorrido durante o transporte, também aéreo, internacional.

Apenas existe um tratado, no âmbito da Constituição Federal, o qual passou pelo crivo próprio à aprovação de emendas constitucionais: é o que versa a problemática dos portadores de necessidades especiais. Os demais tratados e as demais convenções ratificadas pelo Brasil estão no mesmo patamar da legislação ordinária.

O que se tem na espécie? Uma relação de consumo a envolver as empresas aéreas – uma vez que são dois processos e duas empresas – e passageiros, a qual é regida, no Brasil, pelo Código do Consumidor que, até mesmo diante da nomenclatura, é bem posterior à Convenção de Varsóvia e à ratificação ocorrida em Haia, em 1955.

Indaga-se: é dado ver, no que os pronunciamentos dos Tribunais de Justiça reconheceram o direito à indenização – à indenização plena –, considerados os prejuízos sofridos e também os danos morais, violência à Constituição Federal? A resposta é desenganadamente negativa. Decidiu-se a controvérsia mediante interpretação da Convenção de Varsóvia e do Código do Consumidor, dando-se ênfase a este último diploma.

Reporto-me a acórdão da Segunda Turma, de 1996, no recurso extraordinário nº 172.720, por mim relatado, quando o Órgão fracionado, a Segunda Turma, a uma só voz, assentou:

"INDENIZAÇÃO – DANO MORAL –
EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM
AÉREA – CONVENÇÃO DE VARSÓVIA –
OBSERVAÇÃO MITIGADA –

ARE 766618 / SP

CONSTITUIÇÃO FEDERAL
SUPREMACIA."

-

E consta da ementa:

"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," – citei até, no acórdão, um trecho de voto do ministro Eduardo Ribeiro sobre o 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."

A Turma decidiu forte na Constituição Federal e admitiu o recurso extraordinário, mas o fez, porque interposto pelo passageiro, não pela companhia aérea, como ocorre nestes dois casos que estão em Mesa para a definição do Tribunal.

Ante esse contexto, não posso concluir que as decisões dos dois Tribunais de Justiça – não sei se os mesmos tribunais, mas penso que um, do Rio de Janeiro, e o outro, não tenho aqui, teria que ver...

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É um de São Paulo, e o outro, do Rio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – São Paulo e Rio?

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Os dois Tribunais – de grande relevo no País em termos, pelo menos, de composição em dois Estados da Federação importantíssimos.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 94 de 128

ARE 766618 / SP

Não posso concluir que esses acórdãos foram prolatados em ofensa à Carta da República. Pode ser que tenham sido proferidos, inobservando a vetusta Convenção de Varsóvia, mas o foram tendo em conta a legislação superveniente, ou seja, o Código do Consumidor, harmônico com a Constituição Federal.

Por isso, desprovejo os recursos.

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É inquestionável,

Senhora Presidente, como já ressaltava o eminente Ministro HERMAN BENJAMIN, em trabalho publicado há *alguns anos*, a respeito da aplicabilidade das convenções internacionais em matéria de responsabilidade das empresas de transporte aéreo, que, “*desde o seu nascimento, a aviação civil convencional postulou e recebeu tratamento diferenciado pelo Direito*”.

Essa observação, como ninguém o desconhece, encontra apoio na própria realidade da prática internacional, pois, como se sabe, já em 1929, celebrou-se a *Convenção de Varsóvia*, posteriormente atualizada, entre outros, pelos *Protocolos de Haia* (1955) e da *Guatemala* (1971), culminando, em 1999, com a Convenção de Montreal, que unificou determinadas regras concernentes ao transporte aéreo internacional e que atualizou, modernizou e refundiu a *Convenção de Varsóvia*, reafirmando a conveniência de viabilizar-se um desenvolvimento ordenado das operações de transporte aéreo internacional e da circulação de passageiros, bagagens e cargas, conforme os princípios e objetivos da *Convenção de Aviação Civil Internacional* firmada nos Estados Unidos da América, em Chicago, em 1944.

O exame das convenções e protocolos internacionais que venho de referir revele a existência de tratamento jurídico claramente favorável às empresas de transporte aéreo internacional, ainda que a *Convenção de Montreal*, de 1999, tenha buscado reduzir o desequilíbrio consagrado em anteriores atos internacionais.

ARE 766618 / SP

A controvérsia ora em julgamento põe em perspectiva questão impregnada do mais alto relevo jurídico-constitucional, pois esta Corte é provocada a dirimir situação configuradora de antinomia entre as convenções internacionais que dispõem sobre o transporte aéreo internacional, *de um lado*, e o Código de Defesa do Consumidor, *de outro*, resultante da norma inscrita no art. 178 da Constituição, cujo teor legitimaria – segundo sustentado pelo Relator – a precedência de referidas convenções internacionais sobre o estatuto que rege, *em nosso País, as relações de consumo.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Com imenso prazer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas ressalto um aspecto: se o voo fosse interno, as indenizações seriam plenas.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Agradeço o aparte. Prosseguindo em meu voto, cabe destacar Senhora Presidente, não se desconhecer que, na aplicação das normas que compõem o ordenamento positivo, podem registrar-se situações de conflito normativo reveladoras da existência de antinomia em sentido próprio, eminentemente solúvel, porque superável mediante utilização, *em cada caso ocorrente*, de determinados fatores, tais como o critério hierárquico (“lex superior derogat legi inferiori”), o critério cronológico (“lex posterior derogat legi priori”) e o critério da especialidade (“lex specialis derogat legi generali”), cuja aplicabilidade tem a virtude de viabilizar a preservação da essencial coerência, integridade e unidade sistemática do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Entendo, notadamente em face do que estabelece o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição da República, **que a utilização do critério da especialidade –**

ARE 766618 / SP

que representaria, na visão do Relator, a solução ortodoxa destinada a resolver a antinomia de primeiro grau registrada no contexto em julgamento – não pode ser invocada para fazer prevalecer exegese que, ao prestigiar a precedência de convenções internacionais em matéria de responsabilidade civil das empresas de transporte aéreo internacional, culmine por nulificar direito fundamental assegurado em favor do consumidor, qualquer que seja a natureza da relação de consumo envolvida.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu também fico deveras impressionado com o argumento que Vossa Excelência traz, só que aqui nós estamos a lidar com um tema assaz complexo neste mundo globalizado. Antes mesmo da globalização de que hoje se fala com tanta destreza e intensidade, as companhias 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. Tanto é que, como Vossa Excelência inclusive destacou, a partir do modelo de Varsóvia, tivemos uma série de atualizações – o que se faz necessário –, mas no concerto das nações, sob pena de se colocar um país como o nosso, que tem companhias internacionais, como um pária no sistema internacional.

