O STF E O STJ FACE AO DIREITO AERONÁUTICO

José Gabriel Assis de Almeida
UERJ Universidade do Estado do Rio de Janeiro e UNIRIO Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Av. Rio Branco, 109, 21o andar, Rio de Janeiro, RJ CEP 20.040-004, tel. +55/21/22.42.10.77, email jgaa@aaalaw.com.br, fax: 22.52.31.17

João Marcelo Sant´Anna da Costa
UERJ Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Av. Rio Branco, 109, 21o andar, Rio de Janeiro, RJ CEP 20.040-004, tel. +55/21/22.42.10.77, email jmsc@aaalaw.com.br, fax: +55/21/22.52.31.17

ABSTRACT

O texto apresentado é o resultado de pesquisa sobre a evolução do entendimento dos tribunais superiores brasileiros acerca do regime jurídico do transporte aéreo internacional de outubro de 1988 a julho de 2016. O campo de análise foi apenas o transporte aéreo internacional, pois este suscita discussão em torno de questões mais variadas do que o transporte aéreo nacional, limitado à antinomia entre o CDC e o Código Brasileiro de Aeronáutica. A hipótese em análise era a existência de alteração do entendimento da jurisprudência sobre qual a norma aplicável (se as convenções internacionais ou a legislação interna). O método aplicado foi o da análise e revisão das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos 28 anos. O texto apresenta as conclusões da pesquisa. Em uma primeira parte, será demonstrado que, na década de 90, a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros firmou-se no sentido da negação do direito aeronáutico, afastando a sua aplicação em favor de outras normas de direito interno, sem distinção entre casos de transporte aéreo internacional de passageiros ou de carga. Na segunda parte, será demonstrado que, nos últimos três anos, os tribunais superiores brasileiros voltaram a reafirmar o direito aeronáutico no que diz respeito ao transporte aéreo internacional de carga e o Supremo Tribunal Federal está próximo de evoluir também no que tange ao transporte aéreo de passageiros. Em conclusão, o texto examina as consequências deste movimento pendular da jurisprudência brasileira em matéria de transporte aéreo internacional.

Keywords: Transporte, Aéreo, Internacional, Jurisprudência, Brasil.

1 Introdução

O regime jurídico do transporte aéreo no Brasil modificou-se substancialmente nos últimos 30 anos. Esta transformação corresponde à evolução da sociedade brasileira que vivia um enorme anseio por liberdade e direitos quando, em 1988, teve promulgada a atual Constituição da República. Com a Constituição Cidadã, o movimento a favor de mais direitos, mais liberdade e mais garantias prosseguiu e estendeu-se a outras áreas, tendo conseguido a promulgação da Lei 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor ("CDC"), e da Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Este movimento, como é natural, esbarrou em diversos sistemas jurídicos específicos e um deles foi o do transporte aéreo.

Quando o transporte aéreo se desenvolveu, no início do século XX, e o direito aeronáutico adquiriu autonomia como disciplina jurídica própria, o mundo do transporte aéreo vivia quase que em total independência do resto do Direito, em razão de suas regras próprias e raciocínio peculiar. Só que, a partir de 1990, o transporte aéreo tornou-se mais acessível e, como consequência, passaram a utilizá-lo pessoas imbuídas do desejo de terem mais direitos, liberdades e garantias e que ignoravam (e ainda hoje ignoram) as regras do direito aeronáutico.

O resultado só poderia ser o conflito que, como é natural, manifestou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ("STF") e do Superior Tribunal de Justiça ("STJ")[1]. Inicialmente, os tribunais brasileiros foram no sentido da negação do direito aeronáutico, afastando a sua aplicação em favor de outras normas, alegadamente mais "cidadãs", o que será visto na Primeira Parte. No entanto, vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal e após decisões judiciais de caráter esdrúxulo[2], a sociedade brasileira e o próprio Poder Judiciário parecem ter compreendido que mais direitos, liberdade e garantias não são o bastante para assegurar uma vida em sociedade de melhor qualidade. Desse modo, atualmente, os tribunais brasileiros voltaram a reafirmar o direito aeronáutico, como será demonstrado na Segunda Parte.