Eu mesmo dizia privativamente a Vossa Excelência que hoje, e já há muito tempo, esse tema ganha uma primazia enorme: a questão do controle dos tratados no plano internacional.

Inclusive, Ministra Cármem, Vossa Excelência está a presidir, nos próximos dias, uma sessão importante de Cortes internacionais. Há países que repudiam o controle preventivo de normas e instauram, aceitam o controle preventivo de normas para os tratados internacionais para evitar exatamente a pecha de não se respeitar o tratado no plano internacional. Então, parece-me que esses valores têm que ser levados em conta quando nós colocamos essa temática.

Vejam que as repercussões das decisões hoje são incríveis, e levam

ARE 766618 / SP

países e empresas a tomarem decisões de ruptura até de relações a partir da não observância desses pactos.

Portugal mesmo, nós lembrávamos, colocou na sua Carta aquilo que a Corte Constitucional alemã considera implícito: a ideia do controle preventivo em relação aos tratados. Antes que eles sejam definitivamente aprovados, é possível ao Presidente da República fazer esse controle para evitar exatamente a pecha de não se honrar o *pacta sunt servanda* no plano internacional, que também é importante. É um valor constitucional; quer dizer, se nós olharmos já o prólogo do Texto Constitucional, veremos a ênfase que se dá ao respeito às relações internacionais em, especialmente, esse ambiente de paz.

Mas eu iria lembrar, Ministro Celso, recentemente, não há muito, eu ouvia de um importante diretor da TAP – empresa portuguesa – que eles estavam prestes a tomar uma decisão em relação ao Brasil. Por quê? Compraram uma empresa, um segmento da Varig, no mercado falimentar, na Vara de Falência, entendendo que estavam assumindo aquela empresa de solo, prestadora de serviços. Pouco tempo depois, diante de decisões da Justiça do Trabalho, a TAP se tornara – Ministra Cármem, Vossa Excelência tem especialidade no assunto, porque decidiu o Caso Varig – sucessora universal da Varig. E ela estava tomando a decisão de fechar as suas atividades no Brasil.

Portanto, quando falamos desse tema hoje, nesse mundo cada vez mais intensamente globalizado, temos que levar em conta, Ministro Lewandowski, esses aspectos. Vejam, a empresa, hoje, que presta um serviço imenso ao Brasil, com relações...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Que facilita os consumidores.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Consumidores brasileiros. Nós mesmos de Brasília saímos para a Europa diretamente de Brasília.

Mas ela estava prestes a fechar, porque ela iria tornar-se a sucessora universal por ter comprado corretamente na Vara Falimentar, colocado os recursos à disposição da Vara de Falência do Rio de Janeiro, em nome dos

ARE 766618 / SP

credores da Varig. E agora se fizera sucessora universal por conta das decisões trabalhistas. Recentemente, acho que faz uma semana, o TST decidiu no sentido que eles advogavam. Mas veja como isso repercute aqui.

Aqui, na medida em que o Brasil se autoriza a não respeitar aquilo que é pactuado no plano internacional em relação às companhias aéreas, também nós podemos ser vítimas desse tipo de piada e estamos autorizando a ruptura do *pacta sunt servanda*.

De modo que me parece que essa é uma questão fundamental. E, claro, os ajustes que hão de se fazer em defesa do consumidor terão que ser feitos, nesse caso, no plano internacional, sob pena de nós estabelecermos relações desequilibradas nesse plano.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Agradeço a intervenção de Vossas Excelências, *como sempre muito esclarecedoras*. É por isso que se mostra importante que o Supremo Tribunal Federal efetivamente reflita e discuta, *como o faz neste julgamento*, essas questões jurídicas que assumem grande e irrecusável relevo.

Prossigo, Senhora Presidente, **em meu voto**. E, ao fazê-lo, quero destacar que a vocação protetiva das normas que dispõem sobre a defesa do consumidor **autoriza, presente o contexto em julgamento**, que, em situação de antinomia aparente, o critério hierárquico prevaleça, eis que a cláusula de proteção ao consumidor encontra fundamento na própria declaração constitucional de direitos (CF art. 5º, inciso XXXII), **a que não se podem opor estatutos revestidos de inferior positividade jurídica, como resulta da lição** de eminentes autores (HUGO DE BRITO MACHADO, “**Introdução ao Estudo do Direito**”, p. 164/166 e 168, itens ns. 1.2, 1.3 e 1.6, 2ª ed., 2004, Atlas; MARIA HELENA DINIZ, “**Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**”, p. 67/69, item n. 4, e p. 72/75, item n. 7, 1994, Saraiva; ROBERTO CARLOS BATISTA, “**Antinomias Jurídicas e Critérios de Resolução**”, “*in*” Revista de Doutrina e Jurisprudência-TJDF/T, vol. 58/25-38, 32-34, 1998; RAFAEL MARINANGELO, “**Critérios**

ARE 766618 / SP

para Solução de Antinomias do Ordenamento Jurídico”, “in” Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 15/216-240, 232/233, 2005, RT, v.g.), valendo referir, entre eles, o magistério, sempre lúcido e autorizado, de NORBERTO BOBBIO (“Teoria do Ordenamento Jurídico”, p. 93, item n. 5, trad. Cláudio de Cicco/Maria Celeste C. J. Santos, 1989, Polis/Editora UnB), para quem, ocorrendo hipótese de conflito entre normas (aparentemente) incompatíveis, deve prevalecer, por efeito do critério hierárquico, a norma estatal impregnada de caráter preponderante, como se qualificam as cláusulas constitucionais que encerram declarações de direitos fundamentais, cuja eficácia, em razão de sua natureza mesma, atribui-lhes a condição de supremacia em relação a outras regras normativas, ainda que veiculadas em sede constitucional.

Tenho para mim, Senhora Presidente, com a devida vénia, que a resolução da antinomia em causa, que se revela meramente aparente (e, portanto, superável), há de prestigiar a norma mais favorável ao consumidor, pois a aplicação da regra consubstanciada no art. 178 da Constituição, caso interpretada na linha proposta pelo eminentíssimo Relator, importará, em face de seu caráter detimento, em grave prejuízo ao consumidor, considerada a relevantíssima circunstância de que, em nosso ordenamento positivo, a defesa do consumidor, tal como determinado no catálogo de direitos fundamentais (CF, art. 5º, XXXII), qualifica-se como prerrogativa essencial que lhe é atribuída por um estatuto – a Lei Fundamental da República – impregnado do mais elevado sentido hierárquico.

Nem se diga que a precedência das convenções internacionais sobre os direitos básicos do consumidor, na matéria ora em julgamento, encontraria fundamento legitimador na regra consubstanciada no art. 178 da Carta Política.

É que a proteção assegurada ao consumidor tem suporte em norma que, além de possuir idêntico perfil constitucional, também é resguardada por cláusula pétreas, o que lhe confere eficácia jurídica preponderante,

ARE 766618 / SP

precisamente porque enunciadora de direito fundamental, como resulta claro do que proclama o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição da República, cujo texto – ao contrário do que ocorre com o art. 178 acima mencionado – traduz limitação material explícita ao poder reformador do Congresso Nacional (CF art. 60, § 4º, IV).

Presente esse contexto, em que se registra um claro estado de tensão dialética entre as normas fundadas no art. 178 e no art. 5º, inciso XXXII, ambos da Constituição da República, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores impregnados de estatura constitucional, dependerá da ponderação concreta entre os direitos e interesses postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los.

Isso significa, portanto, Senhora Presidente, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam ao Poder Público (e aos magistrados e Tribunais) ponderar e avaliar, “*hic et nunc*”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto – tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos (DANIEL SARMENTO, “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal” p. 193/203, “Conclusão”, itens ns. 1 e 2, 2000, Lumen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, “Temas de Direito Constitucional”, p. 363/366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 661, item n. 3, 5ª ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, “Colisão de Direitos”, p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, “Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade”, p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de

ARE 766618 / SP

Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, p. 216, “*Conclusão*”, 2^a ed., 2000, Brasília Jurídica, v.g.) –, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, entre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito fundamental de proteção a que faz jus o consumidor.

Com efeito, a proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos representam compromissos inderrogáveis que o Estado brasileiro conscientemente assumiu **no plano** de nosso ordenamento constitucional.

O relevo indiscutível desse compromisso estatal – considerada a irrecusável importância jurídica, econômica, política e social de que se revestem os direitos do consumidor – tanto mais se acentua quando se tem presente que a Assembleia Nacional Constituinte, em caráter absolutamente inovador, elevou a defesa do consumidor à posição eminentíssima de direito fundamental (CF art. 5º, XXXII), atribuindo-lhe, ainda, a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem econômica (CF art. 170, V) cuja eficácia, segundo penso, permite reconhecer a precedência do Código de Defesa do Consumidor sobre a Convenção de Varsóvia (1929), atualizada, entre outros, pelos Protocolos de Haia (1955) e da Guatemala (1971), bem assim sobre a Convenção de Montreal (1999).

É por essa razão que o eminentíssimo Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA (“*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, p. 261/262, item n. 27, 20^a ed., 2002, Malheiros), ao analisar a obrigação, constitucionalmente imposta ao Estado, de prover, na forma da lei, a proteção do consumidor, põe em destaque a inserção dessa cláusula de tutela “entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais”, conjugando-se a isso a previsão constante “do art. 170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica”, com o relevante propósito “de legitimar

ARE 766618 / SP

todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista".

Na realidade, a proteção estatal ao consumidor – **quer seja esta qualificada** como um direito fundamental **positivado** no próprio texto da Constituição da República, **quer seja compreendida** como diretriz conformadora da formulação e execução de políticas públicas, **bem assim** do exercício das atividades econômicas em geral – **assume**, *em última análise*, **na perspectiva** do sistema jurídico consagrado em nossa Carta Política, **a condição** de meio instrumental **revelador** de um “*princípio constitucional impositivo*” (EROS ROBERTO GRAU, “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, p. 272, item n. 115, 6ª ed., 2001, Malheiros), **destinado a neutralizar o abuso do poder econômico** praticado em detrimento das pessoas e de seu direito ao desenvolvimento e a uma existência digna e justa.

Com o claro objetivo de dar concreção e significado a tais proclamações constitucionais, a Carta Política fez instaurar **um estado de comunhão solidária** entre as diversas esferas políticas **que compõem** a estrutura institucional da Federação brasileira, **congregando-as** em torno de finalidade comum, **impregnada** do mais elevado sentido social.

Vale referir, bem por isso, a primazia que a Carta Política **conferiu** tanto à defesa do consumidor **quanto** à preservação da integridade das prerrogativas jurídicas, que, *em seu favor*, **foram reconhecidas** pelo ordenamento positivo, **podendo-se afirmar, a partir de tal asserção, que os direitos do consumidor, embora desvestidos de caráter absoluto, qualificam-se, no entanto, como valores essenciais e condicionantes de qualquer processo decisório que vise a compor** situações de antagonismo **resultantes** das relações de consumo, **que se processam, no âmbito da vida social, de modo tão estruturalmente desigual, marcadas, muitas vezes, pela nota de indisfarçável conflituosidade, a opor** prestadores de serviços e fornecedores e produtores, *de um lado, a consumidores, de outro*.

ARE 766618 / SP

Com esse propósito, Senhora Presidente, e para não degradar o compromisso de defesa do consumidor à condição inaceitável de uma promessa irresponsavelmente vã, ou de uma proclamação constitucional meramente retórica, ou, ainda, de um discurso politicamente inconsequente, a Lei Fundamental, visando a promover o bem de todos, veio a instituir verdadeiro condomínio legislativo, partilhando entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal (CF art. 24, VIII), sem falar nos Municípios, a competência para legislar, em caráter concorrente, sobre medidas e políticas públicas destinadas a viabilizar a proteção – que se quer efetiva, plena e real –, a ser conferida ao consumidor.

Daí justificar-se, plenamente, o reconhecimento de que a proteção ao consumidor – que traduz prerrogativa fundamental do cidadão – qualifica-se como valor constitucional inerente à própria conceptualização do Estado Democrático e Social de Direito, razão pela qual incumbe a toda a coletividade – e ao Poder Judiciário, em particular – extraír dos direitos assegurados ao consumidor a sua máxima eficácia.