Em consequência, o propósito deste texto é analisar este movimento pendular da jurisprudência brasileira em matéria de transporte aéreo, com foco no transporte aéreo internacional, o qual suscita discussão em torno de argumentos mais variados do que o transporte aéreo nacional.

---

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

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

2 Primeira Parte: A jurisprudência brasileira sobre o transporte aéreo internacional: a negação do direito aeronáutico

Mesmo com o advento do CDC, em vigor desde 1991, o STJ entendia serem válidas aplicáveis aos casos cotidianos de transporte aéreo internacional as disposições normativas da Convenção Internacional de Varsóvia relativas à limitação de indenização, quando não comprovado o dolo ou a culpa grave do transportador. As razões para tanto eram: o entendimento de que inexistiria hierarquia entre lei federal e tratado internacional ratificado e o entendimento de que eventual antinomia entre as normas de mesma hierarquia deveria ser solucionada pelo critério da especialidade.

Nesse sentido, no início dos anos 90, o STJ considerava a Convenção de Varsóvia lei especial quanto ao transporte aéreo, sendo o CDC norma geral sobre relações de consumo[3][4], posição dominante à época no STJ, capitaneada pelo então Ministro Eduardo Ribeiro. No entanto, esta situação iria mudar rapidamente, primeiro no que diz respeito ao transporte de passageiros (2.1) e, em seguida, em matéria de transporte de carga (2.2).

2.1 A negação do direito aeronáutico em matéria de transporte aéreo internacional de passageiros

O julgamento do RE 172.720 pode ser considerado o marco na mudança de entendimento jurisprudencial[5]. No aludido julgamento, o relator Ministro Marco Aurélio considerou em pauta dois temas jurídicos: (i) se o fato "extravio de bagagem" é capaz de gerar danos morais indenizáveis, bem como (ii) a extensão da regra constitucional que prevê a reparação integral por danos morais, quando presente a Convenção de Varsóvia e a premissa por ela trazida de que a indenização por extravio de bagagem é limitada.

---

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

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

[5] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 172.720, rel. Min. Marco Aurélio, julg 06.02.1996, DJ 21-02-1997 p. 02831 EMENT VOL-01858-04 PP-00727 RTJ VOL-00162-03 PP-01093, com a seguinte ementa: Dito isto, cumpre transcrever a ementa do Recurso Extraordinário 172.720-9, de 1996: "INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - OBSERVAÇÃO MITIGADA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SUPREMACIA. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil. "

De início, o relator esclareceu que os limites de indenização previstos na convenção aplicar-se-iam apenas aos danos materiais, pois a convenção não dispunha sobre dano moral[6]. Deste modo, o acórdão do STF reconheceu que a hipótese de extravio de bagagem de passageiro em transporte aéreo internacional é capaz de ensejar a reparação por danos morais e também afastou a aplicação da limitação indenizatória prevista na Convenção de Varsóvia por compreender que esta se restringiria aos danos materiais[7].

Apesar de os fatos julgados serem anteriores ao CDC, na decisão em comento, há uma referência ao direito do consumidor em determinado trecho do voto vista do Ministro Francisco Rezek que introduziu a análise do litígio sob a ótica da relação de consumo. Esta sutil menção a relação de consumo foi ideologicamente importante para os desdobramentos da análise infraconstitucional pelo STJ.

A partir da data do acórdão proferido pelo STF, o STJ gradativamente passou a defender a prevalência das disposições do CDC em detrimento das normas de transporte aéreo internacional até que, no final de 1999, por ocasião do julgamento do RESP 253.678, a tese do relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar[8], já defendida solitariamente em votos anteriores, sagrou-se vencedora na 4ª Turma do STJ[9].