Cumpre reiterar, bem por isso, a afirmação de que a função tutelar resultante da cláusula constitucional de proteção aos direitos do consumidor projeta-se, também, na esfera relativa à ordem econômica e financeira, na medida em que essa diretriz básica apresenta-se como insuprimível princípio conformador da atividade econômica (CF art. 170, V).

Impende destacar, por oportuno, que todas as atividades econômicas estão sujeitas à ação fiscalizadora do Poder Público. O ordenamento constitucional outorgou ao Estado o poder de intervir no domínio econômico, assistindo-lhe, nesse especial contexto das funções estatais, competência para proceder como agente normativo e regulador da atividade negocial (art. 174).

ARE 766618 / SP

A liberdade de atuação empresarial e de prática negocial, *contudo, não se reveste* de caráter absoluto, pois o seu exercício sobre, necessariamente, os condicionamentos normativos impostos pela Lei Fundamental da República.

Dentro dessa perspectiva, a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) – considerados os valores básicos concernentes à proteção da vida, da saúde e da segurança, e relativos à liberdade de escolha, à igualdade nas contratações, ao direito à informação e à proteção contra publicidade enganosa, entre outros – representou a materialização e a efetivação dos compromissos assumidos, *em tema de relações de consumo*, pelo Estado brasileiro.

É por tal razão que ANTÔNIO CARLOS EFING (“**Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**”, p. 23/25, item n. 1.1 e 1.3, 1999, RT), ao ressaltar a importância do advento da Lei nº 8.078/90, por tudo o que significou na concretização do compromisso constitucional de proteção aos direitos do consumidor, registrou as sensíveis transformações por que passou, *em nosso sistema jurídico*, o tratamento normativo dispensado às relações de consumo:

“Todavia, não resta dúvida que a proteção do consumidor somente adquiriu aspecto relevante com a promulgação da Carta Magna de 1988, assumindo, neste momento, estado de garantia constitucional e princípio norteador da atividade econômica.

Com a edição do CDC e a entrada em vigor de suas normas, restaram esclarecidos e consolidados os direitos dos consumidores, através da criação do microssistema das relações de consumo, com a inserção de novas normas e princípios jurídicos para a tutela dos consumidores.

Assim, conclui-se que, com o passar do tempo, as relações de consumo foram sofrendo tratamento inovador e protetivo da parte mais frágil na relação, qual seja o consumidor, restando as relações de consumo, agora, amplamente tuteladas pelo CDC.

ARE 766618 / SP

Não só a legislação brasileira, mas também a doutrina internacional, estão voltadas para a regulamentação das relações de consumo (...).

Conforme se verá mais adiante, seja quanto à proteção contratual, seja quanto ao acesso do consumidor à tutela jurisdicional, o CDC representa o maior avanço da disciplina das relações de consumo.

.....
Atribuir plena eficácia às normas contidas no CDC significa conferir ao Código a sua total aplicação, representa possibilitar ao consumidor a garantia da sua proteção e defesa, bem como estabelecer ao fornecedor parâmetros para sua conduta dentro deste regulamento, visando, assim, ao equilíbrio nas relações de consumo." (grifei)

Cabe insistir, portanto, no reconhecimento de que o Código de Defesa do Consumidor reveste-se de plena validade constitucional, especialmente se se considerarem os princípios que regem, condicionam e informam a própria formulação e execução da política nacional das relações de consumo, cujo precípuo objetivo – reconhecida a situação de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo – consiste em viabilizar o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem assim a transparência e harmonia das relações de consumo.

Nesse contexto, a atuação normativa do Poder Público, como aquela consubstanciada na legislação de defesa do consumidor, vocacionada a coibir, com fundamento na prevalência do interesse social, situações e práticas abusivas que possam comprometer a eficácia do postulado constitucional de proteção e amparo ao consumidor (que representa importante vetor interpretativo na ponderação e superação das relações de antagonismo que se registram no mercado de consumo), justifica-se ante a necessidade – que se impõe ao Estado – de impedir que as empresas e os agentes econômicos em geral afetem e agravem a situação de vulnerabilidade a que se acham expostos os consumidores (RIZZATO NUNES, "Comentários

ARE 766618 / SP

ao Código de Defesa do Consumidor", p. 629/630, item n. 2.7, 6^a ed., 2011, Saraiva, v.g.), qualquer que seja o domínio em que exerçam as suas atividades, inclusive no plano do transporte aéreo internacional.

Os agentes econômicos não têm nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais – que não ostentam valor absoluto – não criam, em torno dos organismos empresariais, inclusive das empresas de transporte aéreo internacional, qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos cuja imposição, fundada na supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do texto da própria Carta da República.

Há a considerar, ainda, Senhora Presidente, um outro aspecto cuja análise, segundo penso, também permite concluir no sentido da prevalência, no julgamento em curso, do Código de Defesa do Consumidor sobre as convenções internacionais invocadas pela parte ora recorrente.

Com efeito, o exame da controvérsia jurídica suscitada nesta sede recursal faz instaurar instigante discussão em torno de tema impregnado do mais alto relevo constitucional, consistente na análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (empresa aérea internacional, de um lado, e consumidor, de outro), valendo referir, a esse respeito, valiosas opiniões doutrinárias (WILSON STEINMETZ, "A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais", 2004, Malheiros; THIAGO LUÍS SANTOS SOMBRA, "A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas", 2004, Fabris Editor; ANDRÉ RUFINO DO VALE, "Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas", 2004, Fabris Editor, v.g.).

A questão constitucional em debate no processo ora em julgamento – que estimula reflexões em torno do tema pertinente à eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) dos direitos,

ARE 766618 / SP

liberdades e garantias, também denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada – resume-se, em seus elementos essenciais, à seguinte indagação, que, formulada por J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 1.151, Almedina), bem delineia o aspecto central da matéria em análise:

“Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou colectivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?” (grifei)

O acórdão objeto do presente recurso, ao conferir precedência ao Código de Defesa do Consumidor, no plano das relações de consumo, sobre as Convenções de Varsóvia e de Montreal, claramente reconheceu que o estatuto dos direitos fundamentais (enquanto complexo de poderes, de prerrogativas e de garantias) não se restringe à esfera das relações **verticais** entre o Estado e o indivíduo, mas incide também sobre o domínio em que se processam as relações de caráter meramente privado, como sucede na esfera de celebração de contratos de transporte aéreo internacional, eis que, presente referido contexto, os direitos fundamentais (como o de proteção ao consumidor, “*ex vi*” do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição) projetam-se, por igual, numa perspectiva de ordem estritamente horizontal.

Cumpre considerar, bem por isso, até mesmo para efeito de exame da questão ora em análise, a advertência de INGO WOLFGANG SARLET (“A Constituição Concretizada: Construindo Pontes entre o Público e o Privado”, p. 147, 2000, Livraria do Advogado, Porto Alegre), cujas observações acentuam que o debate doutrinário em torno do reconhecimento, ou não, de uma eficácia direta dos direitos e garantias fundamentais, com projeção imediata sobre as relações jurídicas entre particulares, assume um nítido caráter político-ideológico, assim

ARE 766618 / SP

caracterizado por esse mesmo autor: “uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa” (**grifei**).

Essa mesma percepção em torno da denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares tem sido acolhida pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal em diversas situações, como o atestam vários precedentes firmados por esta Corte Suprema (RTJ 164/757-758, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – AI 346.501-AgR/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RE 161.243/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 201.819/RJ, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES).

O entendimento doutrinário não dissente dessa orientação jurisprudencial, cabendo mencionar, por oportuno, no sentido que venho de expor, o magistério de eminentes autores (ANDRÉ RUFINO DO VALE, “Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas”, p. 137/138, item n. 3.4, 2004, Fabris Editor; CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, “Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas”, “in” “Cadernos de Soluções Constitucionais”, p. 32/47, 2003, Malheiros; DANIEL SARMENTO, “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”, p. 301/313, item n. 5, 2004, Lumen Juris; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais”, “in” “Direito Público”, ano I, nº 2, p. 170/174, out/dez de 2003, v.g.), valendo destacar, por extremamente relevante, a autorizada lição da eminent Professora CLAUDIA LIMA MARQUES (“Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, p. 257/259, item n. 4.1, 5ª ed., 2006, RT):

“A força normativa do Direito Constitucional no Direito Privado não mais pode ser negada, assim como é evidente o

ARE 766618 / SP

efeito horizontal, entre privados, dos direitos fundamentais (Drittirkung). Queira-se ou não, a verdade é que a Constituição Federal de 1988 interessou-se indiretamente pela contratação que envolve consumidores, tanto no momento em que identificou este novo sujeito de direitos fundamentais, o consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/88), como no momento em que assegurou sua proteção, apesar da livre iniciativa de mercado (art. 170, V, da CF/88) e concomitante com a possibilidade de privatização, concessão e outros métodos de iniciativa privada em atividades antes exercidas pelo Estado, como é o caso da saúde, educação, habitação, previdência etc.

.....

O contrato é o instrumento de circulação das riquezas das sociedades, mas hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro. Estes paradigmas concretizam não só a nova ordem econômica constitucional (art. 170, V, da Constituição Federal), mas também os mandamentos constitucionais de igualdade entre os desiguais (art. 5º da Constituição Federal), de liberdade material das pessoas físicas e jurídicas (art. 5º c/c art. 170, V, da Constituição Federal) e, em especial, da dignidade deste sujeito como pessoa humana (art. 1º, III, c/c art. 5º, XXXII, da Constituição Federal).

.....

O fato de um dos sujeitos da relação contratual ter recebido direitos fundamentais, quando ocupa o papel de consumidor, influencia diretamente a interpretação da relação contratual em que este sujeito está. O contrato de consumo passa a ser um ponto de encontro de direitos individuais, sendo que os direitos dos consumidores, 'stricto sensu', em especial, das pessoas físicas, são direitos da mais alta hierarquia constitucional, direitos fundamentais, protegidos por cláusula pétreia (art. 60 da Constituição Federal). (...).

A doutrina brasileira tem destacado esta hierarquia de direito fundamental da proteção do consumidor e sua origem no princípio máximo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), a ressaltar a função integradora e hermenêutica que esse

ARE 766618 / SP

princípio exerce, constituindo-se em ‘Richtlinie’, linha-guia ou parâmetro para a aplicação, interpretação e concretização de todas as normas do ordenamento jurídico.” (grifei)

Idêntica reflexão sobre o tema é também compartilhada por WILSON STEINMETZ (“A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais”, p. 295, 2004, Malheiros), cujo magistério põe em destaque a significativa importância de estender-se ao plano das relações de direito privado estabelecidas entre particulares a cláusula de proteção dos direitos fundamentais, cuja incidência – como precedentemente referido – não se resume, apenas, ao âmbito das relações verticais entre os indivíduos, *de um lado, e o Estado, de outro:*

“No marco normativo da CF, direitos fundamentais – exceto aqueles cujos sujeitos destinatários (sujeitos passivos ou obrigados) são exclusivamente os poderes públicos – vinculam os particulares. Essa vinculação se impõe com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, no postulado da unidade material do ordenamento jurídico, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no princípio constitucional da dignidade da pessoa (CF, art. 1º, III), no princípio constitucional da solidariedade (CF, art. 3º, I) e no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º).” (grifei)

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra clara limitação de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos de terceiros, especialmente em face de prerrogativas positivadas em sede constitucional, como o direito fundamental assegurado ao consumidor, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, como as empresas de transporte aéreo internacional, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativas, em tema de liberdades fundamentais, também se impõem aos particulares, **inclusive aos organismos empresariais, no âmbito** de suas relações privadas.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 112 de 128

ARE 766618 / SP

Concluo o meu voto, Senhora Presidente. E, ao fazê-lo, peço vênia para, acompanhando o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, negar provimento ao presente recurso, por entender que, em matéria de responsabilidade civil de empresa de transporte aéreo internacional (tema que envolve típica relação de consumo), as disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) têm precedência sobre as normas fundadas em convenções internacionais, como as Convenções de Varsóvia (1929) – e respectivos Protocolos – e de Montreal (1999).

É o meu voto.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 113 de 128

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
RECTE.(S)	: AIR CANADA
ADV.(A/S)	: CARLA CHRISTINA SCHNAPP E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: CINTIA CRISTINA GIARDULLI
ADV.(A/S)	: MARIA MIRTES GISOLFI

OBSERVAÇÃO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, permite-me esclarecer dois aspectos fáticos?