No aludido acórdão, a 4ª Turma reconheceu que a jurisprudência do STJ era predominante no sentido de aplicar a indenização prevista na Convenção de Varsóvia. Todavia, a 4ª Turma apoiou-se no princípio da isonomia e disse que não havia sentido em se privilegiar o transportador aéreo em detrimento dos demais tipos de transportadores, estes sujeitos à indenização irrestrita. A 4ª Turma consignou que o transporte aéreo não seria mais uma atividade de risco maior do que outros meios de transporte, argumento que havia servido, no passado, como justificativa para a aplicação das regras indenizatórias. Em conclusão, o acórdão deu provimento ao recurso dos passageiros para excluir a limitação e fixar que o dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o

---

[6] Efetivamente, a Convenção de Varsóvia nada dispôs sobre dano moral, pois os países signatários – dada a diferença de entendimento entre eles – preferiram deixar esse tema ao cuidado de cada um

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

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

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

CDC e não com a Convenção de Varsóvia[10]. Esse entendimento da 4ª Turma do STJ seria, invariavelmente, repetido nos anos seguintes, nos julgamentos do RESP 247.724, do RESP 257.100 e do RESP 223.939[11].

Em seguida a esta mudança de entendimento que tinha acontecido na 4ª Turma do STJ, a 3ª Turma seguiu pela mesma via e também mudou seu entendimento ao proferir acórdão a negar provimento ao RESP 169.000[12] para manter inalterado o acórdão de segundo grau que afastara a limitação de indenização da Convenção de Varsóvia para aplicar o CDC[13]. Dessa forma, as duas turmas[14] que compunham a Seção de Direito Privado do STJ – atual Segunda Seção - iniciaram o século XXI com o entendimento favorável à aplicação do CDC em casos de transporte aéreo internacional para afastar a limitação de indenização da Convenção de Varsóvia.

A própria Segunda Seção do STJ veio a proferir dois acórdãos que afastaram de vez qualquer alegação de divergência entre a 3ª e a 4ª Turma, sedimentando a orientação jurisprudencial daquela Corte de Justiça[15][16].Essa orientação jurisprudencial foi responsável pela prolação de 16 acórdãos só no período de 2001 a 2011, a negar a aplicação do direito aeronáutico e afastar a limitação de indenização, o prazo prescricional e outras disposições da Convenção de Varsóvia que contrariassem o previsto no CDC.

---

[10] O STJ decidiu corretamente, mas pelo fundamento errado. A decisão está correta porque a Convenção de Varsóvia não se aplica em caso de danos morais, pois não disciplina esta matéria, apenas os danos materiais. O fundamento está errado porque a indenização por danos morais não exigia o afastamento da Convenção de Varsóvia, bastando reconhecer que a Convenção de Varsóvia nada dispunha sobre danos morais e, em razão do vazio legislativo, aplicar o CDC e a Constituição da República.

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

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

[13] O Ministro Eduardo Ribeiro, até então condutor da tese oposta e predominante no âmbito da 3ª Turma do STJ no sentido de ser a Convenção de Varsóvia lei especial e o CDC lei geral, participou do julgamento. No seu voto vista, fez uma distinção na sua posição: concordava com a aplicação do CDC quando se tratasse de extravio de bagagem, porém considerava aplicável a indenização prevista na Convenção de Varsóvia quando a hipótese fática versasse sobre "risco do ar". O Ministro concordou que o "privilégio" do transportador aéreo foi inspirado nas peculiaridades pretéritas desse tipo de transporte, mas afirmou que a discussão acerca da subsistência ou não dessas peculiaridades não poderia servir ao julgador como argumento para afastar a aplicação de uma norma em vigor. No máximo poderia servir de motivação para se modificar o ordenamento jurídico, tarefa que não compete aos tribunais, mas ao parlamento.

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

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

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

2.2 A negação do direito aeronáutico em matéria de transporte aéreo internacional de carga

Tal como aconteceu com o transporte aéreo internacional de passageiros, inicialmente o STJ entendia que o transporte aéreo internacional de cargas era regido pelas convenções internacionais. É exemplo dessa posição o acórdão proferido em 1999, no RESP 220.564[17], pela 3ª Turma do STJ, e o acórdão proferido em 1998, no RESP 154.698, pela 4ª Turma do STJ.

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

Neste acórdão, o STJ repetiu os mesmos argumentos usados no acórdão proferido no RESP 235.678, de autoria do mesmo Ministro Ruy Rosado de Aguiar. O caso versava sobre o extravio de uma caixa supostamente contendo esmeraldas em um voo entre São Paulo e Nova York. A sentença de primeiro grau e o acórdão proferido em apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo haviam afastado as regras indenizatórias da Convenção de Varsóvia (indenização de acordo com o peso da mercadoria) para conceder uma indenização pelo valor da carga.