O Ministro Celso de Mello manifestou curiosidade quanto ao valor hoje do direito especial de saque. Pelo site dos Correios tal valor hoje é de R\$ 4,50. O limite da Convenção de Montreal - mil direitos especiais de saque -, corresponde hoje, portanto, a R\$ 4.500,00, que seria o montante pago na hipótese de não haver declaração especial nem prova de dolo ou culpa do transportador.

Já o Ministro Marco Aurélio perquiriu se o órgão julgador seria o Tribunal de Justiça de São Paulo no processo sob a relatoria do Ministro Luís Roberto. Esclareço, na condição de vistora, que a decisão recorrida naquele processo é da Primeira Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Santo André, São Paulo.

Obrigada, Presidente.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 114 de 128

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

Levo em consideração tanto o artigo 5º quanto o artigo 178 da Constituição. Peço vênia, portanto, aos eminentes Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello para acompanhar os relatores no sentido de prover os recursos extraordinários exatamente pelas razões expedidas de se tratar de norma específica, que fazem com que a determinação constitucional seja, nos termos do artigo 178 da Constituição, de cumprimento obrigatório na matéria.

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

V O T O

A Senhora Ministra Cármem Lúcia (Vogal):

1. Em 22.10.2009, este Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional tratada nos autos do Recurso Extraordinário n. 636.331 (Relator o Ministro Gilmar Mendes), no qual se discute a *"limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia"*.

Em 18.11.2013, o Ministro Roberto Barroso, atuando monocraticamente nestes autos, proveu o agravo para convertê-lo em recurso extraordinário, submetendo-o ao Plenário para julgamento conjunto com o Recurso Extraordinário n. 636.331, dispensando a reautuação do feito.

2. Tem-se, na origem, demanda ajuizada contra companhia aérea visando à indenização por danos materiais e morais decorrentes de atraso de voo internacional.

3. A Primeira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a sentença de parcial procedência do pedido que condenou a companhia aérea ao pagamento do valor de R\$6.000,00 (seis mil reais), a título de indenização por danos morais, aplicando o Código de Defesa do Consumidor em detrimento da Convenção de Varsóvia.

4. No recurso extraordinário a Recorrente alega contrariedade aos arts. 5º, § 2º, e 178, *caput*, da Constituição da República, ao argumento de que as regras de prescrição aplicáveis ao caso seriam aquelas das Convenções de Varsóvia e de Montreal e não as do Código de Defesa do Consumidor.

ARE 766618 / SP

5. Em contrarrazões a Autora postulou o não conhecimento do recurso extraordinário, pela natureza infraconstitucional da matéria. No mérito, defende a aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor à espécie.

6. Em 8.5.2014, foi iniciado o julgamento conjunto desta demanda e do Recurso Extraordinário n. 636.331 (Relator o Ministro Gilmar Mendes). O Ministro Gilmar Mendes votou pela “*prevalecência da Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, não apenas na hipótese de extravio de bagagem*”.

O Ministro Roberto Barroso, Relator, votou pela fixação da seguinte tese: “*por força do art. 178 da Constituição, em caso de conflito, as normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor*”.

Ao votar, o Ministro Teori Zavascki acompanhou os respectivos Relatores em ambos os processos, mas ressalvou a referência ao art. 178 da Constituição da República constante da tese proposta pelo Ministro Roberto Barroso. Argumentou que a controvérsia poderia ser resolvida a partir das regras de solução de antinomia de normas veiculadas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, o que dispensaria a aplicação do art. 178 da Constituição. O Ministro Teori afirmou, ainda, não ser necessário firmar tese segundo a qual o legislador pátrio teria sempre que observar as convenções sobre transporte aéreo internacional em qualquer hipótese.

Após debate sobre esse ponto, pediu vista a Ministra Rosa Weber, que ponderou, também, a existência de precedente da Primeira Turma em sentido contrário aos votos proferidos.

7. A matéria submetida pelo recurso extraordinário ao exame deste

ARE 766618 / SP

Supremo Tribunal respeita à antinomia de normas jurídicas. Discute-se se, em caso de ação indenizatória por danos decorrentes de atraso de voo internacional, o prazo prescricional seria de dois anos, previsto no art. 29 da Convenção de Varsóvia para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Decreto n. 20.704/1931)¹, ou de cinco anos, estabelecido pelo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor².

8. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 71.154 (Relator o Ministro Oswaldo Trigueiro, DJ 27.8.1971), este Supremo Tribunal reafirmou antiga jurisprudência no sentido do primado das normas de direito internacional regularmente incorporadas ao direito interno sobre as normas internas:

"LEI UNIFORME SOBRE O CHEQUE, ADOTADA PELA CONVENÇÃO DE GENEbra. APROVADA ESSA CONVENÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL, E REGULARMENTE PROMULGADA, SUAS NORMAS TEM APLICAÇÃO IMEDIATA, INCLUSIVE NAQUILo EM QUE MODIFICAREM A LEGISLAÇÃO INTERNA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO".

Posteriormente, o Plenário deste Supremo Tribunal reviu essa orientação ao apreciar o Recurso Extraordinário n. 80.004 (Relator o Ministro Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977), firmando a tese de inexistência de hierarquia entre as normas de direito internacional e de direito interno:

"- CONVENÇÃO DE GENEbra, LEI UNIFORME SOBRE

1 Convenção de Varsóvia: "ARTIGO 29. (1) A acção de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois annos, a contar da data de chegada, ou do dia, em que a aeronave, devia ter chegado a seu destino, ou do dia da interrupção do transporte. (2) O prazo será computado de acordo com a lei nacional do tribunal que conhecer da questão".

2 Código de Defesa do Consumidor: "Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria".

ARE 766618 / SP

LETROS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Dec.-Lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título.

Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado.

Recurso extraordinário conhecido e provido".

Esse entendimento foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480 (Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 18.5.2001), quando assentado que “os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa”.

É certo que, ao apreciar os Recursos Extraordinários ns. 349.703 (Relator o Ministro Carlos Britto, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, DJe 5.6.2009) e 466.343 (Relator o Ministro Cesar Peluso, DJe 5.6.2009) e os *Habeas Corpus* ns. 87.585 e 92.566 (Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 26.6.2009 e 5.6.2009), o Plenário deste Supremo Tribunal concluiu que os tratados internacionais de direitos humanos gozam, no ordenamento jurídico brasileiro, do *status normativo* de suprallegalidade, o que torna inaplicável a legislação brasileira com ele conflitante, seja a ele anterior ou posterior.

Essa orientação jurisprudencial, contudo, não se aplica ao presente

ARE 766618 / SP

caso, pois não se discute, aqui, conflito entre norma interna e norma de tratado internacional que verse sobre direitos humanos (RE n. 214.349, Relator o Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 11.6.1999).

9. Não obstante, deve-se destacar que, ao se reservar à lei a competência para dispor sobre transporte aéreo, no art. 178 da Constituição se determinou, quanto ao transporte internacional, a observância dos acordos firmados pela União, quando houver reciprocidade:

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

Ao regular o transporte aéreo internacional, havendo reciprocidade, não pode o legislador ordinário dispor contrariamente a normas de convenções internacionais firmadas pela União sobre essa matéria. Ao dispor sobre a ordenação do transporte internacional, a lei deve cumprir *"todos os acordos firmados pela União, atendido o clássico princípio da reciprocidade"* (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. VIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1990. p. 4.160).

Nesse mesmo sentido é a lição, por exemplo, de Tupinambá Miguel Castro Nascimento:

"Existem convenções em vigor, das quais o Brasil é signatário e que devem ser levadas em conta pela lei que dispuser sobre sua ordenação. Como exemplos e relativas ao transporte aéreo, a Convenção de Varsóvia de 1.929, ratificada em 1.931, a Convenção Sanitária Internacional de Haia de 1.933, ratificada parcialmente em 1.934, a Convenção de Roma de 1.933, ratificada em 1.939, a Convenção de Chicago de 1.944, ratificada em 1.945 e 1.946, etc. No âmbito do transporte marítimo, há a Convenção de Bruxelas de 1.924, ratificada em 1.931. Todas já publicadas, ingressaram no ordenamento jurídico interno brasileiro e devem ser consideradas na feitura da lei de

ARE 766618 / SP

ordenação do transporte internacional” (NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Comentários à Constituição Federal: ordem econômica e financeira: arts. 170 a 192. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 103).

10. Não se pode optar pela aplicação de lei que sequer versa sobre transporte aéreo internacional (no caso, o Código de Defesa do Consumidor) em detrimento de tratado internacional sobre esse específico tema.

Foi o que decidiu a Segunda Turma deste Supremo Tribunal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 297.901 (Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ 31.3.2006). Questionava-se, então, a aplicação do prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 27 do CDC em detrimento do prazo de dois anos estabelecido no art. 29, 1, da Convenção de Varsóvia.

A Segunda Turma deste Supremo Tribunal concluiu, então, que, quanto a Convenção de Varsóvia e o Código de Defesa do Consumidor estejam no mesmo nível hierárquico, no art. 178 da Constituição expressamente se estabeleceu a observância, na ordenação do transporte internacional pela lei, dos tratados internacionais firmados pela União.

Assim, “embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso de contrato de transporte internacional aéreo, em obediência à norma constitucional antes referida, prevalece o que dispõe a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos, não o de cinco anos, do Código de Defesa do Consumidor”.

Alexandre Santos de Aragão argumenta, em sentido semelhante, que, por força do disposto no art. 178 da Constituição, seria inconstitucional lei ordinária que, ao dispor sobre a ordenação do transporte aéreo internacional, contrariasse tratado sobre o tema firmado

ARE 766618 / SP

pela União e devidamente incorporado ao direito interno:

"A obrigatoriedade dos tratados advém, antes de tudo, do princípio da pacta sunt servanda, amplamente reconhecido e respeitado na sociedade internacional. No entanto, a validade dos tratados em determinados ordenamentos jurídicos poderá depender de determinados procedimentos previstos no direito interno de cada país. É o caso, por exemplo, do Brasil, onde os tratados, para produzirem efeitos, além de ratificados, devem ser promulgados, através de decreto, publicados e registrados.

Uma vez promulgado através de Decreto, o tratado internacional equipara-se, hierarquicamente, à lei ordinária – o que é conhecido como princípio da paridade hierárquica entre tratados e leis – e, por isso, eventual conflito entre as disposições destes poderá ser resolvido através da aplicação dos critérios temporal e de especialidade.

O artigo sob comento, todavia, parece conter exceção a referido princípio da paridade hierárquica, na medida em que determina que a lei que versar sobre ordenação do transporte internacional deverá necessariamente observar os tratados internacionais, independentemente de ser mais específica ou posterior ao mesmo, o que equivale a dizer que o tratado internacional – após a sua devida promulgação através de decreto – sempre prevalecerá, sob pena de incidir a lei ordinária em vício de constitucionalidade. Tal exceção, todavia, depende da observância do princípio da reciprocidade, ou seja, da existência de tratamento igualitário sobre o assunto pelos demais países signatários do acordo.

Destaca-se, nesse contexto, a Convenção de Varsóvia de 1929 sobre transporte aéreo internacional, ratificada pelo Brasil em 1931. Essa Convenção instituiu um sistema de indenização tarifada pelos danos materiais causados durante o transporte aéreo internacional" (ARAGÃO, Alexandre Santos. Art. 178. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; et al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1.856)

Celso Ribeiro Bastos sustenta que, nas hipóteses regidas pelo art. 178, as convenções internacionais teriam "força supraregal", não podendo ser descumpridas por lei ordinária, mas apenas pela superveniência de

ARE 766618 / SP

denúncia do tratado:

"(...) a ordenação internacional dos transportes depende em grande parte de tratados e convenções internacionais. É matéria, portanto, fundamentalmente regida pelos acordos que o Brasil vier a firmar e pelos que já pactuou na matéria. (...)"

Ponto importante a notar é que os tratados internacionais têm força de lei na ordem interna. Revogam, portanto, os atos que com eles conflitem. Devem obediência apenas à Constituição e têm, em princípio, a mesma hierarquia das leis ordinárias ou comuns.

Por força do preceito sob comento, os acordos aí ventilados têm uma força supralegal, na medida em que fica ordenado o seu cumprimento, o que significa dizer que seu descumprimento só pode dar-se na forma do direito internacional, é dizer, com a denúncia da avença. O artigo resolve, pois, tormentoso problema posto pela tradição do nosso direito. Pode uma lei ordinária revogar um tratado internacional?