Em novembro de 2000, a 4ª Turma proferiu o quarto acórdão em um ano (e o segundo a versar sobre transporte aéreo internacional de carga), a afastar a limitação de indenização pela aplicação do CDC e, assim, dar provimento ao RESP 220.898[18] interposto por seguradora sub-rogada nos direitos de seu segurado. Em dezembro de 2000, a 4ª Turma reiterou esta mesma posição no RESP 269.353[19].

Por seu turno, em dezembro de 2001, a 3ª Turma do STJ adotou a mesma posição – da não aplicação das convenções internacionais e da aplicação do CDC – no AgRG nos Edcl no RESP 224.554[20], passando as duas Turmas a terem o mesmo entendimento.

---

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

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

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

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

Todos estes acórdãos, e os que lhes seguiram, são marcados pela falta de distinção na jurisprudência do STJ entre os casos relativos a passageiros (atraso de voo, extravio de bagagem...) e aqueles relacionados com carga (avaria à carga, atraso na entrega...). O STJ não analisou nesse período a figura do consumidor sob o ponto de vista do destinatário final, como descrito no CDC, mas apenas com base na figura do fornecedor.

Assim, todo transportador era indistintamente enquadrado na descrição de fornecedor e, por conseguinte, era considerado sujeito ao CDC, afastando-se as regras das convenções internacionais. Ou seja, para a 3ª e a 4ª Turma do STJ, mereciam a mesma proteção tanto o passageiro que realiza a sua primeira viagem aérea internacional quanto a sociedade empresária multinacional experiente na exportação ou importação, por via área dos seus produtos e matérias primas. Esta situação alterou-se recentemente, conforme será visto na próxima parte.

3 Segunda Parte: A jurisprudência brasileira sobre o transporte aéreo internacional: a afirmação do direito aeronáutico

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

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

3.1 A afirmação do direito aeronáutico em matéria de transporte aéreo internacional de carga

Tanto a 3ª quanto a 4ª Turma do STJ reviram a sua posição anterior e passaram a admitir que o direito aeronáutico aplica-se ao transporte aéreo internacional de carga. No entanto, esta evolução do STJ não tem sido linear. A 3ª Turma foi a primeira a decidir, em 2012, que, no transporte aéreo internacional de carga, era aplicável a convenção internacional e não o CDC[21].

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

No entanto, em sinal de oscilação da jurisprudência, poucos meses depois, a mesma 3ª Turma do STJ proferiu dois acórdãos[22][23] diretamente em matéria transporte aéreo internacional de carga onde reafirmou a aplicação do CDC, com base no argumento de ser a defesa do consumidor matéria constitucional e voltou a reafirmar que, no transporte aéreo internacional, o extravio de mercadoria não estava sujeito à Convenção de Varsóvia, mas sim ao CDC.

Oscilando novamente, a 3ª Turma do STJ, em 2013, voltou à posição adotada no primeiro acórdão de 2012[24] e reafirmou adotar a teoria finalista ou subjetiva para fins de caracterização da pessoa jurídica como consumidora em eventual relação de consumo, devendo, portanto, tal pessoa jurídica ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. Em consequência, o STJ mandou que a hipótese dos autos fosse "analisada sob as regras da Convenção de Varsóvia, tendo em vista a inaplicabilidade do CDC". É interessante observar que esta decisão foi tomada pela unanimidade dos magistrados da 3ª Turma, votantes nos quatro casos precedentes[25].

A 4ª Turma do STJ pronunciou-se sobre a matéria apenas em 2014, fazendo um percurso muito parecido com o da 3ª Turma. Em dois primeiros acórdãos proferidos em 2014, a 4ª Turma afirmou a aplicação do CDC[26]. No entanto, ainda no mesmo ano, a 4ª Turma mudou o seu entendimento e passou a aplicar a Convenção de Varsóvia[27]. No RESP 1.162.649, a maioria dos ministros entendeu não aplicar o CDC, por não haver relação de consumo, mas relação de natureza mercantil, invocando a definição finalista de consumidor (aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio)[28].

Face a este panorama das decisões da 3ª e da 4ª Turma do STJ pode-se tirar algumas conclusões. Em primeiro lugar, para o STJ, a convenção internacional não é aplicável por se

---

[22] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, AgRg no Ag 1344297SP, rel. Min. Sidnei Beneti, Agravante ITAÚ SEGUROS S/A, Agravada DHL LOGISTICS BRAZIL LTDA, julg. 15.05.2012, pub. DJe 28.05.2012

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

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

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

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

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

[28] A 4ª Turma integrou o contrato de transporte à atividade econômica do consignatário e esclareceu que a seguradora não pode invocar uma relação de consumo entre ela e o segurado para obter a aplicação do CDC.

tratar de transporte aéreo internacional ou por haver alguma hierarquia normativa entre a convenção internacional e o CDC. O STJ funda a aplicação da convenção internacional no próprio CDC. Assim, é por o CDC descaracterizar o transporte internacional de carga como relação de consumo que se aplica a convenção internacional. O fato (transporte aéreo internacional de carga) não é confrontado com a convenção internacional, mas sim com o CDC. A norma que define o direito aplicável é o CDC e não a norma aeronáutica internacional.

A segunda conclusão – de algum modo ligada à primeira - é que o afastamento do CDC não é absoluto. O STJ deixou aberta a possibilidade de se aplicar o CDC sempre que o destinatário do transporte aéreo internacional de carga (o consignatário ou o expedidor) estiver em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica, fática ou informacional[29].

No entanto, esta hipótese raramente se concretizará, eis que o expedidor ou consignatário habitualmente é uma sociedade empresária com experiência, haja vista que o comércio internacional não é normalmente realizado por neófitos. Em consequência, pode-se afirmar que não pode ser considerada vulnerável a seguradora que tem perfeito conhecimento de como é realizado o transporte aéreo internacional de carga e segura-o.

A terceira conclusão é a surpresa de se constatar o silêncio do STJ quanto à aplicação, ao transporte aéreo internacional de caga, do Código Civil, pois este contém normas específicas sobre contrato de transporte e é norma posterior tanto ao Código Brasileiro de Aeronáutico como ao CDC (ALMEIDA, 1998, p. 33-39). No entanto, esta matéria nunca foi discutida no STJ, que sempre se limitou ao desgastado confronto entre o CDC e as convenções internacionais.

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

3.2 A afirmação do direito aeronáutico em matéria de transporte aéreo internacional de passageiros

[29] No acórdão da 3ª Turma , a vulnerabilidade técnica foi definida como o desconhecimento especifico acerca do produto ou serviço, podendo abranger o consumidor profissional ou empresário quando o produto ou serviço adquirido não tiver relação com a sua formação, competência ou área de atuação. A vulnerabilidade jurídica ou científica é a falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e as suas consequências na relação de consumo, sendo presumida para o consumidor pessoa natural não profissional, invertendo-se esta presunção para o consumidor profissional (pessoa natural ou jurídica). A vulnerabilidade fática ou socioeconômica decorre da insuficiência econômica, física ou psicológica do consumidor que o coloca em desigualdade perante o fornecedor. A vulnerabilidade informacional decorre da assimetria de informação entre o consumidor e o fornecedor, influenciando o processo decisório de aquisição ou uso de produto ou serviço.

Se, em matéria de transporte aéreo internacional de carga, a posição do Superior Tribunal de Justiça evoluiu em favor da aplicação das convenções internacionais, no que toca ao transporte aéreo internacional de passageiros, o STJ continua a considerar tais convenções inaplicáveis, impondo a aplicação do CDC[30].

Em matéria de transporte aéreo internacional de passageiros, a evolução jurisprudencial tem-se verificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O STF, através da 2ª Turma, havia se manifestado primeiro no sentido da aplicação da Convenção de Varsóvia[31]. Posteriormente, a 1ª Turma do STF inclinou-se em favor da aplicação do CDC[32].

Após esta divergência entre as duas Turmas, o STF reconheceu a repercussão geral a um agravo de instrumento[33] onde se discutia o pagamento de indenização por danos materiais e morais, decorrentes de extravio de bagagem em transporte aéreo internacional de passageiro. Em consequência do reconhecimento da repercussão geral, o STF determinou a subida do recurso extraordinário 636.331/RJ onde havia sido interposto o agravo de instrumento e, assim, o tema está em discussão no STF no âmbito do julgamento deste recurso extraordinário[34].

Ao recurso extraordinário 636.331/RJ veio se juntar o recurso extraordinário 766.618/SP[35], interposto contra acórdão da Primeira Turma Recursal Cível do Estado de São Paulo, que aplicou o CDC e considerou ser objetiva a responsabilidade do transportador perante o passageiro, em um caso de atraso de voo internacional.

O STF ainda não terminou de julgar os dois recursos. Em sessão de julgamento realizada em 08.05.2014, iniciou-se o debate de ambos os casos, tendo votado no sentido de dar provimento aos recursos extraordinários o Ministro Relator, Gilmar Mendes, e os Ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki. O julgamento foi interrompido pois a Ministra Rosa Weber pediu vista dos autos, estando a aguardar-se a retomada do julgamento.

---

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

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

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

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

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

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

Os votos dos Ministros que já se manifestaram ainda não foram divulgados por escrito, mas o Informativo do STF[36] publicou resumo dos argumentos apresentados. O Ministro Gilmar Mendes abordou a questão sob o ponto de vista da antinomia entre o art. 14 do CDC[37], que impõe ao fornecedor do serviço o dever de reparar os danos causados, e o art. 22 da Convenção de Varsóvia, que fixa limite máximo para o valor devido pelo transportador, a título de reparação.

Para resolver esta antinomia, o Ministro Gilmar Mendes:

a) apontou não ser a proteção ao consumidor a única diretriz aplicável à ordem econômica.

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

c) declarou que a solução do conflito se dá pelos critérios cronológico e da especialidade; pelo critério cronológico, a Convenção de Montreal é posterior ao CDC; pelo critério da especialidade, as convenções são normas especiais em relação ao CDC, por tratarem de modalidade especial de contrato, o contrato de transporte aéreo internacional;

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

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

O Ministro Barroso acompanhou o voto do Ministro Gilmar e acresceu que era preciso considerar que o art. 178 da CRFB dá a solução para este conflito, determinando a preponderância das convenções internacionais sobre o CDC. O Ministro Teori Zavascki acompanhou os dois relatores.

Os votos dos Ministros inspiram algumas considerações. Em primeiro lugar, a Convenção de Varsóvia – tal como a Convenção de Montreal – não fixa limite máximo para o valor devido pelo transportador, a título de indenização. O que ambas as convenções estabelecem é um sistema em dois níveis: se o usuário do transporte aéreo internacional desejar receber uma indenização integral (correspondente ao valor total do dano sofrido), o usuário deverá fazer uma declaração de valor (seja em matéria de transporte de pessoas, de bagagem

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

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

ou de carga). Feita tal declaração, em caso de dano, o transportador indenizará o valor declarado (salvo se o transportador provar ser o dano efetivo menor, caso em que indenizará o dano efetivo). Em contrapartida, eventualmente o usuário pagará um acréscimo ao transportador. Caso o usuário não pretenda receber uma indenização integral, basta não fazer a declaração de valor e receberá o valor fixado nas convenções internacionais.

Em segundo lugar, está certíssimo o Ministro Gilmar Mendes quando descarta o argumento tirado da constitucionalidade do CDC. Se há norma constitucional a determinar a proteção do consumidor (CRFB, art. 5º, XXXII, e art. 170, V), há também norma constitucional a determinar o respeito às convenções internacionais em matéria de transporte aéreo internacional (CRFB, art. 178). A solução da antinomia entre o CDC e as convenções internacionais deve ser buscada no próprio texto constitucional, partindo do pressuposto que os dispositivos nelas contidos não são contraditórios, mas complementares. A única interpretação complementar entre os dispositivos do art. 5º, XXXII, e art. 170, V, por um lado, e art. 178, por outro, é considerar que a proteção do consumidor no transporte aéreo doméstico se faz na forma das normas infraconstitucionais consumeristas e que a proteção do consumidor no transporte aéreo internacional se faz na forma das convenções internacionais. Não há lugar para maniqueísmo: a não aplicação do CDC não implica em deixar desabrigado o consumidor, pois o consumidor brasileiro gozará – através das convenções internacionais em matéria de transporte aéreo - da mesma proteção que o consumidor europeu, norte-americano ou japonês.

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

Em quarto lugar, está igualmente correto o argumento da inexistência de hierarquia entre o CDC e as convenções internacionais (ALMEIDA, 2008, p. 34-40). Desde o recurso extraordinário 80.004, julgado em 1977[38], o STF tem afirmado não haver preponderância da norma de direito internacional sobre a norma infraconstitucional de direito nacional, salvo quando expressamente previsto. Ora, não há previsão legal em matéria de transporte aéreo.

Em quinto lugar, a posição dos Ministros no sentido de limitar o afastamento do CDC apenas ao transporte aéreo internacional apoia-se em argumentos sólidos, eis que o art. 178

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

CRFB serve apenas para o transporte aéreo internacional, pois unicamente a ele se refere. Acresce que as convenções internacionais, conforme consta nos seus próprios dispositivos[39], aplicam-se apenas ao transporte aéreo internacional.

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

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

Por último, cabe analisar a exclusão do dano moral, feita nos votos dos Ministros, que entenderam ser as convenções internacionais apenas aplicáveis em matéria de dano material. Em acórdão proferido há quase duas décadas[40], o STF entendeu que os arts. 22 e 25 da Convenção de Varsóvia versavam apenas sobre os danos materiais, nada dispondo sobre os danos morais que, assim, poderiam seriam regidos por outras normas, nomeadamente o art. 5º, incisos V e X, da Constituição da República. Em consequência, o STF afirmou não existir antonímia entre a Convenção de Varsóvia e a CRFB, pois esta se aplicaria à matéria (danos morais) não prevista naquela. Parece que os votos dos Ministros fazem eco à posição que o STF adotou neste acórdão de 1996, reiterando que nem a Convenção de Varsóvia, tal como emendada pelos Protolocos de Haia em vigor no Brasil, nem a Convenção de Montreal, tratam de dano moral, matéria que foi deixada ao critério de cada Estado Parte em tais convenções.

Este ponto é de extrema importância, pois permitirá aos tribunais –em casos que assim se justifique- equilibrar a eventual menor indenização por dano material, decorrente da aplicação das convenções internacionais, com um ligeiro aumento da indenização por dano moral.

---

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

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

4 Conclusão

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

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

Em terceiro lugar, e em resposta ao maniqueísmo acima mencionado, é importante constatar que a aplicação das convenções internacionais ao transporte aéreo internacional de passageiros e carga, ao invés do CDC, não diminui, em nada, a proteção dos usuários de tal transporte. Por um lado, em matéria de danos morais, a proteção continuará a ser dada de forma ampla e integral, eis que os danos morais não estão cobertos pelas convenções internacionais, no entendimento do direito constitucional brasileiro. Por outro lado, em matéria de danos materiais à bagagem ou à carga, tanto os passageiros quanto os expedidores de carga, têm a possibilidade de fazer uma declaração de valor e, em caso de dano, receberão uma indenização integral do valor declarado (salvo se o transportador provar que a declaração é falsa, caso em que o valor será reduzido para o valor real da bagagem ou da carga)[41]. Em caso de danos materiais causados por morte ou lesão corporal, a responsabilidade do transporte é, na prática, sem limite, pois o transportador só pode limitar a sua responsabilidade acima de 100.000 DES se provar (i) ou que o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão sua ou de seus prepostos, (ii) ou que o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão

[41] V. art. 22 da Convenção de Montreal

indevida de um terceiro[42]. Em caso de danos materiais decorrentes de atraso, a responsabilidade do transportador está estabelecida em 4.150 DES, o que é uma soma mais do que razoável[43]. Por último, o transportador poderá estipular que o contrato de transporte estará sujeito a limites de responsabilidade mais elevados ou que não estará sujeito a nenhum limite de responsabilidade[44].

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

Referências bibliográficas

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

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

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

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

[42] V. art. 21 da Convenção de Montreal
[43] V. art. 22 da Convenção de Montreal
[44] V. art. 25 da Convenção de Montreal