Não é o caso de cuidar do problema aqui em toda a sua dimensão. O que cumpre é deixar certo que, se de acordo de transporte internacional se tratar, a lei ordinária não poderá descumpri-lo, uma vez que o caput do art. 178 subordina a ordenação da matéria ao disposto na avença internacional. O único caminho é, pois, o da denúncia" (BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. 7. vol. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 160-161).

11. Ainda que não se priorizasse a norma do art. 178 da Constituição da República, o critério da especialidade seria suficiente para afastar a incidência do art. 27 do CDC em favor do art. 29 da Convenção de Varsóvia. Como preleciona Maria Helena Diniz, "uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes" (DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 96). E continua:

"(...) A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o bis in idem, pois o comportamento só se

ARE 766618 / SP

enquadra na norma especial, embora também esteja previsto na geral (RJTJSP, 29:303). O tipo geral está contido no tipo especial. A norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica" (DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 96).

Sob essa perspectiva, não ficam dúvidas de que as normas das Convenções de Varsóvia e Montreal são especiais quando confrontadas com as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Enquanto no art. 27 do CDC se traz disposição geral sobre o prazo prescricional da pretensão de reparação por danos causados pelo serviço aos consumidores, no art. 29 da Convenção de Varsóvia se regula especificamente o prazo prescricional da pretensão indenizatória de danos ocorridos na prestação de serviços de transporte aéreo internacional. A norma convencional é especial em relação ao art. 27 do CDC.

Foi o que defendeu, em sede doutrinária, o Ministro Eros Grau:

"04. Os atributos da especialidade e da generalidade, que apartam as normas gerais das especiais, derivam de um juízo de comparação entre duas normas. Norma geral e norma especial não são geral e especial em si e por si, mas sempre relativamente a outras normas.

Assim, uma norma que é geral em relação à outra, pode ser tida como especial em face de uma terceira.

Por outro lado, a norma geral é dotada de uma compreensão (conjunto das notas de cada norma) menor e de uma extensão (sujeitos aos quais cada norma se dirige) maior, ao passo que a norma especial é dotada de uma compreensão maior e de uma extensão menor.

05. Consumado o juízo de comparação, teremos que o Código de Defesa do Consumidor é lei especial em relação ao Código Civil (LGL 2002\400). Não obstante, se o compararmos com o Código Brasileiro de Aeronáutica e com as disposições da Convenção de Varsóvia,

ARE 766618 / SP

teremos ser ele lei geral em relação – repito para deixar bem claro – ao Código Brasileiro de Aeronáutica e às disposições da Convenção de Varsóvia” (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. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 8, n. 28, p. 22-26, abr./jun. 2005. p. 22).

12. Pelo exposto, **dou provimento ao recurso extraordinário**, fixando a seguinte tese, com repercussão geral: “*as normas dos tratados sobre transporte aéreo internacional firmados pela União e regularmente incorporados ao direito interno, quando aplicáveis, afastam a incidência das disposições da legislação infraconstitucional interna no que lhe forem contrárias*”.

É o meu voto.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 125 de 128

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618 SÃO PAULO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhora Presidente, eu estou de acordo.

Eu disse:

Por força do artigo 178 da Constituição, de conflito, as normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre o CDC.

Vossa Excelência imagina fazer uma tese única para os dois casos?

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Acho que sim, porque, aí, até para o esclarecimento dos Tribunais.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Quer dizer, eu acho que substancialmente estamos dizendo a mesma coisa.

Se o Ministro Gilmar sugere, aquiescendo, eu só acrescentaria a menção ao 178. Na versão dele, com menção ao artigo da Constituição.

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, se Vossa Excelência aquiesce. De acordo?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Talvez fosse conveniente referir-se, *também*, à Convenção de Montreal...

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Aqui ficou "especialmente a Convenção de Varsóvia", porque há outros documentos.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É verdade.

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Especialmente as convenções.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Para mim, está bem, não há problema.

ARE 766618 / SP

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Há um detalhe: nós temos que ir pela tese, realmente, Ministro, com o acréscimo, o que não prejudica, porque, no recurso extraordinário de Vossa Excelência, não há repercussão geral. Então, nós fixaríamos a tese, englobando o que foi discutido no recurso da relatoria de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não há repercussão geral?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas, de todo jeito, a tese...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Acho que a gente fez em conjunto exatamente para ser... Eu até conversei com o Ministro Gilmar antes, porque quem pediu a repercussão geral foi o Ministro Gilmar numa questão específica, e, aí, eu juntei a minha à dele.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E aí o agravo foi convertido.

Acho que acrescentando "por força do artigo 178" ou "nos termos do artigo 178 da Constituição" e, para acolher a sugestão do Ministro Celso, se os Ministros concordarem, "especialmente as Convenções de Varsóvia e de Montreal".

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - De acordo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O Ministro Marco Aurélio, por divergir, não vota na tese.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Porque a tese por mim adotada, ante o desprovimento dos recursos, seria diametralmente oposta à sugerida pelos Colegas.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, vai haver referência ao art. 178 da CF?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, exatamente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Para mim, é decisivo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É o que foi assentado.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 127 de 128

ARE 766618 / SP

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - É o que me leva a afastar a norma mais favorável.

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É o que foi assentado, exatamente nos termos propostos inicialmente.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 128 de 128

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 766.618

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE. (S) : AIR CANADA

ADV. (A/S) : CARLA CHRISTINA SCHNAPP (0139242/SP) E OUTRO (A/S)

RECD. (A/S) : CINTIA CRISTINA GIARDULLI

ADV. (A/S) : MARIA MIRTES GISOLFI (94299/SP)

Decisão: Após o voto do Relator, dando provimento ao recurso extraordinário para julgar improcedente o pedido em razão da prescrição, no que foi acompanhado pelo Ministro Teori Zavascki, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 08.05.2014.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido, em razão da prescrição (CPC, art. 269, IV). Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder o Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Em seguida o Tribunal fixou tese nos seguintes termos: "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", vencido o Ministro Marco Aurélio. Presidiu o julgamento a Ministra Cármel Lúcia. Plenário, 25.5.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármel Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrade.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário