

PROFESSOR DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

PROFESSORA DRA. ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY
Professora Livre Docente da Faculdade de Direito da PUC-SP

TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO
O CONTRATO DE TRANSPORTE E SUA NATUREZA
TEXTOS NORMATIVOS DA CONVENÇÃO DE MONTREAL E DIREITO
FEDERAL INTERNO BRASILEIRO
CONVENÇÃO DE MONTREAL: CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO
DIREITO FEDERAL INTERNO BRASILEIRO PELO STF
TEMA 210-STF: PRECEDENTE VINCULANTE EM QUE EXTENSÃO?
PRESCRIÇÃO
DANOS MORAIS E DANOS MATERIAIS
DIREITO DE PERSONALIDADE
PUNITIVE DAMAGES
INDENIZAÇÃO TARIFADA
JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES BRASILEIRAS
FORÇA MAIOR – FATO DE TERCEIRO – CASO FORTUITO
ATRASO E CANCELAMENTO DE VOOS
EXTRAVIO TEMPORÁRIO OU DEFINITIVO DE BAGAGEM

PARECER

Sumário: – 1. Consulta – 2. O advento do CDC no sistema jurídico brasileiro. Breve histórico e contexto econômico inspirador da norma – 2.1. Responsabilidade objetiva – 2.2. Controle de cláusulas abusivas – 3. Leis principiológicas – 4. Contrato de transportes e suas peculiares características. – 5. Direito dos Tratados. Âmbito de incidência da Convenção de Viena (1969) sobre os Tratados Internacionais. – 6. A Convenção de Montreal (1999) no sistema jurídico brasileiro. Âmbito de incidência. Contrato internacional. – 7. Reparação de danos. O dano moral: seu conteúdo e valoração – 8. *Punitive damages*. Não há, no sistema jurídico nacional, indenização sem dano efetivo – 9. Obrigação de informar em matéria de atrasos e cancelamentos de voos e de extravio definitivo e transitório de bagagem – 10. Atividade de risco e solidariedade: pertinência lógica entre as atividades de empresas aéreas e as pretensões jurídicas de seus consumidores no sistema civil e consumerista brasileiro – 11. Regime de prescrição da Convenção de Montreal – 12. Conclusão e resposta aos quesitos.

Palavras-chaves: *transporte aéreo internacional de passageiros – responsabilidade civil no transporte aéreo – atraso de voo – cancelamento de voo – extravio temporário ou definitivo de bagagem – CDC – CBAer – Convenção de Montreal – direito internacional – controle de convencionalidade – punitive damages – exemplary damages – Tema 210 do STF em repercussão geral – dano (in re ipsa) – dano moral – contrato de resultado – contrato de consumo – contrato de risco – situação jurídica de consumo – responsabilidade civil do transportador aéreo – ultra-atividade do CDC – prescrição – dever de qualidade e dever de custódia – sistema jurídico brasileiro – relações consumeristas – ônus da prova – prática de consumo – solidariedade –*

I. RESUMO EXECUTIVO DO PARECER

1. A **CONSULENTE** busca respostas para as eventuais contradições existentes entre os textos normativos do direito interno brasileiro, que alcançam o transporte aéreo de passageiros e as convenções internacionais sobre transporte aéreo das quais o Brasil é signatário. Alega que os textos normativos brasileiros têm sido aplicados em desarmonia com o texto da Convenção de Montreal e outros tratados internacionais, aplicados de forma díspar e conflitante nos julgados proferidos pelas instâncias recursais brasileiras, circunstância que tem gerado enorme insegurança jurídica para as empresas aéreas e coloca o Brasil como espaço de alto custo para a atividade de transportar, diante da forma como têm sido concedidas indenizações múltiplas a consumidores que, em numerosos casos – mesmo sem prova dos danos que alegam ter sofrido – , obtém indenizações, à guisa de se firmar entendimento de que a indenização tem conteúdo pedagógico e punitivo e que a indenização por dano moral não pode ser tarifada.

2. O CDC estabeleceu diversas garantias ao consumidor, sempre com vista a implementar o reequilíbrio de sua posição jurídica hipossuficiente na relação de consumo, viabilizando, assim, maior equiparação entre consumidor e fornecedor, para diminuir a desigualdade entre eles. Entretanto, com relação ao Direito do Consumidor, o legislador brasileiro criou, por meio do CDC, um *microsistema* de Direito das Relações de Consumo, aplicável especificamente às relações consumeristas. Não obstante, o advento do CDC **não** revogou tampouco derogou os diplomas legais que regiam e que continuam a reger as relações privadas [contratos empresariais – civis e comerciais, nacionais e internacionais]. Muito diversamente, o CDC exige a *interação interdisciplinar* de normas de direito material [constitucional, convencional, internacional, civil, comercial, econômico, administrativo e penal], e de direito processual [civil, administrativo e penal], para que seu ciclo de formação seja encerrado dentro do microsistema jurídico ao qual pertence. Assim, mister conceber o sistema de direito do consumidor como microsistema jurídico específico para regular as relações de consumo, que coexiste em perfeita harmonia com os sistemas da CF, dos tratados e convenções internacionais, bem como com o CC e CCom, aplicáveis aos negócios civis, empresariais e comerciais que a eles se submetem, também de acordo com as necessidades que brotam de interesses supranacionais.

3. Perquirir sobre o dever de indenizar, sob a égide da responsabilidade civil dentro do sistema legal brasileiro, portanto, não é tarefa fácil: ao contrário, impõe-se considerar pressupostos jurídicos e fáticos, capazes de justificar o reconhecimento do liame entre o *fato gerador do dano e a imputação de patrimônio capaz de reparar esse mesmo dano*, depois de adequadamente identificada a hipótese legal que justifica a pretensão indenizatória, bem como o sistema legal de responsabilidade civil a que se submete a hipótese sob análise.

4. Quatro peculiaridades interferem em matéria de responsabilidade civil pelo inadimplemento do “contrato de transportes”, de que o *contrato de transporte aéreo internacional de passageiros* é espécie. O contrato de transporte é: a) contrato de resultado; b) contrato de risco; c) contrato de consumo; d) contrato frequentemente celebrado por adesão. Pelo que apontamos – das qualidades do contrato de transporte (de resultado, de risco, de consumo e por adesão, em regra) – já se pode antever que a responsabilidade do transportador aéreo de passageiros (objeto deste estudo) é objetiva: o contrato celebrado obriga objetivamente o transportador.

4. Fatos, atos e negócios jurídicos, engendrados de forma a por em prática a atividade empresarial de transporte, que demanda estrutura, logística, existência de estabelecimentos comerciais, de meios de transporte, de recepção, guarda e acondicionamento de mercadorias, de recepção de pessoas e de sujeição de tudo isso à critérios de ordem constitucional-administrativa, chama vivamente a atenção do jurista, porque o transporte de coisas e pessoas, a atividade que o fomenta e os negócios que se celebram para permitir sua regular realização dizem de perto com a liberdade de ir e vir, com o abastecimento de víveres e o escoamento da produção agropecuária e industrial, bem como, como se disse, primordialmente, com a circulação de riquezas, fatos todos esses que, desde logo, deixam bem evidente a importância econômica da atividade de transportar, pessoas (aqui incluindo bagagens) e coisas e a constante conexão desse contrato com outros contratos, ou com outras atividades que lhe são condicionadas, condicionantes, motivadoras, ou complementares.

5. Para que a indenização do lesado pelo fato do serviço ou do produto se realize, não se impõe ao lesado demonstrar culpa e/ou dolo da companhia transportadora, **mas deve provar o fato lesivo (ilícito, objetivamente considerado), o dano efetivo e o nexo de causalidade entre o fato e o dano.**

6. Relativamente à compatibilização entre dispositivos da CF e da Convenção de Montreal, certamente que a prevalência da Constituição brasileira sobre tratado internacional não se discute. Contudo, relativamente à comparação entre a Convenção de Montreal e o direito federal interno brasileiro (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor etc.), a convenção prevalece dado o seu caráter de texto normativo supralegal, como foi reconhecido pelo STF: o tratado internacional que não seja de direitos humanos, reside entre a CF e a lei federal, vale dizer, é “menos” do que a CF, mas “mais” do que a lei federal.

7. O conflito entre textos normativos da Convenção de Montreal – de que o Brasil é signatário com outros 139 países –, em face do CDC tem, segundo alega a **CONSULENTE**, sido causa de os tribunais do país negarem vigência a normas e a princípios previstos em tratados internacionais sobre *responsabilidade civil do transportador aéreo*, internacionalmente consideradas adequadas e próprias para as peculiaridades das atividades desenvolvidas pelo setor.

8. As questões delicadas, no caso deste estudo, entretanto, estão ligadas à aplicação da Convenção de Montreal em nosso ordenamento jurídico – tarifação e indenizabilidade decorrente de atrasos de voos quando ausente o nexo de causalidade –, de sorte a fazer incidir a tarifação da indenização, também, para o caso de dano moral, sem que se possa especificar a natureza do dano, de sorte a permitir-se que se invoque o direito de uma outra natureza de indenização, suplementar e *não tarifada*. Imediatamente, impõe-se considerar que – embora a reparação constitua o ato pelo qual alguém está obrigado a restabelecer o *status quo ante* daquele que se viu seu patrimônio apequenado pelas perdas e danos –, no sistema convencional de Montreal, é possível limitar-se o *quantum* indenizatório, de todas as perdas e danos resultantes dos episódios nefastos que o dano (quer de expressiva e evidente natureza material e argentária; quer evidenciador de um perdimento de ordem imaterial, ou sentimental) provocou. Mas, como dissemos antes, é justamente nessa institucionalização da tarifação, aceita por todos os países signatários da Convenção de Montreal, que reside o *equilíbrio de papéis como problema da justiça*, de que nos fala OTA WEINBERG. Há um papel a desempenhar (atividade de transportar por meio aéreo, coisas, pessoas e bagagens), que não se compadece de suportar o sistema da indenizabilidade integral e isso ficou reconhecido pela Convenção de Montreal, subscrita pelo Estado soberano da República Federativa do Brasil, em mecanismo de direito internacional que favorece a viabilidade do papel que as empresas de transporte aéreo internacional devem desempenhar e podem suportar.

A segunda questão delicada, que se soma à da tarifação da indenização por perda de bagagem, é a relativa à indenizabilidade decorrente de cancelamentos e atrasos de voos, quando ausente o nexo de causalidade. Estes eventos estão igualmente abrangidos pelo regulamento da Convenção de Montreal no que tange aos danos de qualquer natureza (patrimonial ou moral). A indenizabilidade do dano pressupõe o fato, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano. Ausente o nexo de causalidade, não há indenizabilidade, como é curial

9. Os organismos internacionais que subscrevem tratados e convenções internacionais, para padronizar condutas e organizar o sistema de segurança jurídica, quanto ao ponto de análise que destacam (no nosso caso a atividade de transporte aéreo internacional de passageiros), visam a exatamente isso: apresentar à comunidade jurídica internacional a solução jurídica institucionalizada para um problema que não é interno de um país, mas repercute mundialmente em todos os aspectos dessa determinada atividade, com suas peculiaridades econômicas e implicações globais, que devem ser conhecidas e respeitadas para que todos possam funcionalmente desempenhar seus papéis, sem o impacto da diversidade dos costumes, das normas e das implicações jurídicas de certos fatos, reverberados em cada um dos sistemas jurídicos dos países signatários.

10. Entre nós prevalece a clássica feição que o direito português repisa: o dano é pressuposto da responsabilidade civil e toda a indenização pressupõe um dano efetivo que possa ser ressarcido em igual medida e proporção pelo patrimônio

imputado para essa finalidade institucional de equilíbrio jurídico. Indenização é recomposição do patrimônio diminuído pelo dano. Sem dano, pois, não há que se falar em indenização.

11. O dano moral, como todo e qualquer dano, precisa ser provado quanto a sua ocorrência, conteúdo e extensão. A tarifação do dano moral pode ser aceita em casos específicos, de acordo com o sistema do direito brasileiro, no qual se incluem as convenções internacionais de que o país é signatário, para as hipóteses específicas que o direito convencional prevê como submetidas a tarifação.

12. Não existe no sistema jurídico brasileiro a figura dos *punitive damages*, do direito norte americano. *Em direito civil não existe autorização para punir quem quer que seja: a única ocasião em que o sistema admite a prisão civil do obrigado (em caso de dívida de alimentos) leva em consideração um aspecto excepcional – e autorizado pela Constituição Federal – para compelir o inadimplemento de certa obrigação: é o caso das hipóteses em que a dívida de alimento não é saldada e há risco para a sobrevivência do alimentando. Fora dessa excepcionalíssima ocasião, todo o movimento de pesos e contrapesos em matéria de responsabilidade civil acontece em ambiente civil de equilíbrio patrimonial, pesado e sopesado em balança. Imputar civilmente significa buscar o patrimônio que garanta a indenização do dano, dano assim considerado como toda e qualquer forma de apequenamento do patrimônio de quem invoca o prejuízo, patrimônio esse a ser recomposto pela indenização buscada na exata proporção da perda.*

13. Nenhuma espécie de responsabilidade civil pode afastar os requisitos de seu gênero, especialmente, a noção de nexo de causalidade entre ação e **dano efetivo**, em sentido jurídico, ou seja, o específico liame que une a ação ao seu resultado, a exigir reparação pelo efeito nefasto, repita-se, efetivamente verificado. Ainda que o dano seja moral.

14. Por tudo quanto considerado, o dano jurídico – nas hipóteses em que o legislador convencional entende impor-se a tarifação da indenização – se adequa a uma finalidade jurídica – da indenização que se considera possível e própria para aquele dano, naquele ambiente onde o dano, com aqueles contornos específicos, se revelou. Por isso é possível a indenização por dano moral vir a ser tarifada por lei, lei que supera na ordem da hierarquia das normas no direito brasileiro o CDC, como é o caso da Convenção de Montreal, pois não há impedimento Constitucional para isso. Essa solução alcança o dano moral, que também é patrimonial, porque a dicotomia que há entre o dano moral e o dano material está no objeto da perda (elementos da humanidade do ser) e não na patrimonialidade da indenização (que se revela no valor da indenização, ainda que tarifada).

15. Pela **Convenção de Viena 27**, o Brasil deve observar em seu direito interno, os termos dos tratados internacionais de que é signatário. Depois de assinado e

ratificado pelo Brasil, aprovado pelo parlamento por decreto legislativo e mandado executar por decreto do Presidente da República, o país deve observar em seu direito interno o que determina o tratado.

16. O STF num primeiro momento afirmou a primazia do tratado e da convenção internacional sobre o direito interno para, posteriormente, dar àqueles natureza de “lei ordinária” (quando aprovados pelo Congresso Nacional por DLeg e mandados executar por D do Presidente da República), fazendo com que, em pé de igualdade com a legislação interna, pudessem ser por ela superados pela superveniência de lei nova que conflite com o texto internacional (*lex posterior derogat prior*). Por último, modificou novamente sua jurisprudência, voltando ao posicionamento anterior, para afirmar a **supralegalidade** dos tratados e convenções internacionais, colocando-os, no plano da hierarquia dos textos normativos internos, em **posição intermediária** entre a CF e a legislação infraconstitucional, ou seja, tratados e convenções internacionais são “menos” do que a CF, mas são “mais” do que a legislação infraconstitucional. Esta mais recente posição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, intermediária, da **supralegalidade** dos tratados e convenções internacionais, foi determinada quando do julgamento do mérito do **Tema 210**, afirmado em sede de Repercussão Geral, julgamento do mérito esse onde restou fixada a tese seguinte: “*Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência, em relação ao Código de Defesa do Consumidor*” (O entendimento exteriorizado em repercussão geral (**Tema 210**), foi reafirmado no julgamento do mérito do recurso excepcional: STF, Pleno, RE 636331-RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.5.2017, m.v., DJUe 13.11.2017). A conclusão que se pode extrair do exame da validade, vigência, eficácia e natureza jurídica dos tratados e convenções internacionais perante o direito brasileiro, é de que seu texto prevalece sobre a legislação infraconstitucional brasileira, codificada ou não. Recentes decisões do STF sobre a aplicação do **Tema 210** a outras questões que não foram tratadas no RE 636331-RJ, e que, portanto, não se encontrariam abarcadas pela tese ali firmada, têm provocado certa perplexidade na comunidade jurídica, perfeitamente explicável.

17. A **CF 178**, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 1995, dispõe: “**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*”. No tema dos transportes aéreos internacionais, há ainda um reforço normativo adicional: nossa Constituição subordina **expressamente** a legislação interna brasileira aos tratados e convenções internacionais, São duas as conclusões a que se pode chegar a respeito do tema: **A)** tratados e convenções de *direitos humanos*, de que o Brasil seja signatário, aprovados pelo Congresso Nacional na forma e pelo processo legislativo de emenda constitucional, ingressam no direito brasileiro como **texto normativo constitucional**, valendo e produzindo eficácia de norma constitucional (**CF 5.º § 3.º**); **B)** tratados e convenções internacionais *em*

qualquer área, salvo direitos humanos, de que o Brasil seja signatário, aprovados pelo Congresso Nacional (decreto legislativo) e mandado executar pelo Presidente da República (decreto), ingressam no direito brasileiro como **texto normativo supralegal**, abaixo da Constituição Federal, mas acima das leis infraconstitucionais, codificadas ou não.

18. O conflito entre textos normativos da **Convenção de Montreal de 1999**– de que o Brasil é signatário com outros 139 países –, em face do CDC (**L 8078/1990**) e do CBAer (**L 7565/1986**) tem, segundo alega a **CONSULENTE**, sido causa de os tribunais do país negarem vigência a normas e a princípios previstos em tratados internacionais sobre *responsabilidade civil do transportador aéreo*, internacionalmente consideradas adequadas e próprias para as peculiaridades das atividades desenvolvidas pelo setor. A **Convenção de Montreal** tem específico espectro de atuação: ela se destina a regular o **transporte aéreo internacional**, ou seja, aquele que tem ponto de início em um Estado e final em outro; início num Estado, final no mesmo Estado, mas com trânsito por outro Estado; início num Estado, escala ou parada noutro Estado, ainda que um dos países não seja Estado-parte na Convenção. Por “*international carriage*”, expressão constante da versão em inglês do **art. 1.º da Convenção de Montreal**, deve-se entender: “*o transporte, o ato de mover algo de um lugar para outro*”. É este transporte aéreo internacional que tem regulação na **Convenção de Montreal, de 1999**, que complementa e atualiza a **Convenção de Varsóvia, de 1929**, também em vigor e aplicável ao transporte aéreo internacional.

19. Os *punitive damages* ou *exemplary damages*, são admitidos em alguns estados norte-americanos, em virtude de lei em outros (Califórnia e Texas) e expressamente proibidos em outros (Washington, Nebraska, Porto Rico e Louisiana). Na Inglaterra, País de Gales, Austrália e Nova Zelândia, países do *common law*, são permitidos em situações absolutamente restritivas. Mesmo nos países de *common law* é polêmica a condenação em *punitive damages*.

20. No Brasil não existe texto legal expresso autorizando a condenação por danos punitivos.

21. Não é admissível, no direito positivo brasileiro, a condenação a indenizar sob a rubrica de *punitive damages*, ou *exemplary damages*, com finalidade dissuasória ou *para dar lição*. A legislação brasileira só admite a condenação a indenizar o dano efetivo, real. Não permite a indenização de dano hipotético, abstrato, punitivo ou para dar exemplo.

22. Em face da inexistência, no Brasil, de texto legal expresso autorizando condenação a indenizar sem a comprovação do dano efetivo nem de sua extensão, decisão judicial que condena para dar lição, com efeito dissuasório, para dar exemplo, ou apenas para punir, é arbitrária e *contra legem* e deve, por isso, ser anulada pelo provimento do recurso próprio ou cassada pela procedência de pretensão rescisória (**CPC 966**).

23. Se o dano moral não existe, não há indenização; se o dano moral não existe, não cabe indenização com fins punitivos ou dissuasórios (*punitive damages* ou *exemplary damages*); se os danos morais existem e a indenização deve ser fixada, a indenização deve ser patrimonial; se a indenização por dano moral há de ser fixada em espaço de incidência em que se admite a indenização tarifada, ela deve ser aceita pelo nosso sistema, pois a CF diz que todo o dano é indenizável, mas não fixa em que montante, nem como piso, nem como teto. Por tudo quanto considerado, o dano jurídico – nas hipóteses em que o legislador convencional entende impor-se a tarifação da indenização – se adequa a uma finalidade jurídica que se considera possível e própria para a indenização daquele dano, naquele ambiente onde o dano, com aqueles contornos específicos, se revelou. Por isso é possível a indenização por dano moral vir a ser tarifada por lei, lei que supera na ordem da hierarquia das normas no direito brasileiro o CDC, como é o caso da Convenção de Montreal, pois não há impedimento Constitucional para isso. Essa solução alcança o dano moral, que também é patrimonial, porque a dicotomia que há entre o dano moral e o dano material está no objeto da perda (elementos da humanidade do ser) e não na patrimonialidade da indenização (que se revela no valor da indenização, ainda que tarifada).

24. Para a questão específica da indenização tarifada para perda ou extravio de bagagem, por exemplo, **cabe à companhia aérea informar** o consumidor de seus serviços de transporte aéreo internacional de pessoas e bagagens, acompanhada ou desacompanhada, sobre a tarifação das indenizações bem como sobre a possibilidade de, em caso de bagagens com valor específico, que se quer ver declarado e garantido, de valer-se do sistema de indenização integral que a **Convenção de Montreal** admite. No mesmo sentido, é necessário providenciar para os passageiros com maior urgência, a possibilidade de conhecer os riscos dos atrasos de voos, por razões decorrentes de caso fortuito, força maior e de fato de terceiro, para que eles tenham condições de declarar em que situação viajam, se aceitam, ou não, o risco que a atividade, naquele instante, apresenta, de não submeter-se a contento ao cronograma de viagem inicialmente proposto, por circunstâncias que a natureza do serviço, suas peculiaridades e variadas implicações podem lhe acarretar.

25. Evidentemente, se o serviço aeroportuário e a infraestrutura aeronáutica, bem como as condições meteorológicas não contribuem com o suporte ou condições necessárias ao tráfego aéreo, ou com o exercício regular e pontual da atividade, exatamente como programada e oferecida ao consumidor, esses fatores devem ser imediatamente comunicados aos passageiros, para que se possa informar a cadência da prestação do serviço com qualidade, a real motivação dos obstáculos que em momento específico impactam o serviço e as providências que serão tomadas para minorar o desconforto da espera dos passageiros, do cancelamento, ou do atraso da partida; da alteração de rota e pouso, do extravio temporário ou completo da bagagem. O importante, no momento da venda da passagem e, depois, da ocorrência do problema, é a precisão da informação, sobre todas as dificuldades que o caso encerra. Depois,

na eventualidade de a empresa de transporte aéreo vir a ser provocada para pagar indenização, é ter-se em mão a prova de que o serviço não foi prestado a contento por razões atribuíveis ao serviço aeroportuário, ou a fatores outros, como ocorre na hipótese de caso fortuito (*v.g.* a morte de um passageiro em voo), ou de força maior (condições meteorológicas adversas).

26. A prescrição de pretensão indenizatória fundada em inadimplemento do contrato de transporte aéreo internacional é regida pela **Convenção de Montreal (1999)**.

27. O prazo de exercício de pretensão indenizatória derivada de contrato de transporte aéreo internacional é de 2 (dois) anos, conforme disposto no art. 35 da **Convenção de Montreal (1999)**.

1. CONSULTA.

INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION

(doravante denominada simplesmente **CONSULENTE** ou **IATA**), por seu ilustre Advogado, o Doutor **RICARDO BERNARDI**, honra-nos com a presente consulta, para emissão de parecer sobre os pontos que explana, relacionados com o *sistema legal brasileiro e a atividade de transporte aéreo de passageiros*, realizada por empresas brasileiras e por empresas estrangeiras que prestam serviço e atuam em espaço aéreo brasileiro, bem como, em geral, sobre as questões jurídicas submetidas, nesse contexto temático, à jurisdição brasileira.

Pondera que é necessário identificar com precisão a solução jurídica que se impõe, para o transportador aéreo e para os consumidores de seus serviços, em razão de eventuais contradições existentes entre os textos normativos do direito interno brasileiro, que cuidam do transporte aéreo de passageiros e as convenções internacionais sobre transporte aéreo das quais o Brasil é signatário. Diz que os textos normativos brasileiros têm sido aplicados em desarmonia com o texto da Convenção de Montreal e tratados internacionais, aplicados de forma díspar nos julgados proferidos pelas instâncias recursais brasileiras, circunstância que tem gerado enorme insegurança jurídica para as empresas aéreas e coloca o Brasil como espaço de alto custo, diante da forma como têm sido concedidas indenizações múltiplas a consumidores que, em numerosos casos – mesmo sem prova dos danos morais que alegam ter sofrido – , obtém indenizações, à guisa de se firmar entendimento de que a indenização tem conteúdo pedagógico e punitivo e que a indenização por dano moral não pode ser tarifada.

Alega a **CONSULENTE** que o transporte aéreo no Brasil experimenta, por causa dessa insegurança jurídica, desaceleração do fomento de novos empreendimentos no setor aéreo, tornando a competitividade do setor cada vez menos interessante e muito mais custosa e precária ao consumidor brasileiro.

Esclarece que em cinco pontos fulcrais – além de outros aspectos desses decorrentes – o tema encontra ocasião de multiplicidade de entendimentos jurisprudenciais e de forte insegurança jurídica:

a) quando são confrontados os textos normativos da Convenção de Montreal com os do CDC;

b) quando se põem de forma antagônica as disposições do CBAer e do CDC;

c) quando se supõe possível a exigência de verba indenizatória à guisa de impor às companhias aéreas “punição” pedagógica pela suposta responsabilidade, sem lei que a autorize;

d) quando há divergência quanto à correta valoração jurídica de fatos considerados como: “*atraso de voo*”, “*cancelamento de voo*”, “*extravio temporário e definitivo de bagagem*”, “*caso fortuito*”, “*força maior*”, “*fato de terceiro*”;

e) sobre a distinção dos conceitos de “*dano moral*” e de “*dano material*”, quanto à possibilidade de eles ensejarem soluções diversas no amplo espectro do sistema de responsabilidade civil brasileiro (e da indenizabilidade), principalmente diante do contexto do Tema 210 afirmado pelo STF no regime de repercussão geral e confirmado pelo Pleno no julgamento do mérito.¹

Por essas razões nos endereçam os seguintes quesitos para análise e respostas, quesitos esses que alocamos em cinco grupos, a saber:

I - Sobre o conteúdo dos textos normativos da Convenção de Montreal e do CDC:

¹ STF, Pleno, RE 636331-RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.5.2017, m.v., DJUe 13.11.2017. Tese fixada no julgamento do mérito do **Tema 210**: “*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*”.

1. Considerando a *ratio decidendi* ínsita ao precedente resultante do julgamento do Tema 210 e o disposto no art. 178 da Constituição Federal, é possível entender que, conforme decidido pelo STF, a Convenção de Montreal se aplica em sua integralidade no Brasil e não apenas para limitar a responsabilidade por dano material em transporte de bagagens (item 2 do art. 22) e quanto à prescrição (art. 35)? Como poderíamos descrever a parte vinculante do precedente?
2. Pode-se afirmar, à luz do precedente resultante do julgamento do Tema 210 pelo STF, que o prazo prescricional de 2 (dois) anos previsto no item 1 do art. 35 da Convenção de Montreal se aplica a toda ação resultante do contrato de transporte aéreo internacional, seja de passageiros, seja de cargas, incluindo aquelas cujo pedido abrange indenização por dano material e moral?
3. É possível afirmar que as indenizações por dano moral em situações de atraso ou cancelamento de voo internacional assim como extravio temporário ou definitivo de bagagens, não podem apresentar caráter punitivo ou educativo em vista do disposto no art. 29 da Convenção de Montreal?
4. As normas limitativas de responsabilidade previstas no artigo 22 da Convenção de Montreal são incompatíveis com o princípio da reparação integral estipulado no artigo 5.º, incisos V, X e XXXII, da Constituição Brasileira, artigo 944 do Código Civil e artigo 6.º VI do Código de Defesa do Consumidor?
5. Pode-se afirmar que o fato de um extravio definitivo de bagagem, isoladamente considerado, em voo de ida, ou seja, caso o passageiro esteja fora de seu domicílio, ocasiona necessariamente ofensa genuína à honra ou à personalidade do passageiro? A conclusão seria outra se a companhia aérea reembolsar as despesas razoáveis e comprovadamente incorridas pelo passageiro em razão do extravio, nos termos da regulação vigente, além de pagar indenização prevista no item do art. 22 da Convenção de Montreal?
6. Pode-se afirmar que o fato de um extravio definitivo de bagagem, isoladamente considerado, em voo de retorno ao domicílio do passageiro, ocasiona necessariamente ofensa genuína à honra ou à personalidade do passageiro, caso a companhia aérea pague a indenização prevista no item do art. 22 da Convenção de Montreal?

II – Sobre o conteúdo do comando do CBAer e o CDC:

7. A norma disposta no art. 251-A do Código Brasileiro de Aeronáutica, com

redação determinada pela Lei 14.034/20, é compatível com os princípios do Código de Defesa do Consumidor?

8. Atrasos de voo decorrentes de eventos de força maior, incluindo aqueles previstos no § 3.º do art. 256 do CBAer, rompem o nexo de causalidade para efeito de exclusão da responsabilidade do transportador aéreo ou nestas situações a responsabilidade poderia ser fundamentada na teoria do risco do negócio?

III – Sobre a ordem de indenizar sem que se prove a ocorrência de efetivo dano moral:

9. Pode-se afirmar que atrasos ou cancelamento de voos determinados por motivo de força maior ou segurança de voo ocasionam, necessariamente, ofensa genuína à honra ou à personalidade do passageiro?
10. Considerando o disposto no art. 251-A do CBA, com redação determinada pela Lei 14.034/20, e o art. 29 da Convenção de Montreal, é possível a indenização *in re ipsa* e com caráter punitivo na hipótese de atraso (extravio temporário) na entrega da bagagem ou extravio definitivo?
11. Pode-se afirmar que o fato do atraso de uma bagagem (extravio temporário), isoladamente considerado, em voo de retorno ao domicílio do passageiro ocasiona necessariamente ofensa genuína à honra ou à personalidade do passageiro?
12. Pode-se afirmar que o fato do atraso de uma bagagem (extravio temporário), isoladamente considerado, em voo de ida, ou seja, caso o passageiro esteja fora de seu domicílio, pode ocasionar ofensa genuína à honra ou à personalidade do passageiro? A conclusão seria outra se a companhia aérea reembolsar as despesas razoáveis e comprovadamente incorridas pelo passageiro em razão do extravio, nos termos da regulação vigente?

IV – Sobre a análise jurídica dos fatos assim considerados: “atraso de voo”, “cancelamento de voo”, “extravio temporário e definitivo de bagagem”, “caso fortuito”, “força maior”, “fato de terceiro”:

13. Ocorrências imprevisíveis ou inevitáveis, fora do controle da companhia aérea, como fenômenos meteorológicos, problemas associados à infraestrutura aeroportuária ou controle de voo, assim como situações em que a companhia aérea se vê forçada a atrasar a partida de uma aeronave por questões de segurança (tais como necessidade de reparos urgentes ou manutenção não programada), excluem a responsabilidade do transportador em razão do atraso da viagem? Alguma dessas hipóteses pode ser considerada “fortuito interno” ou “risco do negócio” de forma a

atrair a responsabilização do transportador aéreo?

14. Considerando que a obrigação de prestação de assistência material em caso de atraso ou cancelamento de voo decorre do previsto no art. 32 da resolução 400 da ANAC, e considerando que a referida Resolução tem aplicabilidade restrita ao território nacional, conforme já determinou a própria agência nos termos do Parecer n. 423/2011/PGFPPF/ANAC da Procuradoria Federal junto à ANAC constante dos autos do Processo n. 60800.113655/2011-14 e Nota Técnica n. 5 (SEI)/2017/GCON/ SAS, há embasamento legal para condenações por dano moral caso a companhia aérea deixe de prestar assistência em aeroportos estrangeiros, em países onde não há norma similar, especialmente se o atraso ou cancelamento decorrer de caso fortuito ou força maior?

V – Sobre a distinção dos conceitos de “dano moral” e de “dano material” ao ensejo da análise do Tema 210 do STF.

15. Ao julgar o Tema 210 - STF, e, portanto, a validade das normas previstas na Convenção de Montreal à luz do art. 178 da Constituição Federal, o STF teria competência para determinar que apenas danos morais estariam sujeitos aos limites indenizatórios previstos no art. 22 da Convenção de Montreal e não os danos morais?
16. Considerando que o precedente decorrente do julgamento do Tema 210 pelo STF surgiu da análise conjunta de uma ação em que se discutia a responsabilidade civil de uma empresa aérea pela perda de bagagem e de um processo em que se discutia o prazo prescricional para propositura de ação de indenização por danos morais oriundos de atraso de voo, pode-se afirmar que o prazo prescricional previsto no art. 35 da Convenção de Montreal seria aplicável a indenização por dano material e não a dano moral, ou aplica-se a todo e qualquer pedido de indenização decorrente de dano, de qualquer natureza, decorrente do transporte aéreo internacional?

2. O ADVENTO DO CDC NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. **BREVE HISTÓRICO E CONTEXTO ECONÔMICO INSPIRADOR DA** **NORMA.**

De acordo com os estudos realizados por CAPPELLETTI e GARTH, o desenvolvimento dos direitos metaindividuais ocorreu em *ondas sucessivas de um mesmo movimento*.²

A *primeira* dessas *ondas* apontou a necessidade de se viabilizar, aos cidadãos desprovidos de recursos financeiros, assistência advocatícia gratuita para que pudessem exercer o direito de ação, antes realizado apenas por aqueles que viviam situação financeira confortável. Nesse contexto, houve o surgimento da *segunda onda* de que falam esses autores, que reconheceu *outra* categoria de direitos, os direitos que transcendem o indivíduo, ou direitos transindividuais, metaindividuais ou supraindividuais. Por fim, emergiu a *terceira onda* do movimento de acesso à justiça, que se preocupou em simplificar e desformalizar a resolução das controvérsias jurídicas, relacionando-se, assim, com os métodos alternativos de solução de conflitos.

Foi sob a influência da *segunda onda* do movimento de acesso à justiça que foram editadas, no Brasil, a Lei da Ação Civil Pública (**Lei 7347/85**), e o Código de Defesa do Consumidor (**Lei 8078/90**), que visam a dar proteção jurisdicional ao consumidor e a outros direitos de natureza transindividual [v.g., meio ambiente, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico].

Com efeito, a *segunda onda* de movimentos levou em conta uma das características fundamentais das sociedades contemporâneas, refletida na transformação da economia, que era primariamente baseada em relações interindividuais, evoluindo para outro modelo econômico, em que a produção, a distribuição e o consumo se tornaram fenômenos de *massa*, emergindo, com fundamental importância, os direitos sociais.

² Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH. *Acesso à justiça* (trad. Ellen Gracie NORTHFLEET), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, Cap. III, pp. 31 *et seq.*

Assim, segundo **ALPA**, a normatização das garantias dos consumidores teria surgido como que naturalmente, em decorrência de legítimo clamor social para que as relações de bens e serviços, amiúde estabelecidas nas sociedades em expansão, fossem mais especificamente reguladas:

*“Dall’età dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti di epoca rivoluzionaria francese, si è passati all’età delle rivendicazioni economiche e sociali, e di poi all’età dei diritti civili. Oggi, in una società pluralista in cui i diritti civili sono in fase di espansione, e i diritti dei lavoratori adeguatamente garantiti, uno dei limiti che si possono apporre al governo della società da parte delle regole di mercato è per l’appunto costituito della tutela degli interessi dei destinatari dei prodotti e dei servizi”.*³

Nesse contexto, o legislador brasileiro concebeu novo diploma legal para o fim de amparar a parte naturalmente desigual da relação de consumo [o consumidor], concedendo-lhe vantagens legais para restabelecer o equilíbrio nesses negócios.

O nascimento e o desenvolvimento do Direito do Consumidor no Brasil foi marcado por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketing*, e, ainda, pelas dificuldades de acesso à justiça que caracterizam a sociedade de consumo.⁴ Para esses autores, a *ratio essendi* da legislação de proteção do consumidor é o reequilíbrio da relação de consumo, reforçando, sempre que possível, a posição do consumidor, seja por meio de proibições ou de limitações a certas práticas de mercado.

O movimento empresarial também se serviu do novo sistema para, indiretamente, depurar o mercado, pelo apontamento de empresas que prestam serviços e produzem coisas de má qualidade.

³ GUIDO ALPA. *Il diritto dei consumatori*, 4.^a ed., Roma: Laterza, 1999, n. 5 [Introduzione], p. 20.

⁴ Ada Pellegrini GRINOVER et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 11.^a ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Forense Universitária, 2017, n. II.1 [Introdução], p. 6 e ss.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, publicado em 1990, teve influências do direito estrangeiro, notadamente do direito francês, espanhol e português, que já vinham se desenvolvendo no campo das relações de consumo desde a década de 60.⁵ Como exemplo dessa influência, tem-se que, tal como a doutrina francesa e italiana,⁶ o capítulo VI do CDC, que trata da proteção contratual do consumidor, encerra a possibilidade de qualquer contrato ser considerado de consumo em relação ao seu objeto, desde que contenha o elemento teleológico da relação de consumo, qual seja, a finalidade com que o consumidor adquire o produto ou se utiliza do serviço, isto é, como *destinatário final*.⁷

O direito do consumidor está, pois, fundamentalmente voltado a proteger aquele que se encontra, normalmente, em *posição de vulnerabilidade na relação jurídica de consumo*, centrando sua vigilância sobre aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como **destinatário final**.⁸

Nesse ponto, importa salientar que a **CF 5.º XXXII** encarta a defesa do consumidor como garantia fundamental do cidadão e dever do Estado. Também a CF 170 regula os princípios da ordem constitucional econômica, que são harmônicos e interagem, consubstanciando-se, entre eles, o princípio da defesa do consumidor (**CF 170 V**).⁹

⁵ Sobre o tema, GUILLÉN anota que, já nos idos de 1960, aparecem, na Espanha, uma série de dispositivos legais cuja finalidade se refere precisamente à defesa dos consumidores. Entre essas disposições, estariam, por exemplo, as normas sobre vendas a prazo [Ley 50/1965]. (Javier GUILLÉN Caramés. *El estatuto jurídico del consumidor – política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración*, Madrid: Civitas, 2002, n. I.1.1, p. 47).

⁶ Jean CALAIS-AULOY e Frank STEINMETZ. *Droit de la Consommation*, 7.^a ed. Paris: Dalloz, 2006, n. 337, pp. 400/401. GUIDO ALPA. *Diritto privato dei consumi*, Bologna: Il Mulino, 1986, p. 155.

⁷ Nelson NERY JUNIOR et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 11.^a ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Forense Universitária, 2017, cap. VI, n. 1.1, pp. 506 e ss.

⁸ Newton DE LUCCA. *Direito do Consumidor – teoria geral da relação jurídica de consumo*, 2.^a ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008, n. 1.3, p. 69.

⁹ Sobre a constitucionalização da proteção do consumidor, GUILLÉN afirma que foi o verdadeiro “*motor de arranque de la política de consumo en España, que se ha ido encaminando a la aprobación de diversos textos normativos que, con carácter general, han recibido la denominación de Estatuto de Consumo*”. (Javier GUILLÉN Caramés. *El estatuto jurídico del consumidor –*

Portanto, nota-se que o CDC foi concebido para cumprir a determinação constitucional de defesa do consumidor, oferecendo-lhe direitos e garantias que asseguram o equilíbrio da relação de consumo e impedem que o fornecedor aufera vantagens excessivas em virtude de sua superioridade técnica e econômica.

Nas palavras de JULIEN, a desigualdade “*peut être économique ou encore être liée à la maîtrise qu’a l’un des contractants sur la matière qui est l’objet de la convention*”.¹⁰

Sobre a desigualdade entre *fornecedor* e *consumidor*, a ensejar a proteção do Estado, asseveram CALAIS-AULOY e STEINMETZ que “*la relation entre professionnel et consommateur est naturellement déséquilibrée*”, e justifica a vulnerabilidade do consumidor de três formas: “*la compétence du professionnel, les informations dont il dispose, et souvent la dimension financière lui permettent de dicter la loi au consommateur*”.¹¹ Por isso afirmam que o direito do consumidor procura reequilibrar as relações de consumo.

Evidentemente, como veremos, a modernidade da percepção desses fatos, na atualidade, também despertou a atenção de alguns específicos setores da sociedade civil, mormente a *atividade de transporte aéreo internacional de passageiros, bagagens e cargas* que veio a ser considerada sob o ponto de vista dessa realidade sociojurídica em convenção internacional de que o Brasil é signatário.

2.1. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O sistema de responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor é o da *responsabilidade objetiva* e o tratamento que o CDC confere a essa matéria tem fundamento na situação jurídica de consumo, em

política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración, Madrid: Civitas, 2002, n. I.1.1, p. 47).

¹⁰ Jérôme JULIEN. *Droit de la consommation et du surendettement*, Paris: Montchrestien, 2009, n. 1.3, p. 7.

¹¹ Jean CALAIS-AULOY e Frank STEINMETZ. *Droit de la Consommation*, 7.^a ed. Paris: Dalloz, 2006, n. 1 [Introduction] e n. 2, pp. 1 e 3.

que a lei supõe que aqueles que são colhidos pelo fato do produto ou do serviço sejam iguados ao fornecedor desses mesmos produtos e serviços.

Já tivemos a oportunidade de consignar que foi adotada a responsabilidade objetiva como sendo o *sistema geral da responsabilidade do CDC*, de modo que toda indenização derivada de relação de consumo sujeita-se ao regime da responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário, como fez, *v.g.*, no **CDC 14 § 4.º**.¹²

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da exteriorização de um vício de qualidade, vale dizer, de um defeito capaz de frustrar a legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição.¹³

Esse mecanismo jurídico moderno de proteção do consumidor não vige somente no Brasil. Conforme anotado por **CALAIS-AULOY e STEINMETZ**,¹⁴ a União Européia adotou diretiva que tem como objetivo uma aproximação do sistema de responsabilidade civil dos Estados Membros relativa ao fato do produto, uma vez que cada um dos países que a compõem tem a sua legislação própria.

Assim, de acordo com a referida diretiva, pesa sobre os produtores responsabilidade que é ao mesmo tempo objetiva (com fundamento no defeito do produto, não sobre a culpa do produtor) e imperativa (todas as

¹² Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Leis Civis e Processuais Civis Comentadas*, 4.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, coment. 7 CDC 6.º, p. 466. No mesmo sentido: Rosana GRINBERG. *Fato do Produto ou do Serviço: Acidentes de Consumo*, in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 35, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro de 2000, p.158.

¹³ Zelmo DENARI et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9.ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Forense Universitária, 2007, coment. 2 CDC 11, p. 183.

¹⁴ Jean CALAIS-AULOY e Frank STEINMETZ. *Droit de la Consommation*, 9.ª ed. Paris: Dalloz, 2015, pp. 315 e ss. A diretiva a que os autores fazem menção obriga os Estados Membros a adotar uma legislação nova, mas os autoriza a conservar seus sistemas nacionais de responsabilidade. Uma nova orientação está sendo elaborada, no sentido de uma reaproximação mais estreita da legislação dos Estados Membros e de um nível mais elevado de proteção.

cláusulas que visam a descartar ou a reduzir a responsabilidade são reputadas como não escritas).

A vigência do sistema de responsabilidade civil objetiva é um exemplo de efetiva contribuição e influência do direito estrangeiro para a sistematização do direito de proteção ao consumidor no Brasil.

Outro exemplo de proteção do consumidor de natureza de direito material é a solidariedade entre fornecedores. Como é cediço, a solidariedade pode ser compreendida na hipótese em que há pluralidade de credores ou de devedores relativamente ao objeto de determinada obrigação, sendo possível a quitação do objeto da obrigação por um dos devedores em nome de todos, assegurado, posteriormente, o direito de regresso deste, que cumpriu a obrigação, contra os demais co-devedores solidários.

No **CDC**, a hipótese de solidariedade encontra-se no parágrafo único do **artigo 7.º**, que estabelece a solidariedade passiva como regra nas relações de consumo, a significar que cada responsável solidário responde pela totalidade dos danos, estando obrigado cada um individualmente a responder pela completa indenização, na forma prevista pelo Código, resultando no direito do consumidor ofendido exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum.¹⁵

Nesse contexto, há responsabilidade solidária entre todos os agentes econômicos da relação de consumo, donde se conclui que cada um dos devedores solidários responde pela totalidade dos danos, podendo o consumidor exigir de um apenas ou de todos a indenização total ou parcial.^{16- 17}

¹⁵ James MARINS. *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 108.

¹⁶ Nesse sentido, anotam MARQUES, BENJAMIN e MIRAGEM que “o parágrafo único do art. 7.º traz regra geral sobre a solidariedade da cadeia de fornecedores de produtos e de serviços. Aqui a idéia geral é o direito de ressarcimento da vítima-consumidor (art. 6.º, VI, c/c art. 17 do CDC) uma vez que o microsistema do CDC geralmente impõe a responsabilidade objetiva ou independente de culpa” (Cláudia Lima MARQUES, Antonio Herman V. BENJAMIN e Bruno MIRAGEM. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 314).

¹⁷ José CRETTELLA JUNIOR, Fábio NUSDEO, Voltaire de LIMA MORAES e outros. *Comentários ao Código do Consumidor* (coords. José CRETTELLA JUNIOR e René Ariel DOTTI), Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, coment. 82 CDC 14, p. 68.

Como a responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço é objetiva, decorrente da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de dado serviço, ao consumidor é conferido o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado, ou então a prestação do serviço.¹⁸

A razão pela qual todos remanescem responsáveis é, fundamentalmente, a teleologia da norma: favorecer o consumidor, por meio da solidariedade entre os responsáveis e da ampliação do rol primitivo do **CDC 12**, a fim de maximizar a proteção ao consumidor.¹⁹

O sistema de responsabilidade civil objetiva tem todos esses contornos jurídicos peculiares.

2.2. CONTROLE DE ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS

O controle de abusividade de cláusulas contratuais é, ainda, outro exemplo de proteção relativa a direito material conferida pelo CDC ao consumidor hipossuficiente. Prática abusiva é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor,²⁰ devendo ser entendidas assim todas as atividades do fornecedor, realizadas ou decorrentes dos métodos empregados na atividade empresarial, que estejam em desacordo com os princípios e normas do CDC.²¹

Importante, nesse passo, observar que o *contrato de transporte passageiros* é de consumo, desafia a responsabilidade civil objetiva

¹⁸ José Geraldo Brito FILOMENO et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9.^a ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Forense Universitária, 2007, coment. 3 CDC 7.^o, p. 169.

¹⁹ No mesmo sentido: Antonio Herman BENJAMIN et alii. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1991, coment. CDC 13, p. 71.

²⁰ Antonio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 11.^a ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense Universitária, 2017, coment. 2 CDC 38, pp. 372 e ss.

²¹ Reynaldo Andrade da SILVEIRA. *Práticas mercantis no direito do consumidor*, Curitiba: Juruá, 1999, p. 180.

PROFESSOR DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

PROFESSORA DRA. ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY
Professora Livre Docente da Faculdade de Direito da PUC-SP

do transportador (prestador de serviço) e coloca o passageiro em situação jurídica de merecer o tratamento de consumidor, nos termos do CDC, salvo naquilo que está tratado em disposições normativas específicas de direito convencional (internacional), a que o Brasil aderiu

Assim, mister conceber o sistema de direito do consumidor como microssistema jurídico específico para regular as relações de consumo, que coexiste em perfeita harmonia com os sistemas dados pelo CC e pelo CCom, esses aplicáveis aos negócios civis, empresariais e comerciais, **bem como e muito especialmente**, como não poderia deixar de ser, com as necessidades que brotam de interesses supranacionais, reveladas em convenções e tratados de direito internacional, de que o Brasil é signatário.

3. LEIS PRINCIPIOLÓGICAS

Pode haver lei *parcial*– ou *integralmente* principiológica. Tanto o Código Civil como o Código de Defesa do Consumidor, para os efeitos e na parte que nos interessa neste estudo, são *leis parcialmente principiológicas*, e, não, meras leis gerais. Parcialmente porque há nesses dois Códigos dispositivos principiológicos, outros gerais e, ainda, outros específicos.

Lei principiológica se considera aquela que fixa os princípios fundamentais de determinada situação ou relação jurídica, aos quais devem submeter-se todas as *leis especiais* que regulam as matérias específicas derivadas da mesma temática. E a lei que fixa diretrizes para as demais leis setorializadas, porque mantém coeso e harmônico o sistema jurídico.

O conteúdo normativo da lei principiológica respeita à sua *qualidade*, e, não, à quantidade. Portanto, às leis principiológicas não se aplica o princípio da especialidade, segundo o qual a norma especial derroga a geral, justamente porque a lei principiológica não é lei geral, como se pode ver abaixo.

Como já dito acima, há leis, entretanto, que são em parte principiológicas, e em parte gerais ou especiais, como é o caso do CDC e do CC.

O CDC, no que tange aos direitos básicos do consumidor, por exemplo, é lei principiológica, o que significa que leis especiais que tratam especificamente do transporte rodoviário, ferroviário (**D 2681/1912**), aéreo (Código Brasileiro de Aeronáutica) etc., que estabeleçam o regime jurídico da responsabilidade subjetiva do transportador, não têm eficácia porque contrariam o *princípio* do CDC de que o regime da responsabilidade civil que consagra – para o consumidor ressarcir-se dos prejuízos que sofreu ou obter indenização por dano – é o sistema da responsabilidade civil objetiva.

O mesmo ocorre com o Código Civil, quanto às normas-princípio nele contidas. A natureza de *lei principiológica*, no tema do contrato de transportes, exsurge no sistema do direito privado quando o Código Civil estabelece que “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” (**CC 732**).

Isto quer dizer que mesmo as regras *especiais* da legislação extravagante sobre transportes não podem contrariar as normas do Código Civil sobre a matéria. Em outras palavras, o Código Civil, no tema do contrato de transportes, é *lei principiológica* à qual as demais leis *especiais* devem submeter-se.

Lei geral é a que fixa regras consideradas como piso, isto é, de conteúdo normativo mínimo, cujo conteúdo intrínseco é de *quantidade* e não de qualidade, de modo que essas regras gerais podem ser contrariadas pela lei especial. Havendo conflito entre as regras da lei geral e da lei especial, resolve-se o conflito pelo princípio da especialidade. Vigora aqui a máxima *lex specialis derogat generalis*, o que não se aplica à lei principiológica, que *sempre* prevalece sobre as normas especiais.

Resumindo o que foi dito acima, podemos afirmar que o contrato de transporte é regulado:

a) pelo *Código de Defesa do Consumidor*, quando tratar-se de *relação de consumo*, ou seja, quando aquele que contratar com o transportador for consumidor (**CDC 2.º caput, 2.º par. ún., 17 ou 29**);

b) pelo *Código Civil*, quanto tratar-se de *relação civil* ou de *relação comercial*, ou seja, quando aquele que contratar com o transportador não for consumidor.

Tendo em vista a natureza de *leis principiológicas* de que se revestem tanto o CDC como o CC na parte que trata do contrato de transportes (**CC 731**), a esses contratos não se aplicam as regras da especialidade (*specialia generalibus derogant*), nem da superveniência de lei posterior (*lex posterior derogat priori*).

A legislação especial sobre contrato de transportes é aplicável às situações concretas a ela subsumíveis, devendo ser, obrigatoriamente, respeitadas as *normas principiológicas* constantes do CDC e do CC, conforme se trate de relação de consumo ou de relação privada (civil ou comercial).

Em consequência, as regras da legislação especial que contrariarem os preceitos principiológicos do CDC e do CC não terão sido por

eles recepcionadas e, *ipso facto*, serão ineficazes, vale dizer, tidas como não escritas.

Podem ser citados alguns princípios, inderrogáveis por leis especiais que regulam relações de consumo específicas:

- a) equidade e equilíbrio nas relações de consumo (**CDC 4.º III**);
- b) boa-fé objetiva (**CDC 4.º III**);
- c) revisão de cláusula ou do contrato de consumo (**CDC 6.º V**);
- d) responsabilidade objetiva pela reparação dos danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos (**CDC 6.º VI, 12 e 14**);
- e) proteção contra publicidade ilegal (enganosa e abusiva) (**CDC 37**);
- f) proteção contra práticas comerciais abusivas (**CDC 6.º IV 39 e 44**);
- g) proteção contratual integral (**CDC 46**);
- h) proteção contra cláusulas abusivas (**CDC 6.º IV e 51**);
- i) acesso à ordem jurídica justa, individual ou coletivamente (**CDC 81, caput**);
- j) facilitação da defesa do consumidor em juízo (**CDC 6.º VIII**);
- l) prerrogativa de propor e de responder ação em seu domicílio (**CDC 6.º VIII e 93**);
- m) benefício da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, sempre *in utilibus*, independentemente de rol de beneficiados, do lugar de seu domicílio ou da competência territorial do juiz (**CDC 103**).

Esse raciocínio é igualmente válido para as leis especiais que sobrevenham ao CDC e ao CC. Dada a natureza intrínseca, de conteúdo, das normas do CDC e do CC (no que tange ao contrato de transporte), isto é, de *lei principiológica*, é irrelevante a cronologia de lei que descumpra os princípios fundamentais traçados pela lei principiológica.

Não se aplica, aqui, a máxima “*lei posterior revoga a anterior*”, que só vale para as normas de mesma natureza. Como consequência, as normas-princípio do CDC e do CC sobre o contrato de transportes prevalecem sobre toda e qualquer norma de lei especial que disponha em sentido contrário.

Nem o Código Comercial, nem o revogado Código Civil regulavam o contrato de transporte. Esse contrato chegou ao nosso sistema jurídico como sendo de serviço e, desde muito cedo, recebeu tratativa legal específica, ao menos em parte, como é o caso, por exemplo, do contrato de transporte ferroviário, regulado pelo **D 1930, de 26.4.1857**. Posteriormente, sobreveio o **D 2681, de 7.12.1912**, que, igualmente, regulou parte da matéria. Esse decreto, ainda hoje vigente, embora tenha como finalidade precípua a regulação da *responsabilidade civil* das empresas transportadoras, traz muitas regras sobre o contrato de transporte ferroviário.

O contrato de transporte aéreo foi regulado sempre em leis extravagantes, fora do sistema do Código Civil e do Código Comercial: **I** – os revogados *Códigos Brasileiros do Ar*. 1.º) **DL 483, de 8.6.1938, arts. 67 a 82**; 2.º) – **DL 32, de 18.11.1966, arts. 80 a 127**; **II** – o vigente *Código Brasileiro de Aeronáutica* – **L 7565, de 19.12.1986, arts. 203 a 245**.

De toda a maneira, como veremos, hierarquicamente, o **CDC** e o **CC** estão abaixo das Convenções Internacionais, que têm natureza de textos normativos supralegais. De consequência, o regime jurídico do tratado internacional sobre transporte aéreo internacional – **Convenções de Varsóvia e de Montreal** – se aplica integralmente ao direito brasileiro, prevalecendo sobre os regimes jurídicos do **CDC** e do **CC**, por exemplo. Decorre desse raciocínio a circunstância que faz com que sejam aplicados os dispositivos dos tratados internacionais relativos à prescrição (qualquer que seja a indenização pedida: dano material e/ou moral), bem como o sistema da responsabilidade subjetiva quando o tratado assim dispuser, suplantando, nesse particular, o regime da responsabilidade objetiva do **CDC**.

4. O CONTRATO DE TRANSPORTE E SUAS PECULIARIDADES

Como já ficou explicitado, a questão de fato, que dá início a todas as tratativas que deságuam nos problemas jurídicos que aqui devem ser enfrentados, tem origem na *atividade de transporte aéreo internacional de passageiros* desenvolvida por empresas associadas da **CONSULENTE**, em face de consumidores de seus serviços de transporte aéreo internacional (de consumidores brasileiros de seus serviços, ou de consumidores de seus serviços em trânsito com escala em território brasileiro, ou de consumidores de serviços de empresas brasileiras aéreas, ou de empresas estrangeiras que atuam no espaço aéreo brasileiro) e, como tal, submetidas aos especialíssimos critérios do sistema jurídico nacional, composto de muitos sistemas e de microssistemas jurídicos, bem como de normas de direito convencional.

No direito privado brasileiro, o contrato de transporte *stricto sensu* tem tratamento sistemático-legal bipartido, conforme se trate de contrato de transporte com natureza de relação de consumo, ou de contrato de transporte com natureza de relação civil ou comercial.

O transportador será, entretanto – sempre – fornecedor, conforme expressa submissão de sua atividade ao conceito de fornecedor do **CDC 3.º caput** (exerce, com habitualidade, atividade econômica no mercado). Contudo, aquele que com ele contrata, quer dizer, o transportado (transporte de pessoas), ou o que se serve do transporte para atender à outra finalidade (v.g. transporte de coisas), nem sempre será *consumidor* (**CDC 2.º caput, 2.º par.ún., 17 ou 29**), para os efeitos de considerar-se essa relação jurídica de transporte como relação de consumo.

O objeto do contrato de transporte será, sempre, o *serviço de transporte (a atividade de transporte)*. Assim, o elemento que o define, que o discrimina como sendo de *consumo*, submetido ao regime jurídico do CDC, ou de natureza *civil, comercial ou internacional*, submetido ao regime do Código Civil e de tratados internacionais de que o Brasil é signatário é, precipuamente, o sujeito que contrata com o transportador e a qualidade de ser nacional ou internacional o transporte.

Daí ser importante analisar esse elemento subjetivo da relação jurídica de transporte para defini-la quanto à natureza (de consumo, civil, comercial, internacional) e saber qual o regime legal ao qual deve submeter-se.

Caso aquele que contratar com o transportador seja consumidor, assim definido de acordo com as regras do **CDC 2.º caput, 2.º par.ún., 17 ou 29**, o contrato de transporte será de consumo e estará sujeito às regras do Código de Defesa do Consumidor.

Caso aquele que contratar com o transportador não seja consumidor, o contrato de transporte será civil ou comercial e estará sujeito às regras do Código Civil e demais leis extravagantes.

É sempre bom lembrar, também, que a celebração de contrato de transporte desafia o movimento de um sistema jurídico todo peculiar, eis que esse *macro tipo* contratual (contrato de transporte) reúne em si quatro diferentes qualidades reconhecidas pela *teoria geral dos contratos* em certos tipos contratuais, qualidades essas que, de *per se* consideradas, já bastariam para embarçar extremamente o tratamento jurídico dessa matéria contratual, dificultando-o.

Curiosamente, o contrato de transporte integra o rol daqueles contratos que são classificados pela doutrina e pela lei com essas quatro específicas qualidades que permitem sejam classificados como:

- a) “*contratos de resultado*”;
- b) “*contratos de risco*” (**CC 942 par.ún.**);
- c) “*contratos de consumo*” (**CDC 46**);
- d) “*contratos por (ou de) adesão*” (**CDC 53**)

Essas quatro qualidades, que trazem em si específicas e extraordinárias feições, operam efeitos significativos no contexto do sistema legal brasileiro, de direito civil, de direito comercial, de direito do consumidor e, especialmente, de direito internacional, **circunstância que é o ponto fulcral deste estudo**.

Além dessas peculiaridades a que fizemos alusão, para dificultar ainda mais a compreensão da matéria e o deslinde de pontos de difícil

intelecção do tema posto nesta consulta, algo mais demanda a atenção de todos quantos queiram analisar esse especialíssimo negócio jurídico de *transporte aéreo internacional de pessoas e bagagens*: mais do que aludir ao negócio jurídico bilateral denominado contrato de transporte, a expressão atividade do transportador impõe-se de maneira extraordinária num ambiente jurídico ainda mais amplo, onde têm lugar fenômenos de toda ordem, inclusive macro econômicos, a também ensejar a necessidade de harmoniosa interpretação de todas as suas nuances.

Fatos, atos e negócios jurídicos, engendrados de forma a por em prática a atividade empresarial de transporte, que demanda estrutura, logística, existência de estabelecimentos comerciais, de meios de transporte, de recepção, guarda e acondicionamento de mercadorias, de recepção de pessoas e de sujeição de tudo isso à critérios de ordem constitucional-administrativa, chama vivamente a atenção do jurista, porque o transporte de coisas e pessoas, a atividade que o fomenta e a os negócios que se celebram para permitir sua regular realização dizem de perto com a liberdade de ir e vir, com o abastecimento de víveres e o escoamento da produção agropecuária e industrial, bem como, como se disse, primordialmente, com a circulação de riquezas, fatos todos esses que, desde logo, deixam bem evidente a importância econômica da atividade de transportar, pessoas, coisas (aqui incluindo bagagens) e a constante conexão desse contrato com outros contratos, ou com outras atividades que lhe são condicionadas, condicionantes, motivadoras, ou complementares.

De toda a maneira, quatro peculiaridades, como já dissemos, interferem em matéria de responsabilidade civil pelo contrato de transportes. o contrato de transporte é: a) contrato de resultado; b) contrato de risco; c) contrato de consumo; d) contrato frequentemente celebrado por adesão.

O contrato de transporte é tido como de resultado. Ainda que a contratação se dê da maneira mais incipiente e simples possível, como ocorre com o negócio jurídico que se inicia por meio do mero acenar do passageiro para o taxista, que para o carro na rua e o aceita para o percurso e as condições de pagamento, até aquela outra forma solene de contratar, que se

formaliza com detalhamento escrito do negócio e com a celebração conjunta de outros negócios, de seguro, serviço de alimentação e cuidados com a bagagem etc., a diferença significativa entre uma e outra forma de firmar-se o negócio jurídico bilateral denominado “*contrato de transporte*”, entretanto, não retira de todas as modalidades o caráter significativo de sua qualidade de “*contrato de resultado*”.

Transportar – como objeto do contrato de transporte – significa levar coisas e/ou pessoas de um lugar para outro. Quem se encarrega de transportar coisas alheias ou outras pessoas de um lugar para outro (seu destino) põe-se assumindo *obrigação de resultado*, qual seja, a obrigação de transportar as coisas ou pessoas, conforme acordado, no tempo, lugar, forma e condições convencionadas, com segurança e em condições de incolumidade.

PONTES DE MIRANDA alude à característica marcante de ser o contrato de transporte da espécie “*de resultado*” quando, peremptoriamente, assevera: “*O que importa é o resultado, o que bem mostra que, se se apagou a locatio, permaneceu o que, na língua portuguesa se denomina “*empreitada*”. A pessoa transportada, ou o possuidor dos bens ou do bem transportados, quer o ciclo elaborativo do resultado”.*²² (grifamos)

Esse *ciclo elaborativo do resultado*, se realiza, ainda, sob as balizas do *dever de custódia* do transportador que, durante todo o interregno do transporte, desde a recepção de pessoas ou coisas a serem transportadas, até a efetiva entrega delas no local de chegada e desembarço, executa o contrato sob as implicações do *dever de custódia* e, nesse sentido, respondendo pela incolumidade das pessoas e coisas transportadas.²³

Já decidiu o STJ acerca dessa qualidade de *resultado* do contrato de transporte, que a doutrina identifica e a jurisprudência reconhece, *verbis*:

²² Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, v. XLV (Direito das obrigações), atualizado por Bruno MIRAGEM, São Paulo: RT, 2012, § 4852, p. 64.

²³ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, v. XLV (Direito das obrigações), atualizado por Bruno MIRAGEM. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, § 4870, p. 155.

Obrigação de resultado. Responsabilidade

objetiva. A responsabilidade decorrente do contrato de transporte é objetiva, nos termos da **CF 37 § 6.º** e **CDC 14 e 22**, sendo atribuído ao transportador o dever reparatório quando demonstrado o nexo causal entre o defeito do serviço e o acidente de consumo, do qual somente é passível de isenção quando houver culpa exclusiva do consumidor ou uma das causas excludentes de responsabilidade genéricas (**CC 734 e 735**). Deflui do contrato de transporte uma obrigação de resultado que incumbe ao transportador levar o transportado incólume ao seu destino (**CC 730**), sendo certo que a cláusula de incolumidade se refere à garantia de que a concessionária de transporte irá empreender todos os esforços possíveis no sentido de isentar o consumidor de perigo e de dano à sua integridade física, mantendo-o em segurança durante todo o trajeto, até a chegada ao destino final. Ademais, ao lado do dever principal de transladar os passageiros e suas bagagens até o local de destino com cuidado, exatidão e presteza, há o transportador que observar os deveres secundários de cumprir o itinerário ajustado e o horário marcado, sob pena de responsabilização pelo atraso ou pela mudança de trajeto. Assim, a mera partida do coletivo sem a presença do viajante não pode ser equiparada automaticamente à falha na prestação do serviço, decorrente da quebra da cláusula de incolumidade, devendo ser analisadas pelas instâncias ordinárias as circunstâncias fáticas que envolveram o evento, tais como, quanto tempo o coletivo permaneceu na parada; se ele partiu antes do tempo previsto ou não; qual o tempo de atraso do passageiro; e se houve por parte do motorista a chamada dos viajantes para reembarque de forma inequívoca. O dever de o consumidor cooperar para a normal execução do contrato de transporte é essencial, impondo-se-lhe, entre outras responsabilidades, que também esteja atento às diretivas do motorista em relação ao tempo de parada para descanso, de modo a não

*prejudicar os demais passageiros (art. 738 do CC). 6. Recurso especial provido.*²⁴

Já nas obrigações de meio, ao contrário do que ocorre com as de resultado, o dever é de diligência, isto é, de empregar recursos para que determinado objetivo seja atingido, não se vinculando o devedor, perante o credor, a que este resultado seja efetivamente alcançado. Embora pareça ter um efeito de menor vinculação, este também está presente, porque o *dever é de qualidade*. O devedor está onerado a provar que agiu bem, isto é, empregando *serviço de qualidade*.

O contrato de transporte, também, é considerado **de risco**: risco é uma incerteza precificável, isto é, que pode ser objeto de cálculo previsível, mas cuja ocorrência é incerta. A incerteza da ocorrência é ínsita à noção de risco, mas sua probabilidade também lhe é inerente.

É por isso que a lei, baseada naquilo que usualmente ocorre, mas que pode eventualmente não ocorrer, imputa responsabilidade de *forma objetiva* a quem experimenta essa situação de sujeição (**CC 942 par. ún.**), por causa do risco de sua atividade econômica.

Isto faz com que certas ações sociais impliquem grau de responsabilização maiores do que outras.

Quando há lucro auferido, existe responsabilidade pelos riscos resultantes da atividade. Trata-se de hipótese específica em que o sistema civil adota a chamada teoria do *risco-proveito*.

O contrato de transporte aéreo de passageiros é daqueles que se submetem a essas regras de risco-proveito e desafiam a solução temática do CC 942 par. ún.

*O contrato de transporte pode ser **de consumo**. O microsistema do Código de Defesa do Consumidor é Lei de natureza principiológica, ou melhor, lei que contém alguns dispositivos de natureza principiológica (lei parcialmente principiológica) e outros de ordem geral.*

²⁴ STJ, 4.ª T., REsp 1354369-RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 5.5.2015, v.u., DJUe 25.5.2015.

O transportador, por essa peculiaridade, é prestador de serviço e, nesse sentido, submetido ao dever de qualidade, redundando o serviço mal prestado em situação específica de responsabilidade

Hoje, o contrato de transporte, de coisas ou de pessoas, se faz, usualmente, **por adesão**, seja contrato de consumo, ou privado em geral (civil ou comercial).

Ainda que por vezes não se possa afirmar conter o contrato de transporte, em todas as suas modalidades, aspectos de negociação de consumo, a prática de ele ser comumente realizado por adesão já autoriza o reconhecimento de que merece ser considerado como inserido naquilo que se denomina **prática de consumo**, e merecer, só por isso, interpretação submetida aos regramentos da boa-fé objetiva, tão bem esmiuçada no **CDC 39 e 51**, que tratam das práticas comerciais abusivas e das cláusulas contratuais abusivas, respectivamente.

Perquirir sobre o dever de indenizar, portanto, sob a égide da responsabilidade civil do fornecedor *do serviço de transporte aéreo de passageiros*, dentro do sistema legal brasileiro, não é tarefa fácil: ao contrário, impõe-se considerar pressupostos jurídicos e fáticos, capazes de justificar o reconhecimento do liame entre o *fato gerador do dano e a imputação de patrimônio capaz de reparar esse mesmo dano*, depois de adequadamente identificada a hipótese legal que justifica a pretensão indenizatória, bem como o sistema legal de responsabilidade civil que rege a hipótese sob análise.

Pelo que apontamos, das qualidades do contrato de transporte **(de resultado, de risco, de consumo e por adesão, em regra)** já se pode antever que a responsabilidade do transportador aéreo de passageiros (objeto deste estudo) é objetiva: contrato celebrado obriga objetivamente o transportador. Não se impõe ao lesado demonstrar culpa e dolo da companhia transportadora, **mas deve provar o fato lesivo (ilícito, objetivamente considerado), o dano efetivo e o nexo de causalidade entre o fato e o dano.**

5. DIREITO DOS TRATADOS. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA CONVENÇÃO DE VIENA (1969) SOBRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS.

Relativamente à compatibilização entre dispositivos da CF e da Convenção de Montreal, certamente não se discute o caráter prevalecente da Constituição brasileira sobre tratado internacional. Contudo, relativamente à comparação entre a Convenção de Montreal e o direito federal interno brasileiro (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor etc.), a convenção prevalece dado o seu caráter de texto normativo supralegal, caráter esse que foi reconhecido pelo STF: o tratado internacional que não seja de direitos humanos, reside entre a CF e a lei federal, vale dizer, é “menos” do que a CF, mas “mais” do que a lei federal.

Se for de direitos humanos e haja ingressado no direito interno brasileiro por processo legislativo (Decreto Legislativo) com o rito de emenda constitucional, recebe o *status* de texto normativo constitucional (**CF 5.º § 3.º**): vale tanto quanto qualquer outro texto normativo que se encontre no corpo da Constituição, ou seja, é *texto constitucional*.

Celebrar tratados e convenções internacionais é ato de competência privativa do Presidente da República (**CF 84 VIII**), mas necessita de referendo do Poder Legislativo (**CF 49 I**) para que possa produzir efeitos no país.

Quando o Brasil adere a tratado ou convenção internacional, seja pelo Presidente da República ou por quem for por ele designado para fazê-lo, é necessário que se ratifique a vontade do estado soberano em submeter-se à autoridade do tratado ou convenção internacional, fazendo o depósito do instrumento de ratificação de conformidade com o que estiver designado no tratado. Estas são regras de *direito internacional público* relativamente ao tratado ou convenção de que um Estado soberano faz parte como aderente.

Para que o tratado internacional de que o Brasil seja signatário passe a valer e produzir efeitos no território brasileiro é necessário que seja aqui examinado e aprovado conforme os ditames da Constituição Federal.

Conforme determina a **CF 49 I**, compete ao Congresso Nacional decidir definitivamente sobre tratado internacional de que o Brasil seja signatário. Portanto, assinado pelo Presidente da República ou por alguém por ele designado (**CF 84 VIII**), deverá tramitar perante o Poder Legislativo o texto do tratado, já com a ratificação internacional, para deliberação

Para tanto, o ato do Congresso Nacional que aprova o tratado internacional não segue o rito estabelecido para tramitação de projeto de lei, que exige aprovação do projeto nas duas casas do Congresso Nacional e sanção do Presidente da República para que se torne lei a ser observada em todo o País. A aprovação da lei, pois, é *ato complexo*, que depende da interveniência de dois dos poderes da república para se aperfeiçoar.

O tratado internacional, para que tenha executoriedade em todo o território nacional, exige-se ato do Presidente da República, que mande executar o decreto legislativo que o aprovou no Congresso Nacional, bem como a publicação do inteiro teor do tratado no órgão oficial de imprensa do País.

O ingresso do tratado no direito interno brasileiro, aperfeiçoado pelo conjunto do decreto legislativo e do decreto presidencial que o manda executar, tem merecido a atenção de nossa doutrina e jurisprudência, notadamente no que respeita à qualidade com que o tratado aqui ingressa.

A **Convenção de Viena, de 23.5.1969**, que dispõe sobre o *Direito dos Tratados* é um verdadeiro **Código Internacional do Direito dos Tratados**, a que todos os países que o subscreveram e ratificaram se submetem e estão obrigados a cumprir. O Brasil ratificou a Convenção depositando o instrumento de ratificação junto à Secretaria da Organização das Nações Unidas em 25.9.2009, apenas fazendo reserva quanto aos **arts. 25** (aplicação provisória do tratado) e **66** (processo de solução judicial, de arbitragem e de conciliação) da referida Convenção.

O **Decreto Legislativo n. 496, de 17.7.2009** (DOU 20.7.2009, p. 6), mandado executar pelo **Decreto n. 7030, de 14.12.2009** (DOU 15.12.2009, p. 59), fez ingressar no direito interno brasileiro a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Alguns estados soberanos têm em sua Constituição regras de incorporação do direito internacional ou direito interno do país, denominadas de regras de *supranacionalidade*, como é o caso dos países-membros da União Européia.²⁵

Não há na Constituição Federal brasileira dispositivo semelhante ao da **GG 25** alemã, mas disposições que consideram os tratados e convenções internacionais, sem lhes dar qualidade ou natureza jurídica para que se possa dirimir conflito entre eles e o direito interno brasileiro.

Contudo, esse mecanismo de aplicação e de controle está implícito no espírito e no sistema da CF, na medida em que, por exemplo **a)** a **CF 102 III “b”** confere competência ao Supremo Tribunal Federal, para julgar recurso extraordinário interposto de decisão de única ou última instância que declara a inconstitucionalidade de tratado internacional e **b)** a **CF 105 III “a”**, atribui ao Superior Tribunal de Justiça, competência para julgar recurso especial interposto de decisão de tribunal, de única ou última instância de contrariar ou negar vigência a tratado internacional. A consequência de o Poder Judiciário não aplicar preceito e/ou dispositivo de tratado, a *contrario sensu* do contido na CF 105 III “a”, é a cassação da mesma decisão judicial, o que implica dizer ser obrigatória a aplicação dos dispositivos de tratado internacional vigente no Brasil.

A regra que deve orientar o intérprete para dirimir esse conflito entre tratado ou convenção e o direito interno brasileiro, entretanto,

²⁵ Veja-se, por exemplo, o direito alemão: “**Grundgesetz (GG) (Lei Fundamental) (Constituição Federal): Art. 25. 1. Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. 2. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes**”. (tradução livre: “Art. 25. [1] As regras gerais do direito internacional público integram o direito federal. [2] Elas são prevaletentes sobre as leis e criam diretamente direitos e obrigações para os que moram no território nacional”.)

encontra-se no **Art. 27 da Convenção de Viena** sobre o Direito dos Tratados, *verbis*:

“Direito Interno e Observância de Tratados – Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”

Por este **art. 27**, o Brasil deve observar em seu direito interno, os termos dos tratados internacionais de que é signatário. Depois de assinado e ratificado pelo Brasil, aprovado pelo parlamento por decreto legislativo e mandado executar por decreto do Presidente da República, o país deve observar em seu direito interno o que determina o tratado.

O preceito ora adotado pela **Convenção de Viena**, regra costumeira aceita geralmente pelos países em direito internacional público, foi aplicada, pelo que se tem notícia pela primeira vez, no precedente *Alabama Claims Arbitration* de 1872²⁶ e no *Greco-Bulgarian Communities Advisory Opinion*,²⁷ no sentido de que, havendo conflito, a lei do país não pode prevalecer sobre o tratado. Curiosamente havia um juiz brasileiro a julgar o caso *Alabama Claims*.

Conforme entende **MARK E. VILLIGER**, que foi juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos representando o Liechtenstein, ao comentar o dispositivo convencional aqui mencionado, o **art. 27 do Tratado dos**

²⁶ *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871, (julgadores: Charles Francis Adams, Federico Sclopis, Jakob Stämpfli, Visconde de Itajubá [Marcos Antonio de Araújo e Abreu]), *in* United Nations Reports of International Arbitral Awards, v. XXIX, New York: United Nations, pp. 125-134; Georg Friedrich von MARTENS. *Nouveau Recueil Général de Traités, Conventions et autres Transactions Remarquables*, Göttingen: Dieterich, v. 20, p. 767 ss.

²⁷ *Greco-Bulgarian Communities Advisory Opinion*, PCIJ (Permanent Court of International Justice), 1930, Series B, n. 17, 32: “This proposition seems now to be so well understood and so generally accepted, that it is not deemed necessary to make citations or to adduce precedents in its support”.

Tratados (Convenção de Viena de 1969), “*nega que um Estado possa invocar as disposições de seu direito interno para evitar a responsabilidade pelo cumprimento de suas obrigações de tratado e, em particular, para justificar o não cumprimento de um tratado*”.²⁸

Assinado o tratado pelo Estado soberano e ratificado conforme os termos do mesmo tratado, depositado o instrumento de ratificação na respectiva Secretaria, o país aderente se obriga perante todos os demais signatários do tratado, a cumprir e fazer cumprir o tratado em seu território soberano.

É a aplicação do direito como instituição, de que nos fala **OTA WEINBERGER**.²⁹ Isto significa que os tratados internacionais têm natureza de texto normativo institucional, de cumprimento obrigatório pelos Estados signatários, corolário do preceito *pacta sunt servanda*,³⁰ que não se aplica somente no direito privado, mas em todas as searas do direito que, no caso aqui estudado, é o direito internacional público. Sem essa institucionalização, notadamente no direito internacional (público e privado), haveria indesejável descompasso e desequilíbrio no cumprimento dos tratados e convenções internacionais.

O mercado internacional, seja em que área for, só terá equilíbrio e fará sentido se os países signatários cumprirem e fizerem cumprir

²⁸ No original: “*It denies that a State can invoke the provisions of its internal law to avoid responsibility for the observance of its treaty obligations and in particular to justify its failure to perform a treaty*” (Mark E. VILLIGER. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, coment. art. 27, B, n. 4, p. 371).

²⁹ Ota WEINBERGER. *Norm und Institution: eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Wien: Manzsche, 1998, *passim*; *idem*. *Law, Institution and Legal Politics*. Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers, 1991, p. 259; Ota WEINBERGER e Donald Neil MACCORMICK. *Pour une théorie institutionnelle du droit: Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris/Bruxelles: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ)/Kluwer Belgique, 1992, *passim*.

³⁰ Mark E. VILLIGER. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, coment. art. 27, A, n. 1, p. 371.

em seu direito interno as bases e as disposições de tratado ou convenção internacional.

Por essa razão é de suma importância o respeito e o cumprimento do **art. 27 da Convenção de Viena**.

O Brasil não fez nenhuma reserva quanto ao **art. 27 da Convenção de Viena**, fazendo-o apenas quanto aos **arts. 25 e 66**. Apenas dois Estados signatários da convenção se reservaram quanto ao referido **art. 27**: Costa Rica e Guatemala.

Isto significa que o Brasil não pode opor seu direito interno ao disposto no tratado, como pretexto para descumpri-lo, circunstância que é justamente o cerne das disputas doutrinárias e jurisprudenciais que estão se travando acerca do tema.

A corrente restritiva entende que, se o direito interno brasileiro (códigos, leis infraconstitucionais etc.) estiver em desacordo com texto de tratado ou convenção internacional de que o Brasil seja signatário, de conformidade com o **art. 27 da Convenção de Viena** o País terá descumprido seus compromissos perante os demais signatários do tratado ou convenção, mas isto não interferiria nos resultados internos da aplicação de nossa legislação, mesmo que contrarie os compromissos brasileiros com Estados estrangeiros.

Na verdade, a dar-se esse raciocínio como válido e aplicável entre nós, ao invés de afirmar nossa soberania enquanto Estado, estar-se-ia sinalizando para a conclusão de não seriedade do País, que não respeita nem faz respeitar os compromissos internacionais por ele assumidos, além, é claro, de trazer desequilíbrio nas relações internacionais. Por isso, a nosso juízo, não se pode permitir que a legislação interna brasileira superveniente possa “revogar” dispositivo de tratado ou de convenção internacional.

Defende a corrente preponderante no direito internacional público que, por *direito interno* se entende toda a legislação, estatutária e

ordinária, inclusive a constitucional. É a cláusula de supranacionalidade em seu sentido mais amplo.^{31 e 32}

Há regra básica de direito internacional público no sentido de que artigos e termos de tratado internacional somente podem ser revogados pelo instituto de *denúncia* e não pela legislação interna do Estado signatário,³³ conforme disposto nos **arts. 42 e ss. da Convenção de Viena de 1969**.

Decorre dessa premissa que o preceito de “lei posterior revoga a anterior” não pode ser invocado para afirmar-se a revogação de dispositivo convencional no Brasil, por lei ordinária posterior. Nada obstante, esta tese da revogação do tratado por lei ordinária federal posterior já foi outrora aplicada no Brasil pelo STF.³⁴

³¹ “*A State's internal law encompasses not only the constitution, but also statutory and ordinary legislation*”. (Mark E. VILLIGER. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, coment. art. 27, B, n. 5, p. 372). (tradução livre: “O direito interno do Estado signatário compreende não somente a Constituição, mas a legislação estatutária e ordinária”).

³² Hildebrando ACCIOLY. *Tratado de direito internacional público*, v. I, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Gráfica do IBGE, 1956, pp. 547/548; Haroldo VALLADÃO. *Direito internacional privado em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos*: v. I (*Introdução e Parte Geral*), 3.^a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971, p. 96.

³³ Valério de Oliveira MAZZUOLI. *O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas*, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 154 [2002], p. 26); *idem*. *Direito dos Tratados*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, Parte V, Capítulo I, n. 2.3, p. 399.

³⁴ STF, Pleno, RE 80004-SE, rel. orig. Min. Xavier de Albuquerque (vencido), rel. p/ acórdão Min. Cunha Peixoto, j. 1.6.1977, m.v., DJU 29.12.1977, p. 9433; RTJ 83/809; RF 267/27. Nessa decisão se entendeu que o tratado ingressa no direito interno brasileiro como “lei ordinária”, de sorte a permitir que lei ordinária posterior revogue lei ordinária (tratado) anterior. Estava em discussão, nos autos do recurso extraordinário, as Convenções de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, de 7.6.1930 (no Brasil: DLeg 54/1964, D 57663, 24.1.1966) e a superveniência do Decreto-lei n. 427, de 27.1.1969 que estabelece como requisito de validade da cambial seu registro no departamento competente. Ver comentário a essa decisão em: José Francisco REZEK. *Direito dos tratados*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, n. 394, p. 471 e ss. Em sua opinião no local aqui citado, REZEK qualifica esse entendimento da possibilidade de o tratado poder ser revogado por lei federal brasileira posterior (*lex posterior derogat priori*), como “**ideia abstrusa**”, opinião que manteve em outra passagem de seu pensamento (José Francisco REZEK. *O transporte aéreo internacional ante a Justiça no Brasil*, in “*Revista do Advogado da AASP [Associação dos Advogados de São Paulo]*”, n. 142, p. 32).

Saliente-se, por oportuno, que ao menos uma lei complementar brasileira dispõe expressamente sobre o tema, conferindo preeminência ao tratado internacional, que é subordinante em face da legislação infraconstitucional brasileira (subordinada). Referimo-nos ao **CTN 98**: “*Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha*”.³⁵

Entre as três principais correntes sobre a resolução do conflito entre tratado e legislação interna brasileira – (i) prevalência do tratado sobre a CF e legislação infraconstitucional (***supranacionalidade***);³⁶ (ii) prevalência do tratado sobre a legislação federal infraconstitucional, mas não sobre a CF (***supralegalidade***);³⁷ (iii) tratado e lei federal têm a mesma qualidade e o mesmo regime jurídico (aplica-se o preceito *lex posterior derogat priori* e/ou *lex specialis derogat legi generali*) –, o Supremo Tribunal Federal, em entendimentos recentes, voltou a posicionar-se pela tese intermediária, da ***supralegalidade***, colocando o tratado abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, seja ela codificada ou não.^{38 e 39}

³⁵ O STF reconheceu que o Código Tributário Nacional (L 5172, de 25.10.1966) foi recepcionado pela CF como *lei complementar*, que só pode ser modificada por outra lei complementar (STF, Pleno, RE 93850-MG, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 105/194-200).

³⁶ Hildebrando ACCIOLY. *Tratado de direito internacional público*, v. I, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Gráfica do IBGE, 1956, pp. 547/548; Haroldo VALLADÃO. *Direito internacional privado em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos*: v. I (*Introdução e Parte Geral*), 3.^a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971, p. 96.

³⁷ “*Assim, em nosso entender, os tratados internacionais comuns ratificados pelo Brasil situam-se em um nível hierárquico intermediário: estão abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior, posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais*” (Valério de Oliveira MAZZUOLI. *O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas*, in Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, v. 154 [2002], p. 26); *idem*. *Direito dos Tratados*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, Parte V, Capítulo I, n. 2.3, p. 399.

³⁸ Afirmando o primado do tratado internacional sobre a legislação ordinária interna do Brasil: STF, 3.^a T., RE 58713 (RTJ 39/450); STF, RE 70356, rel. Min. Bilac Pinto, j. 19.5.1971 (RTJ 58/744); STF, Pleno, RE 71154-PR, rel. Min. Oswaldo Trigueiro (RTJ 58/70).

³⁹ STF, Pleno, RE 636331-RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.5.2017, m.v., DJUe 13.11.2017. Este julgamento de mérito ratificou o entendimento fixado em Repercussão Geral (**Tema 210**)

Dizemos que o STF voltou a posicionar-se porque, num primeiro momento afirmou a primazia do tratado e da convenção internacional sobre o direito interno para, posteriormente, dar àqueles natureza de “lei ordinária” (quando aprovados pelo Congresso Nacional por DLeg e mandados executar por D do Presidente da República), fazendo com que, em pé de igualdade com a legislação interna, pudessem ser por ela superados pela superveniência de lei nova que conflite com o texto internacional.

Por último, modificou novamente sua jurisprudência, voltando ao posicionamento anterior, para afirmar a supralegalidade dos tratados e convenções internacionais, colocando-os, no plano da hierarquia dos textos normativos internos, em posição intermediária entre a CF e a legislação infraconstitucional, ou seja, tratados e convenções internacionais são “menos” do que a CF, mas são “mais” do que a legislação infraconstitucional.

Esta mais recente posição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, intermediária, da supralegalidade dos tratados e convenções internacionais, foi determinada quando do julgamento do mérito do **Tema 210**, afirmado em sede de Repercussão Geral, julgamento do mérito esse onde restou fixada a tese seguinte: “*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*”.⁴⁰

A conclusão que se pode extrair do exame da validade, vigência, eficácia e natureza jurídica dos tratados e convenções internacionais perante o direito brasileiro, é de que seu texto prevalece sobre a legislação infraconstitucional brasileira, codificada ou não.

firmado no Ag 762184-RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 23.10.2009, v.u. O Pleno deu provimento ao Ag 762184 (RG) transformando-o em RE 636331, com a mudança de relator.

⁴⁰ O entendimento exteriorizado em repercussão geral (**Tema 210**), foi reafirmado no julgamento do mérito do recurso excepcional: STF, Pleno, RE 636331-RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.5.2017, m.v., DJUe 13.11.2017.

Recentes decisões do STF sobre a aplicação do **Tema 210** a outras questões que não foram tratadas no RE 636331-RJ, e que, portanto, não se encontrariam abarcadas pela tese ali firmada, têm provocado certa perplexidade na comunidade jurídica, perfeitamente explicável.

Explicável porque o STF somente faz incidir a tese fixada no **Tema 210**, se a hipótese tratada na ação ou recurso que lhe chega para julgamento, for **rigorosamente idêntica** à da tese de que estamos falando. Ignora completamente a discussão sobre a qualidade em que os tratados e convenções internacionais ingressam no direito interno brasileiro.

Essa aplicação do **Tema 210** somente se a hipótese em julgamento for rigorosamente idêntica à tese nele firmada, nos faz lembrar do vetusto mecanismo do processo romano no período das *legis actiones*, de forte rigidez formal para que se pudesse alcançar a tutela jurisdicional: a medida era indeferida pelo julgador se o requerente não tivesse seguido, recitado, descrito com palavras, **rigorosamente**, as ações pré-estabelecidas para que isso fosse possível. Além, é claro, de significar, direta ou indiretamente, que estamos a tratar de espécie do gênero “jurisprudência defensiva” do STF, mecanismo esse que o CPC em vigor rejeitou.

De acordo com a *ratio decidendi* do julgamento do mérito do **Tema 210**, todas as questões relativas à responsabilidade civil no transporte aéreo internacional estão sujeitas à tese afirmada pelo STF e, portanto, devem ser reguladas pelos dispositivos previstos na **Convenção de Montreal**, incluídas aqui as questões relativas a atraso e cancelamento de voo, prazos de prescrição de pretensão indenizatória e demais dispositivos convencionais.

A **CF 178**, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 1995, dispõe: “**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*”. No tema dos transportes aéreos internacionais, há ainda um reforço normativo adicional: nossa Constituição subordina ***expressamente*** a legislação interna brasileira aos tratados e convenções internacionais,

São duas as conclusões a que se pode chegar sobre esse tema:

a) tratados e convenções de *direitos humanos*, de que o Brasil seja signatário, aprovados pelo Congresso Nacional na forma e pelo processo legislativo de emenda constitucional, ingressam no direito brasileiro como **texto normativo constitucional**, valendo e produzindo eficácia de norma constitucional (CF 5.º § 3.º);

b) tratados e convenções internacionais *em qualquer área*, salvo direitos humanos, de que o Brasil seja signatário, aprovados pelo Congresso Nacional (decreto legislativo) e mandado executar pelo Presidente da República (decreto), ingressam no direito brasileiro como **texto normativo supralegal**, abaixo da Constituição Federal, mas acima das leis infraconstitucionais, codificadas ou não.

Por isso os tratados internacionais sobre o tema dos transportes aéreos internacionais (**Convenção de Varsóvia [1929]** e **Convenção de Montreal [1999]**), vigoram no Brasil com eficácia acima do Código Civil (L 12406/2002), do Código de Defesa do Consumidor (L 8078/1990), do Código Brasileiro de Aeronáutica (L 7565/1986) e das demais leis infraconstitucionais.

6. A CONVENÇÃO DE MONTREAL (1999) NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA. CONTRATO INTERNACIONAL.

Um importante autor austríaco, **OTA WEINBERGER**, de quem já falamos acima, pensa o direito a partir da *visão institucional* de seus elementos e, ao mesmo tempo e bem por isso, trabalha a **funcionalidade** da atuação de cada personagem no mosaico da vida jurídica, bem como da razão de ser dos institutos jurídicos, nos chama a atenção para o fato de que *“toda comunidade está estruturada na representação de um papel que envolve imperativos morais, expectativas e ideais de justiça e, nesse contexto, a questão do equilíbrio de papéis como problema da justiça está sempre em discussão”*⁴¹, para que não se inviabilizem os papéis que cada setor de atividade pretende e pode desempenhar, sem contudo correr-se o risco de confusão jurídica nas balizas de segurança jurídica necessárias a cada atividade.

Os organismos internacionais que subscrevem tratados e convenções internacionais, para padronizar condutas e organizar o sistema de segurança jurídica, quanto ao ponto de análise que destacam (no nosso caso a atividade de transporte aéreo internacional), visam a exatamente isso: apresentar à comunidade jurídica internacional a solução jurídica institucionalizada para um problema que não é interno de um país, mas repercute em todos os aspectos dessa determinada atividade, com suas peculiaridades econômicas e implicações globais, que devem ser conhecidas e respeitadas para que todos possam funcionalmente desempenhar seus papéis, sem o impacto da diversidade dos costumes, das normas e das implicações jurídicas de certos fatos, reverberados em cada um dos sistemas jurídicos dos países signatários.

⁴¹ Ota WEINBERGER. *Law, Institution and Legal Politics*. Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers, 1991, p. 259; Ota WEINBERGER. *Norm und Institution: eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Wien: Manzsche, 1998, *passim*.

As Convenções Internacionais contêm, por isso, aquilo que, em feliz expressão, **JOSÉ FRANCISCO REZEK** definiu como a *completude do escopo da convenção*⁴², que reflete sua essência. A Convenção de Montreal tem como escopo, justamente, a finalidade de fazer cessar a insegurança jurídica que pairava sobre as consequências do inadimplemento, total ou parcial, do contrato de transporte aéreo internacional que, em virtude da diversidade dos sistemas jurídicos dos países signatários, criava espaço para soluções diversas, que impactavam negativamente a importante e indispensável atividade econômica do transporte aéreo internacional.

O Brasil, desde o advento do CDC, passou aplicar para os contratos de transporte internacional as soluções do direito interno brasileiro, do consumidor, impondo aos contratos de transporte aéreo internacional de passageiros um regime legal muito mais rigoroso do que aqueles previstos na Convenção de Montreal e isto despertou a reação da comunidade científica, como no dizer de REZEK: *“o comportamento errático do foro, no que forja a insegurança para toda a comunidade de jurisdicionados – não apenas para as empresas aéreas transportadoras – tende a ser catastrófico para estas últimas e paradoxalmente lesivo aos próprios usuários. No propósito de atribuir ao consumidor local o máximo de proteção prevista no código, juízes ignoram a completude do escopo da convenção e criam um ambiente de instabilidade jurídica. Isso afugenta investidores e reduz a concorrência, resultando em um mercado mais caro e menos competitivo - além de nenhuma companhia sentir-se capacitada a ofertar em solo brasileiro, diferentemente do que se vê lá fora, passagens aéreas a baixo custo”*.⁴³ (grifamos)

Pois bem. Com o mesmo vigor teórico com que o sistema legal brasileiro viu surgir o sistema de proteção do direito do consumidor, que tinha e tem sentido próprio e importantíssimo, a Ciência do Direito constantemente exerce a função institucional de desafiar a Economia a tratar as finanças como elemento de concórdia nas relações; como forma de revelar um

⁴² José Francisco REZEK. *O transporte aéreo internacional ante a Justiça no Brasil* in Revista do Advogado da AASP (Associação dos Advogados de São Paulo) n. 142, p. 32.

⁴³ José Francisco REZEK. *O transporte aéreo internacional ante a Justiça no Brasil* in “Revista do Advogado da AASP Associação dos Advogados de São Paulo”, n. 142, pg. 32.

termo final pacificador, conciliador, nas questões que demandam a necessidade de pensar sobre que ética impõe-se àquele que deve prestar algo para se desobrigar, num contexto próprio de implicações econômicas e jurídicas que impactam violentamente certos setores de atividade econômica, exatamente como ocorre com os contratos de *transporte aéreo internacional de pessoas e bagagens e cargas*.

São esses os dois contrapontos vigorosos que se apresentam em casos do embate entre indenizar sem culpa e deixar sem reparação quem sofreu perda: referimo-nos, por exemplo, quanto ao que sofreu prejuízo, às situações de risco social que acabaram por identificar a noção social da culpa como algo insuficiente para abarcar todas as hipóteses que demandam solução jurídica, pois não encontram saída no sistema da responsabilidade subjetiva, bem como o custo da indenização que se deve àquele que sofreu perda. Em que proporção ela se impõe?

A questão posta é: quem assume o ônus da reparação de danos nas hipóteses em que não é possível identificar-se o culpado por eventual ação ilícita; ou quando não é possível ao menos identificar-se ilicitude de conduta? É correto impor à vítima do dano, igualmente inocente, o ônus de suportar, sozinha, as consequências de um dano causado por outrem?⁴⁴

A resposta a essas perguntas sempre trouxeram um travor para as relações de consumo e para todas as situações jurídicas albergadas sob o *sistema da responsabilidade objetiva* – e em nosso estudo especificamente – no embate dos interesses do exercício da atividade pelo empresário e das surpresas do serviço mal prestado ou do produto com defeito, que causam prejuízo para a vítima do dano.

O conflito entre textos normativos da **Convenção de Montreal de 1999**⁴⁵ – de que o Brasil é signatário com outros 139 países –, em

⁴⁴ Mário Moacyr PORTO. *O ocaso da culpa como fundamento da responsabilidade civil*, in *Temas de responsabilidade civil*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989, *passim*.

⁴⁵ **Convenção de Montreal sobre Transporte Aéreo Internacional, de 29.5.1999**, da qual o Brasil é signatário. Aprovada pelo Poder Legislativo brasileiro, entrou em nosso direito interno

face do CDC (**L 8078/1990**) tem, segundo alega a **CONSULENTE**, sido causa de os tribunais do país negarem vigência a normas e a princípios previstos em tratados internacionais sobre *responsabilidade civil do transportador aéreo*, internacionalmente consideradas adequadas e próprias para as peculiaridades das atividades desenvolvidas pelo setor.

A **Convenção de Montreal** tem específico espectro de atuação: ela se destina a regular o **transporte aéreo *internacional***, ou seja, aquele que tem ponto de início em um Estado e final em outro; início num Estado, final no mesmo Estado, mas com trânsito por outro Estado; início num Estado, escala ou parada noutro Estado, ainda que um dos países não seja Estado-parte na Convenção. Por “*international carriage*”, expressão constante da versão em inglês do **art. 1.º da Convenção de Montreal**, deve-se entender: “*o transporte, o ato de mover algo de um lugar para outro*”.⁴⁶

É este transporte aéreo internacional que tem regulação na **Convenção de Montreal, de 1999**, que complementa e atualiza a **Convenção de Varsóvia, de 1929**, também em vigor e aplicável ao transporte aéreo internacional.

A *contrario sensu* do disposto no **art. 1.º da Convenção de Montreal**, verifica-se que seus dispositivos não se aplicam às hipóteses de *transporte aéreo nacional*. Ainda que, por exemplo, o passageiro adquira um bilhete aéreo para um trecho nacional e outro para o trecho internacional, se o acidente de consumo ocorrer durante o primeiro trecho (nacional), não se aplica a este caso a Convenção de Montreal, pois nessa hipótese é considerado como transporte nacional.

Assim é o entendimento de autorizada doutrina:

por força do **Decreto-Legislativo n. 59, de 18.4.2006**, promulgado e mandado executar em todo o território nacional por ato do Presidente da República – **Decreto n. 5910, de 27.9.2006** (DOU 28.9.2006).

⁴⁶ “ (...) *carriage is transportation, the act of moving something from one place to another*” (Elmar GIEMULLA e Ronald SCHMID (editores). *Montreal Convention Annotated by Elmar GIEMULLA, Ronaldo Schmid, Wolf MÜLLER-ROSTIN, Regula DETTLING-OTT and Rod MARGO*, Alphen aan den Rijn (The Netherlands): Wolters Kluwer Law International, 2014, coment. de Elmar GIEMULLA sob n. II, A, n. 2, ao art. 1.º, suplemento de dezembro de 2014).

*“A tradução alemã da expressão. ‘stipulations des parties’ usada pela versão francesa autêntica da Convenção de Varsóvia deixa isso perfeitamente claro, mas a tradução inglesa usa a palavra ‘contrato’ e, portanto, a suposição é de que o acordo deve fazer parte do contrato de transporte. O Protocolo de Haia abandonou a palavra ‘contrato’ e a substituiu por ‘acordo’, expressão mantida pela Convenção de Montreal, que permite inferir que o acordo não precisa fazer parte de um contrato de transporte. No entanto, algum tipo de acordo para transporte internacional é essencial; caso contrário, a Convenção de Montreal não se aplicará. Por exemplo, se um passageiro sofrer um acidente durante um voo doméstico usando um bilhete emitido apenas para este voo, a Convenção de Montreal não se aplicará, embora o passageiro pretenda embarcar posteriormente em uma conexão internacional usando um bilhete separado; nesta situação, a transportadora não poderia saber que a viagem do passageiro como um todo constituía transporte internacional e, portanto, não existe acordo para transporte internacional”.*⁴⁷

⁴⁷ *“The German translation of the expression. “stipulations des parties” used by the authentic French version of the Warsaw Convention makes this perfectly clear, but the English translation uses the word “contract” and therefore the assumption is that the agreement must form part of the contract of carriage. The Hague Protocol dropped the word “contract” and replaced it with “agreement”, an expression retained by the Montreal Convention, which permits the inference that the agreement need not form part of a contract of carriage. However, some sort of agreement for international carriage is essential; otherwise the Montreal Convention will not apply. For example, if a passenger has an accident during a domestic flight using a ticket issued for this flight only, the Montreal Convention will not apply notwithstanding that the passenger later intended to board an international connection using a separate ticket; in this situation the carrier could not have known that the passenger’s journey as a whole constituted international carriage and therefore no agreement for international carriage exists” (Elmar GIEMULLA e Ronald SCHMID (editores). Montreal Convention Annotated by Elmar GIEMULLA, Ronaldo Schmid, Wolf MÜLLER-ROSTIN, Regula DETTLING-OTT and Rod MARGO, Alphen aan den Rijn (The Netherlands): Wolters Kluwer Law International, 2014, coment. de Elmar GIEMULLA sob n. I, C, n. 9, ao art. 1.º, suplemento de dezembro de 2014).*

Dano, no sentido da **Convenção de Montreal de 1999**, engloba também o dano moral. Contudo, estipula ser vedada condenação do transportador em dano presumível, hipotético, exemplar, punitivo, ou sob qualquer outra rubrica que não seja de dano efetivo, compensatória, portanto. Este é o texto, *verbis*:

*“Artigo 29 – Fundamento das Reclamações. No transporte de passageiros, de bagagem e de carga, toda ação de indenização de danos, seja com fundamento na presente Convenção, em um contrato ou em um ato ilícito, seja em qualquer outra causa, somente poderá iniciar-se sujeita a condições e limites de responsabilidade como os previstos na presente Convenção, sem que isso afete a questão de que pessoas podem iniciar as ações e quais são seus respectivos direitos. **Em nenhuma das referidas ações se outorgará uma indenização punitiva, exemplar ou de qualquer natureza que não seja compensatória**”.*⁴⁸ (grifamos)

Essa proibição incide tanto nos casos em que o autor da ação pleiteia a condenação do transportador a pagar quantia sob o fundamento de *danos punitivos*, quanto nos casos em que essa iniciativa é do próprio julgador (Poder Judiciário ou Tribunal Arbitral). Não se indeniza o não-dano. Punir o transportador para que não mais tenha o procedimento que o autor entende reprovável, como exemplo para ele e para outros transportadores, é inadmissível.

Interessante notar que, como já dissemos acima, o direito brasileiro não conhece e não admite a condenação de alguém a título de exemplo, nem a danos punitivos. O **CC 944** determina que a indenização se mede pela extensão do dano, contendo, portanto, dois preceitos

⁴⁸ Este é o texto oficial, publicado como Anexo ao **D 5910, de 27.9.2006** (DOU 28.9.2006). No texto oficial em inglês fica ainda mais clara a inadmissibilidade de indenização a título de dano punitivo, exemplar, hipotético: “**Art. 29. Basis of Claims.** In the carriage of passengers, baggage and cargo, any action of damages, however founded, *whether under this Convention or in contract or in tort of otherwise, can only be brought subject to the conditions and such limits of liability as are set out in this Convention without prejudice to the question as to who are the persons who have the right to bring suit and what are their respective rights. In any such action, punitive, exemplary or any other non-compensatory damages shall not be recoverable”.*

importantíssimos: a) existência de dano efetivo; b) limite da indenização à extensão (quantidade) do dano.

Consequentemente, *danos punitivos*, *danos a título de exemplo*, que na verdade não são danos, pois não se está a falar de dano efetivo, concreto, aferível patrimonialmente.

Nesse passo, o espírito e o texto do art. **29 da Convenção de Montreal** se identifica harmonicamente com o direito positivo brasileiro, que só admite indenização de dano concreto, efetivo, tratando como não indenizável o dano hipotético, o dano punitivo e o dano exemplar.

7. REPARAÇÃO DE DANOS. O DANO MORAL: SEU CONTEÚDO E VALORAÇÃO

A obrigação está intimamente ligada à evolução econômica e é um aspecto do crédito: a *obrigação* é o crédito considerado sob o ponto de vista jurídico; o *crédito* é a obrigação considerada sob o ponto de vista econômico-jurídico da vantagem do credor. Obrigações convencionais abrangem “*o crédito do credor; o débito do devedor; o conjunto da obrigação; o fundamento do vínculo*”.⁴⁹

O inadimplemento de qualquer obrigação põe em movimento o *sistema de responsabilidade civil*, que tem nuances próprias em cada caso que se apresente para solução jurídica.

A lei determina a fixação do sistema de responsabilidade objetiva em várias hipóteses e, como já dissemos, nas hipóteses de *contrato de transporte* por quatro razões já consideradas:

- a) de danos consequência do exercício de **atividades perigosas** e de contratos que envolvam o risco da atividade (**CC 927 par. ún.**);
- b) em casos de o contrato vir a ser celebrado **por adesão (CDC 53)**, quando a doutrina entende ser possível invocar-se o sistema contratual do CDC, em procedimento denominado de ultra-atividade da teoria geral dos contratos do CDC;
- c) por ser o contrato de transporte típico **de resultado**;
- d) por ser o contrato de transporte, espécie de **contrato de consumo**.

Há outros sistemas (ex: **CF 37 § 6.º**) e outros subsistemas (ex: de direito ambiental) derivados desses dois sistemas principais, que se

⁴⁹ Tito FULGÊNCIO, *Das modalidades das obrigações*, in PAULO DE LACERDA (coordenador). *Manual do Código Civil*, v. X, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916/1934, p. 16.

encontram tanto na Constituição Federal, quanto no Código Civil, como em leis extravagantes, com algumas outras peculiaridades.

O contrato internacional de transporte aéreo de pessoas e de bagagem é desse tipo, que desafia a invocação de um sistema todo próprio.

Ao enfrentar-se a questão da indenizabilidade dos danos sofridos pelos passageiros, pessoalmente e em suas bagagens, enfrenta-se igualmente o problema jurídico (de “quem”, “como” e “por que razão” paga) sob três ângulos:

a) o aspecto *fático* – se a conduta alegada realmente ocorreu e se ela é a causa do resultado “*dano*”;

b) o aspecto da *antijuridicidade da conduta* (ainda que esse ilícito seja visto sob seu aspecto objetivo) e,

c) depois, sobre um outro aspecto mais difícil: o dano há de ser integralmente ressarcido, ou o sistema jurídico brasileiro convive com a possibilidade de tarifação da indenização, quer do dano dito “moral”, quer do dano dito “material”?

Bem por isso, a **CONSULENTE** também nos indaga sobre se o dano moral precisa ser provado, se ele é ressarcível e se o sistema brasileiro admite a tarifação da indenização do dano moral, ou se a fixação da indenização pode ser determinada com finalidade punitiva, ou dissuasória, sem prova da ocorrência do dano.

Nosso sistema jurídico permite sejam cumuláveis os pedidos de indenizações por dano moral e patrimonial (**STJ 37**), pois visam ao ressarcimento do sujeito pela perda de bens jurídicos diferentes, por fundamentos distintos. No sistema das relações de consumo ocorre o mesmo fenômeno, pois o **CDC 6.º VI** resguarda a efetiva prevenção e reparação de danos das mais distintas naturezas (patrimoniais, ditos “morais”, coletivos, materiais, imateriais), prescrevendo, por conseguinte, a possibilidade de indenização cumulada dos danos patrimoniais com os danos ditos “morais”.

A indenizabilidade do dano moral está consagrada na **CF 5.º V e X**, que assegura sua reparação quando do ato ilícito decorrer agravo à honra e à imagem ou violação à intimidade e à vida privada. A reparação do dano moral também está prevista no CC, especialmente nos **CC 953 e 954**, que versam sobre a reparação da injúria, da calúnia e da difamação e, ainda, prevista em outras leis federais.

O direito brasileiro qualifica como *dano moral* aquele dano cujas consequências se pode depois neutralizar com indenização de índole civil, traduzida em dinheiro, embora a sua própria configuração não seja, necessariamente, de dano material.

Tendo em vista os sistemas de responsabilidade civil insertos em nosso ordenamento jurídico de direito privado, temos que a prática do ato ilícito coloca o que sofreu o dano em posição de recuperar, da forma mais completa possível, a satisfação de seu direito, recompondo o patrimônio lesado do titular prejudicado. O patrimônio – *material e imaterial* – diminuído pelo dano efetivo, deve ser recomposto para que o patrimônio do lesado volte ao *status quo* anterior.

Uma das questões delicadas, no caso deste estudo, entretanto, está ligada à vigência e efetividade da **Convenção de Montreal** em nosso ordenamento jurídico, de sorte a fazer incidir a tarifação da indenização, também, para o caso de dano moral, sem que se possa especificar a natureza do dano, de sorte a permitir-se que se invoque o direito de uma outra natureza de indenização, suplementar e não tarifada.

Imediatamente, impõe-se considerar que – embora a reparação constitua o ato pelo qual alguém está obrigado a restabelecer o *status quo ante* daquele que se viu apequenado pelas perdas e danos –, no sistema convencional de Montreal, é possível limitar-se o “*quantum*” indenizatório, de todas as perdas e danos resultantes dos episódios nefastos que o dano (quer de expressiva e evidente natureza material e argentária; quer evidenciador de um perdimento de ordem imaterial, ou sentimental) provocou.

Mas, como dissemos antes, é justamente nessa institucionalização da tarifação, aceita por países signatários da **Convenção de Montreal**, que reside o *equilíbrio de papéis como problema da justiça*, de que nos fala OTA WEINBERG.

Há um papel a desempenhar (atividade de transportar por meio aéreo, coisas, pessoas, bagagens e cargas), que não se compadece de suportar o sistema da indenizabilidade integral e isso ficou reconhecido pela **Convenção de Montreal**, subscrita pelo Estado soberano da República Federativa do Brasil, em mecanismo de direito internacional que reconhece as peculiaridades dessa atividade econômica, de máxima importância para o comércio internacional.

Outra questão, também delicada e que se soma à tarifação da indenização por perda de bagagem, é a relativa à indenizabilidade decorrente de cancelamentos e atrasos de voo, quando ausente o nexo de causalidade. Estes eventos estão igualmente abrangidos pelo regulamento da **Convenção de Montreal** no que tange aos danos de qualquer natureza (patrimonial e moral). A indenizabilidade do dano pressupõe o fato, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano. Ausente o nexo de causalidade, não há indenizabilidade, como é curial.

Na hipótese de ser impossível restaurar as coisas conforme seu estado original, se diz que a reparação deve ser entendida como ato de indenizar, de compensar, de ressarcir.⁵⁰

Pois bem. O dano moral pode ser conceituado como a dor em função da conduta contrária ao direito, ou, tecnicamente, como o efeito moral da lesão a interesse juridicamente protegido, como a dor, o trauma e o sofrimento suportados. Estaria ligado à *dor*, às *ofensas*, à *moral*, ao *decoro*, à *paz interior*

⁵⁰ Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO FILHO. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 40-47. Para o conceito de privacidade e, portanto, para a compreensão do espectro alargado das situações que podem gerar danos morais, ver João Carlos ZANON. *Direito à proteção dos dados pessoais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, n. 2.3, p. 56.

*de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos, à liberdade, à vida.*⁵¹
Prefere-se, entretanto, outra conceituação para os chamados “danos morais”.

Nosso entendimento é de que o dano moral assim se qualifica porque os bens aviltados pelo fato que se lhe aponta como causa estão reunidos na natureza humana e compõem as essências, potências e atos da humanidade do ser, ou seja, do homem.

Esses danos podem, ou não, ter repercussão econômica, mas sempre serão patrimoniais, ainda que imateriais. Observe-se a diferença de duas hipóteses: (a) alguém teve um trabalho escrito seu, fraudulentamente copiado, por alguém que se pôs a dizer seu autor. O bem atingido, nesse caso, é a potência intelectual do autor, que invoca ser vítima do fraudador. Há danos morais para serem indenizados, com repercussão econômica (o autor não recebeu direitos autorais que foram, entretanto, recebidos pelo plagiador) e sem repercussão econômica (não pode o legítimo autor do texto merecer as glórias de seu trabalho).

Nesses casos, a indenização pode, sim, vir em forma de compensação econômica por ambos os acontecimentos derivados da ilicitude, **sem que se deva** qualificar essas consequências como de dano patrimonial e não patrimonial. Todos os bens estão no patrimônio da pessoa (do sujeito) e todas as lesões aos bens do sujeito (quer respeitem aos bens materiais; quer respeitem aos bens componentes da natureza humana – de que, no nosso exemplo, a potência intelectual é uma expressão) são danos patrimoniais.

Por isso **não se pode vislumbrar adequação nas expressões “danos morais” e “danos materiais”**, como realidades opostas, da forma como cotidianamente a jurisprudência utiliza para impor-lhes uma diferença conceptual.

⁵¹ Américo Luís MARTINS DA SILVA. *O dano moral e a sua reparação civil*, 4.ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 246. Nesse sentido, o dano moral tem natureza extrapatrimonial, emocional e simbólica, que se exterioriza pela dor, pelo sofrimento ou pela humilhação, ver Maria Francisca CARNEIRO. *Avaliação do dano moral e discurso jurídico*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 57.

É desse paradoxo que surge outra singular impropriedade, sobre trazer-se à discussão infundáveis argumentos para dizer ser possível que alguém possa ser indenizado por “danos morais” cumulativamente com “danos estéticos”. A cumulação da indenização por danos patrimoniais e morais tem sido afirmada pela pacífica jurisprudência brasileira.⁵² Não é disso que estamos a tratar. Evidentemente, o pedido de indenização por danos deve ser completo, com indicação da extensão de *todos* os danos.

Imagine-se a hipótese de alguém sofrer um acidente de veículo, de cujo fato resulte as seguintes consequências: (a) ferimento cortocontuso na perna com limitação da capacidade de ambular; (b) corte no rosto, com seqüela consistente em cicatriz que enfeia e envergonha a vítima; (c) diminuição do valor do veículo, que precisou ser reparado; (d) perda de um relógio, que foi esmagado por virtude do evento.

Evidentemente, caberá à vítima especificar os bens que perdeu, que foram danificados, para poder demonstrar os danos experimentados e pedir a indenização de suas perdas:

- (a) custo médico-cirúrgico para correção da lesão;
- (b) custo para a compra de material de apoio para ambulância;
- (c) custo das perdas pelo tempo em que durou a convalescença da vítima;
- (d) indenização pela dor física sentida;
- (e) indenização pela vergonha de se ver deformado;
- (f) indenização pelo custo da reforma do carro;
- (g) indenização pela depreciação do veículo;
- (h) indenização pelo valor do relógio perdido;

⁵² É exemplo desse entendimento iterativo de nossos tribunais, a súmula da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça: **STJ 37**: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

- (i) correção monetária;
- (j) juros moratórios;
- (k) custo da contratação de advogado, fisioterapeuta, médicos, psicólogos;
- (l) custo com hospitais, ambulatórios, remédios etc.

Vê-se, desse longo rol, que todos os danos e todas as perdas decorrem do apequenamento patrimonial experimentado pela vítima, quer quanto a bens que compõem seu patrimônio material, quer quanto a bens que compõem seu patrimônio imaterial, quer com relação a bens que estão no círculo de sua titularidade real (carro, disposição e possibilidade de trabalhar, relógio, economias despendidas com gastos a que não deu causa), quer quanto a bens que estão no círculo de sua titularidade natural [potência ambulatoria; potência sensitiva (dor); potência afetiva (vergonha)].

Aqui há danos corporais, anatômicos, estéticos, psicológicos, todos eles podendo ser classificados como *danos morais*, assim como *danos materiais* de diversas ordens.

Tudo isso tem um preço para aquele a quem foi imputado o dano, que responderá por eles, indenizando a vítima com relação a todos os danos e perdas alegados e provados na ação condenatória.

Tanto os atos ilícitos como os fatos e os atos lícitos podem, potencialmente, criar situação de dano moral a alguém e, por isso, conforme tenha sido a causa eficiente do dano, a responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, poderá alcançar reparação por dano moral e material.

Grande dificuldade enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência em matéria de dano moral respeita à mensuração da lesão e, por conseguinte, a fixação do valor da indenização devida à vítima, para recolocá-la no estado anterior.

Isto se deve ao fato de que o dano moral atinge certa esfera do patrimônio do sujeito que imediatamente não é mensurável de maneira argentária, porque os bens lesados ou postos em risco pertencem à esfera da natureza humana, em sua essencialidade, em sua potencialidade, ou na expressão de atos humanos realizados.

O que se busca, então, com a quantificação do dano moral não é a ressarcibilidade do dano em si, pois o dano moral não, em regra, é tarifável,⁵³ é incomensurável,⁵⁴ mas sim formas sucedâneas de valor que, na impossibilidade de suprimir um sofrimento moral, possam oferecer outras alegrias ou estados de bem-estar social e psíquico à vítima, de modo a compensar e equilibrar o dano⁵⁵ ou minorar-lhe ou cessar-lhe os efeitos maléficos.

O juiz atua com arbítrio na fixação da soma devida. A *arbitratu iudicis* leva em conta os seguintes aspectos:

- a) As utilidades perdidas pelo ofendido;
- b) Soma que lhe faculte o gozo de outros confortos, próprios para compensar a perda sofrida ou torná-la menos sensível e dolorosa;
- c) Considerar as peculiaridades de quem recebe a indenização e de quem está obrigado a pagá-la;
- d) Não permitir que a indenização seja fonte de enriquecimento.

⁵³ Matilde M. ZAVALA DE GONZÁLES. *Resarcimiento de daños*, v. II, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 513.

⁵⁴ Jorge MOSSET ITURRASPE. *Responsabilidad por daños*, v. IV, Buenos Aires: Rubinzal, 1985, p. 196.

⁵⁵ Maria Francisca CARNEIRO. *Avaliação do dano moral e discurso jurídico*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, pp. 58-59.

8. PUNITIVE DAMAGES: NÃO HÁ NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL PREVISÃO LEGAL DE INDENIZAÇÃO SEM DANO EFETIVO

Em matéria de responsabilidade civil, frequentemente pode-se incorrer em equívocos, caso não se considerem algumas importantes premissas teóricas do sistema que rege a matéria, no tempo e no espaço de incidência da norma jurídica em questão.

Na maioria dos países ocidentais, cujo direito pertence à família derivada do direito romano (*civil law*), os regimes jurídicos da indenização têm como pressuposto o dano: somente se indeniza o dano efetivo, vedada a indenização de dano hipotético, de dano abstrato, de dano por ficção jurídica.

Por essa razão é que, nesses países, é inadmissível a condenação de alguém a indenizar um dano inexistente, a título de dano *in re ipsa*, dano abstrato, dano hipotético, dano punitivo, dano como lição exemplar.

Há importante decisão de 1992, do Superior Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof – BGH*) que equivale, aproximadamente, ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, reconhecendo a inadmissibilidade de indenização por dano punitivo (*Strafschadenersatz*) no direito alemão decidindo, em consequência, ser inadmissível a homologação de sentença estrangeira que contenha esse tipo de condenação.⁵⁶

No direito japonês, construído com base no direito alemão, igualmente não se admite indenização por danos punitivos.

⁵⁶ BGHZ (Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen), periódico, Köln: Carl Heymanns Verlag, v. 118 (1992), pp. 312 ss. No sentido de que o direito alemão não admite indenização por danos punitivos ou exemplares, ver, por todos: Volker BEHR. *Strafschadenersatz im deutschen Recht – Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens*, in 'Zeitschrift für das Juristische Studium' (ZJS), periódico bimensal, 2010 (3), pp. 292 ss.

Nos países que têm seu sistema jurídico baseado no direito comum (common law) admite-se a indenização por danos punitivos em casos absolutamente excepcionais.

Nos danos derivados de responsabilidade contratual não são admitidos punitive damages, mas se os admite no regime da responsabilidade extracontratual (torts), como são os caso da Austrália e da Nova Zelândia.

Na Inglaterra e País de Gales foram admitidos os danos punitivos no caso Rookes vs. Barnard, decidido por Lord Devlin, onde se limitou a indenização por exemplary damages apenas a três situações: (i) quando houver conduta opressiva, arbitrária ou inconstitucional de servidores governamentais; (ii) quando a conduta do causador do dano foi calculada de modo a propiciar para ele mesmo lucro ou outro benefício; ou (iii) quando a lei expressamente assim o autorizar.

Mesmo assim, tem havido fortes resistência da doutrina e jurisprudência inglesa e galesa, quanto à aplicação do precedente Rookes vs Barnard, que não tem sido aplicado no Canadá, Nova Zelândia e Austrália. A Corte de Apelação inglesa criticou fortemente a decisão tomada no caso Rookes vs. Barnard, não a aplicando no caso Broome vs Cassell.

O Supremo Tribunal da Nova Zelândia, no caso Couch vs. Attorney-General, decidiu admitir a condenação em danos punitivos apenas e unicamente no caso de o causador do dano haver agido com dolo ou com imprudência, mas excluída a possibilidade de condenação quando tiver agido com negligência.

No direito norte-americano os punitive damages são considerados como um princípio do direito de responsabilidade civil, mas com temperanças. Em alguns estados americanos podem ser determinados pela jurisprudência; em outros, são devidos se houver previsão legal expressa, como na Califórnia e no Texas. Há alguns estados americanos que não admitem e, portanto, proíbem a indenização por danos punitivos, como é, por exemplo, o caso de Washington, Nebraska, Louisiana e Porto Rico.

Trouxemos este breve e superficial panorama da admissibilidade ou não dos exemplary damages nos países de common law, com o intuito de demonstrar que, mesmo nesses países, há bastante controvérsia e relutância em torno da admissibilidade de indenização por punitive damages, controvérsia e relutância essas que ocorrem em virtude de extrapolar o limite do razoável, condenar-se alguém a pagar quantia em dinheiro, ou a fazer ou não fazer, apenas para dar-lhe uma lição, sem que se tenha provado a existência de um dano efetivo a ser indenizado, para recompor o patrimônio do prejudicado ao statu quo ante.

*Entre nós não opera efeito jurídico algum a figura dos **punitive damages**, típica do direito de alguns estados americanos, pois ela não existe no direito brasileiro.*

Não há no direito positivo brasileiro, dispositivo legal algum que autorize a condenação a indenizar a título de exemplo, de punição, de lição. Importar soluções americanas sem a devida contextualização e adaptação ao direito positivo brasileiro, aplicando-as nos casos concretos levados a julgamento, é atitude contra legem, temerária, arbitrária e inconstitucionalmente ativista, fazendo com que as decisões do Poder Judiciário que inflijam essa condenação punitiva, sejam írritas e, portanto, passíveis de anulação por meio de recurso ou de ação rescisória, conforme o caso.

Ao contrário do que ocorre em alguns estados americanos que admitem condenação em danos punitivos, prevalece no Brasil a clássica feição que o direito português repisa: o dano é pressuposto da responsabilidade civil e toda a indenização pressupõe um dano efetivo que possa ser ressarcido em igual medida e proporção pelo patrimônio imputado para essa finalidade institucional de equilíbrio jurídico.

Nesse sentido, **JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO**, em obra monográfica sobre o tema, assim consigna expressamente:

*“Só haverá obrigação de indenizar se ocorrerem os pressupostos da responsabilidade civil. **O primeiro é, necessariamente, o dano.** Não se*

*poderá falar de responsabilidade civil se este não se reproduzir, porque a finalidade precípua da responsabilidade civil é a reparação dos danos.*⁵⁷
[destacamos]

Para que fosse possível o pedido e a condenação em danos punitivos, teria de haver expressa previsão legal nesse sentido, já que com autorização legal para que isso ocorresse, poderia haver condenação em indenizar sem dano, que é pressuposto de toda e qualquer indenização.

Diante do direito positivo brasileiro, os *punitive damages* deveriam ser conceituados como uma espécie de “multa civil”, mas não como indenização de danos.

O projeto de lei que se converteu no Código de Defesa do Consumidor (L 8078/1990) continha dispositivo que previa a indenização aproximada aos *punitive damages*, mas com natureza jurídica de “multa civil”. Multa porque não se tratava de indenizar danos, inexistentes. Embora aprovado o CDC pelo Congresso Nacional, os dispositivos que previam os “*punitive damages*” brasileiros foram vetados pelo Presidente da República,⁵⁸ e,

⁵⁷ José de OLIVEIRA ASCENSÃO. *Concorrência desleal*, Coimbra: Almedina, 2002, n. 106, I, p. 194.

⁵⁸ Este era o teor dos textos vetados: “**Art. 16.** *Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional —BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável. ... Art. 45.* *As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo. ... Art. 52. ... § 3.º* *O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo*”. As razões do veto do Presidente da República: “*O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da "multa civil", sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade*” (Mensagem n. 664, de 11.9.1990, DOU 12.9.1990).

consequentemente, não fazem parte do texto do **CDC**. O direito positivo brasileiro, portanto, não acolheu a adoção do instituto da “multa civil” (indenização sem dano): só se indeniza o dano efetivo (**CC 944**).

*O **dano** é o fato que põe em movimento todo o sistema jurídico de **responsabilidade civil**: sem esse antecedente factual e lógico, não se há de cogitar de indenização, ainda que o dano tenha conteúdo moral e ainda que se queira conceder ao postulante de indenização uma compensação argentária. Ela será sempre compensatória do que efetivamente se perdeu e não terá caráter de punição ou de dissuasão de quem incorreu no ato, ou suporta o fato, que gerou o dano que justifica a indenização.*

*O sistema de responsabilidade civil é lógico e matemático e se destina a dar solução jurídica para as consequências dos **danos** que diminuíram o patrimônio de alguém, de molde a permitir que o outro patrimônio seja imputado para suportar a indenização, por meio de fluxo de recursos que garante o equilíbrio da economia patrimonial e a reposição – em igual proporção – da parte retirada do patrimônio desfalcado.*

Em direito civil não existe pretensão de punir quem quer que seja: a única ocasião em que o sistema admite a prisão civil do obrigado (em caso de dívida de alimentos) leva em consideração um aspecto excepcional – e autorizado pela Constituição Federal – para compelir o inadimplemento da obrigação: é o caso das hipóteses em que a dívida de alimento não é saldada e há risco para a sobrevivência do alimentante.

Fora dessa excepcionalíssima ocasião, todo o movimento de pesos e contrapesos em matéria de responsabilidade civil acontece em ambiente civil de equilíbrio patrimonial, pesado e sopesado em balança.

*Imputar civilmente significa buscar o patrimônio que garante a indenização do dano, **dano** assim considerado como **toda e qualquer forma de apequenamento do patrimônio de quem invoca o prejuízo e indenização buscada na exata proporção da perda.***

O dano pode ter causa imputável a outrem, ou não. No Código Francês: dano é o prejuízo que alguém sofreu e o lucro que deixou de realizar.

*Juridicamente todo dano tem repercussão patrimonial e a ausência de dano justifica o **não** pagamento de indenização.*

Identificada a importância do dano na movimentação do sistema de responsabilidade civil, as perguntas que se impõem são: qual foi a causa do dano, cuja indenização se busca; qual a pertinência que há entre a pretensão de indenização do lesado e o patrimônio imputado; qual o valor, medido e sopesado que se deve tirar de um patrimônio para compensar o outro?

*Por isso as teorias de causalidade são sempre estudadas entre nós, e a mais acolhida é a **teoria da causalidade adequada: este fato é capaz de provocar este dano em sua alegada extensão?***

A ilicitude é um conceito que num primeiro momento parece aludir à conduta contrária de alguém ao comando legal, conduta essa visceralmente ligada a atos culposos e dolosos, de transgressão, lesivos da esfera jurídica de outrem e prejudiciais à segurança da vida jurídica.

PONTES DE MIRANDA refere-se a quatro possibilidades de o termo ilícito ser compreendido:

“A ilicitude pode ser enfrentada como juridicante, isto é:

(a) determinadora da entrada do suporte fático no mundo jurídico para a irradiação da sua eficácia responsabilizadora [...], ou

(b) para a perda de algum direito, pretensão ou ação (caducidade com culpa, como se dá com o pátrio poder [...]), ou

(c) como infratora culposa de deveres, obrigações, ações ou exceções, tal como acontece com toda responsabilidade culposa contratual, ou

(d) *como nulificante [...]*”⁵⁹

À luz do **CC 186** e **927**, entretanto, o ilícito é fundamentalmente a causa de uma imputação, que gera o dever de indenizar. Por isso a ideia de ilicitude, nesse aspecto mais amplo, está ligada a outra que lhe é correlata, qual seja, à ideia de dano, e assim fala-se em **ilícito objetivo** e em ilícito subjetivo.

Entre elas está a de que é fundamento para consequente imputação de responsabilidade civil, especialmente por atos ilícitos absolutos, a presença do nexo causal entre a ação do causador do suposto dano e a vítima do resultado (efetivamente) danoso. Além disso, é preciso considerar as distinções entre dano e resultado meramente prejudicial, para, circunscrevendo em que consista o dano jurídico, verificar sua ocorrência em determinados eventos concretos.

Por vezes, existem prejuízos que não podem ser imputados a ninguém e que, portanto, devem ser suportados pela parte que os experimentar. Assim, por exemplo, a simples queda de uma árvore em um carro, em linha de princípio, não atribui ao seu proprietário direito pretensão e ação para obter indenização. Não assim, por exemplo, se verificada a omissão do proprietário da árvore, ou do Estado, na sua conservação.

Isto porque o dano em sentido jurídico tem qualificações que o distingue dos danos em geral.⁶⁰

⁵⁹ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. II (Parte Geral), atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2012, § 164, p. 276.

⁶⁰ “Come si è avuta occasione di accenare, il danno in senso giuridico, ovvero sia il danno come fatto giuridico, si è sempre distinto dal danno inteso semplicemente come fenomeno dell’ordine fisico, così come la specie si distingue dal genere. In altre parole, el concetto giuridico del danno non si identifica col concetto naturale del danno medesimo” (Adriano DE CUPIS. *Il danno – teoria generale della responsabilità civile*, v. I, 3.ª ed., Giuffrè: Milano, 1979, p. 214). No vernáculo: “Como se teve ocasião de acenar, o dano em sentido jurídico, ou seja, o dano como fato jurídico, é sempre distinto do dano entendido simplesmente como fenômeno de ordem física,

Os ilícitos são absolutos ou relativos conforme atinjam o dever geral de abster-se de interferir na esfera jurídica alheia – dever geral de não lesar a outrem (*neminem lædere*) –, ou conforme atinjam o dever específico de não prejuízo do bem já consolidado no patrimônio de determinado sujeito (princípio da incolumidade das esferas jurídicas).

A responsabilidade civil, por exemplo, pelo fato do produto ou do serviço supera a dicotomia dos ilícitos civis divididos em relativos e absolutos, na linha da mais moderna dogmática de direito privado.⁶¹ Isto porque não interessa tanto eventual descumprimento de obrigações contratuais, nem tampouco o dano a dever geral de abstenção, mas concretiza-se o específico dano no fato da coisa ou do serviço, que é consumida por sujeito como destinatário final, em relação de consumo conformada nos moldes em que o preconiza o CDC.

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, é objetiva, prescindindo do elemento culpa para sua configuração e caracteriza-se pela colocação de produtos defeituosos no mercado, produtos esses que causem dano a consumidores que os tenham adquirido, ou que sejam expostos a consequências do fato danoso.

Entretanto, **nenhuma espécie de responsabilidade civil pode afastar os requisitos de seu gênero**, especialmente, a noção de nexo de causalidade entre ação e **dano efetivo**, em sentido jurídico, ou seja, o específico liame que une a ação ao seu resultado, a exigir reparação pelo efeito nefasto, repita-se, efetivamente verificado. Ainda que o dano seja moral.

Mesmo considerando o fato de que a indenização se mede pela extensão do dano (o **CC 944 caput** é textual: “*a indenização mede-se pela*

assim como a espécie se distingue do gênero. Em outras palavras, o conceito jurídico do dano não se identifica com o conceito natural do próprio dano”.

⁶¹ No sentido de que a tendência é um desfazimento desta dicotomia, entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, v. Geneviève VINEY. v. IV, (*Les obligations – Introduction à la responsabilité*), 2.^a ed., 1995, in Jacques GHESTIN. (diretor). *Traité de droit civil*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ). Obra coletiva. Jacques GHESTIN e Gilles GOUBEAUX, pp. 450-452.

extensão do dano”), existe sempre a necessidade de se demonstrar cabalmente o nexo de causalidade, *lien de causalité, nesso di causalità*.

O nexo de causalidade, em Direito, consiste em um vínculo jurídico de imputação de responsabilidade, que deve ser acrescido da específica imputação objetiva a determinado sujeito de direitos ou ente despersonalizado. Isto porque a responsabilidade civil é responsabilidade civil de alguém (ou algo), que encarna um poder jurídico subjetivado, com poder funcional sobre um patrimônio, que responde pelo dano.

Assim, é necessário que a norma jurídica incida, apontando a responsabilidade de alguém, ente despersonalizado ou pessoa natural ou jurídica *ex post*, pois, de qualquer maneira, para tanto, *ex ante*, já existe um desenho, uma arquitetura legal da responsabilidade, que principia na imputação.

Estes pressupostos de imputação permitem afirmar que existe uma espécie de presunção legal de que determinados sujeitos têm maiores condições de arcar com prejuízos resultantes de sua atividade do que os atingidos. Mais que isso, que estes sujeitos devem arcar com a responsabilidade pelos danos em vista de que auferem algum tipo de proveito da organização específica dos fatores de produção que culminaram com o evento, que lhes permite lucro e ao mesmo tempo expõe que a sociedade quer os envolvidos na atividade, ao risco do dano.

Ao lado da necessidade de captar o que seja a imputação de responsabilidade a determinados sujeitos, é importante determinar qual seja e em que hipóteses está presente o chamado nexo de causalidade. O nexo de causalidade é uma relação de dependência intrínseca entre o acontecimento e o resultado, mas que não se deve considerar como uma causalidade naturalística, como uma sequência lógico-temporal de evento antecedente e evento sucessivo. Trata-se do porquê, em sentido jurídico, determinado acontecimento vem a ocorrer.

O nexo causal é também jurídico, embora tenha pressupostos de fato de sua explicação. Como dado jurídico, deve ser interpretado à luz de pressupostos doutrinários. O nexo de causalidade foi mais

estudado em matéria penal e, no sistema brasileiro, atingiu seu ápice em 1984, com a reforma da Parte Geral do CP, que incorpora uma série de pressupostos doutrinários de alto requinte dogmático. Em matéria de causalidade, o **CP 13** é muito interessante de ser analisado e, embora não incida, por não estarmos tratando de crimes e de contravenções, pode ser tranquilamente utilizado como fonte normativa secundária porque incorpora um princípio de causalidade, que vale para todo o sistema, porque pautado em postulados de teoria geral do direito, e que, portanto, aplica-se também para o direito privado, notadamente para o direito do consumidor.

Eis o texto normativo estampado no **CP 13 caput e § 1.º**:

“Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. § 1.º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

Nesse sistema de causalidade, como se vê, a superveniência de evento relativamente independente quebra o nexo de causalidade, impedindo a configuração do ilícito. Ou seja, em analogia, a interferência com o fluxo normal de acontecimento impede a configuração do dano imputável. Como se vê, é exatamente a estrutura de raciocínio aplicável à responsabilidade civil pelo fato do produto. Existe responsabilidade até a colocação de produtos não defeituosos no mercado. Se estes, pelo defeito, causarem dano, estes eventuais danos devem ser indenizados.

Para se configurar um nexo de causalidade, é necessário que se verifique uma ligadura material entre um fato e o dano. Esta correspondência depende de uma potência para direcionar o resultado de *per si*, independentemente de outros fatores.

Daí a relevância da chamada teoria da equivalência das condições, em que é preciso determinar, mantendo todas as condições em igualdade, qual delas é apta a implicar, isoladamente, o resultado danoso.

Como afirma CLOTHILDE GRARE: “A causalidade é uma operação de ligação entre dois polos. Em responsabilidade, ela deve ser apreciada entre o dano e o fato jurídico. Pouco importa então o que se passará depois que seja estabelecida esta relação. Em outros termos, pouco importa a identidade do responsável definitivo. Assim, um mesmo fato jurídico causador de um mesmo dano pode ter diferentes responsáveis possíveis: o indivíduo diretamente na origem do fato, os pais da criança na origem do fato, o comitente do preposto à origem do fato (...) não importa a qual desses responsáveis a responsabilidade conduz, a causalidade se aprecia sempre nos mesmos termos. A causalidade, uma vez reconhecida, permite dizer que o dano tenha por causa um fato particular. Para que uma reparação seja determinada, é necessário ainda que esse fato seja ele mesmo atribuído a uma pessoa que assumirá o encargo da segurança, quer dizer, a um responsável”.⁶²

A presença de concausas demanda a necessidade de revisão do fator de atribuição de responsabilidade. Não se poderia, portanto, imputar totalmente a responsabilidade no patrimônio do suposto agressor, devendo se examinar a concorrência de fatores relativamente independentes. Havendo concausa, esta se pluraliza pelo elemento subjetivo, verificando-se que mais de um agente tenha sido o responsável pela configuração do resultado danoso, para evitar uma expansão indesejada da noção de nexos causal.⁶³

⁶² “La causalité est une opération de rattachement entre deux pôles. En responsabilité elle doit s’apprécier entre le dommage et le fait juridique. Peu importe donc ce qui se passera après que l’on aura établi cette relation. En d’autres termes, peu importe l’identité du répondant définitif. Ainsi, un même fait juridique cause d’un même dommage peut avoir différents répondants possibles: l’individu directement à l’origine du fait, les parents de l’enfant à l’origine du fait, le commettant du préposé à l’origine du fait... mais que la responsabilité conduise à n’importe lequel de ces répondants, la causalité s’apprécie toujours dans les mêmes termes. La causalité ne sert qu’à établir un rattachement matériel entre le dommage et le fait juridique. Une fois reconnue, elle permet de dire que le dommage a pour cause un fait particulier. Pour qu’une réparation soit versée, il faut encore que ce fait soit lui-même attribué à une personne qui assumera la charge de la prime d’assurance, c’est-à-dire à un répondant” (Clothilde GRARE. *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle: l’influence de la responsabilité sur la réparation*, Paris: Dalloz, 2005, p. 55).

⁶³ Neste sentido, mostrando as dificuldades de tal assertiva no campo das responsabilidades de tipo objetivo: Marco CAPECCHI. *Il nesso di causalità materiale e il concorso di cause: Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano: Giuffrè, 1999, pp. 318-320.

Este raciocínio leva a uma de duas considerações: (a) A concausa exclui completamente a suposta responsabilidade do fornecedor; ou (b) a concausa minora referida responsabilidade.

Os irmãos MAZEAUD já defendiam que a causa plúrima minora a responsabilidade, no sentido de que cada um só deve arcar com a sua parte na ocorrência do resultado danoso.⁶⁴

Isto está nos textos normativos seguintes: **CDC 12**, o **CC 927 par. ún.** ou **CC 931**. São todas normas de imputação objetiva de responsabilidade, sem necessidade de se considerar o elemento culpa. Tratam de modo geral da responsabilidade civil pelo fato do produto e da responsabilidade pelo risco da atividade.

Realmente existe uma responsabilidade do produtor, do comerciante, daquele que participa da cadeia de produção, circulação e distribuição com vistas a consumo, pelo fato de colocar o produto no mercado. Ou seja, o simples comportamento de introduzir o bem no jogo de oferta e demanda, faria com que aquele que de alguma forma contribuiu com este resultado se responsabilizasse por ele.

No CDC, esta responsabilidade da cadeia produtiva permite direito de regresso, em face do verdadeiro responsável final pelo dano, enquanto o CC é mais lacônico, não tratando de responsabilidade de cadeias de produção.

O teor do **CDC 12 caput** dispõe: “*O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos*”.

⁶⁴ Henri MAZEAUD et Leon MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. t. II, 4.^a ed., Paris: Sirey, 1949, p. 363.

E para que não se advogue também que se está diante da responsabilidade pelo vício do produto, reproduz-se o **CDC 18 caput**: “*Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas*”.

Fica claro que não ocorre subsunção também a esta norma jurídica.

Na responsabilidade pelo fato do produto, responde o fornecedor por defeito do produto ou por informações insuficientes ou inadequadas sobre utilização e riscos. A responsabilidade civil apresenta-se como um conjunto normativo e dissuasivo.⁶⁵

Deste modo, ao mesmo tempo em que estabelece as imputações de dever de reparar, também implica um mecanismo de desestímulo à prática de condutas ilícitas. Só existe responsabilidade civil na presença de atos ilícitos que se quer evitar e impedir a repetição, não necessariamente mediante o *plus* de indenização dos *punitive damages*, mas também com a imposição de qualquer dever de reparar em si mesmo considerado.

Para a configuração de nexa causal, imperioso que a causa do dano lhe seja exclusiva, operante por si só, capaz de dispensar todas as outras causas.⁶⁶ Assim trata o **CC 403** a matéria: determina que o dano seja o efeito *imediato e direto* da conduta. Da mesma forma, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, com base em acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal:

⁶⁵ Philippe LE TOURNEAU. *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris: Dalloz, 2006, p. 12.

⁶⁶ AGOSTINHO Neves de Arruda ALVIM. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, São Paulo: Saraiva, 1949, n. 222 *et seq.*, p. 313 *et seq.*

1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexa causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).”⁶⁷⁻⁶⁸(grifamos)

Por outro lado, no direito brasileiro, a indenização se restringe à extensão do dano, nos termos do **CC 944 caput**:

CC 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Isso significa dizer que a indenização deverá recompor os prejuízos ocorridos, a fim de que se possa reestabelecer o *status quo* anterior ao ato ilícito, sem que haja enriquecimento indevido por aquele que sofreu o dano. Indenização é recomposição do patrimônio anterior (**CC 944 caput**).

Com efeito, a responsabilidade civil é a consequência da imputação civil do dano à pessoa que lhe deu causa ou que responda pela indenização correspondente, nos termos da lei ou do contrato. A indenização devida pelo responsável tem natureza compensatória ou reparatória do dano causado.⁶⁹ Logo, prevalece no ordenamento brasileiro a técnica do **ressarcimento integral e limitado à extensão do dano** (princípios da integralidade e da limitação da indenização ao dano sofrido).

Não podemos deixar de considerar o fato de que, como a jurisprudência e a doutrina brasileiras, quanto ao denominado dano moral, se utilizam da expressão “**danos extrapatrimoniais**”, medra entre nós a falsa ideia de que é possível supor que o dano material não deva ser liquidado para que a

⁶⁷ STJ, 1.ª T., REsp 719738-RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 16.9.2008, v.u., DJU 22.9.2008.

⁶⁸ No mesmo sentido: STF, 1.ª T., RE 130764-PB, rel. Min. Moreira Alves, j. 12.5.1992, v.u., DJU 7.8.1992, p. 11782.

⁶⁹ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria DE ANDRADE NERY. *Código Civil Comentado*, 13.ª ed., São Paulo: Thomson Reuters/Ed. Revista dos Tribunais, 2019, coment. 5 CC 927, pp. 1283.

indenização venha a recompor o patrimônio do credor agredido, cabendo ao juiz, a seu talante, sem critérios específicos, fixar o valor da indenização.

E não é assim.

Seja corpóreo (v.g. a perda de um membro, ou função do corpo humano), ou incorpóreo (v.g.: um abalo emocional) o dano; seja o dano aferível argentariamente (v.g.: direitos autorais recebidos por livro plagiado), ou não (v.g.: não se pôde presenciar a formatura de um filho, por atraso descomunal de um voo), há que se impor a quem o alega o ônus de demonstrar o dano e em quanto estima a indenização, que deve ser dada nos termos da lógica jurídica.

As indenizações devidas por danos que atingem objetos da natureza humana devem ser ordenadas em consonância com o raciocínio lógico de **razão** e de **proporção** que deve ser aplicado na análise dos negócios jurídicos, enfrentando, assim, o sentido do termo *relação jurídica* – ou seja, relação jurídica de direito e de obrigações ou de situação jurídica de direito do consumidor – em seu conteúdo mais próprio: o de prestação proporcional e equilibrada.

*“A situação jurídica vivenciada entre credor e devedor desperta, por isso, uma outra consideração lógica necessária e paralela: prende-os um vínculo que, sob um outro aspecto – relacionado com as pretensões devidas – não tem a mesma natureza ‘relação’ potencial que lhes permitiu vivenciar essa específica situação jurídica. Prende-os um vínculo que, pela característica específica de autorizar a cada um a vivência de uma situação de submissão/sujeição, desafia outra lógica, tendente a explicar a qualidade e a quantidade daquilo que um deve ao outro. É nesse sentido que se pode dizer que o vínculo obrigacional, então, tem outra natureza lógica: natureza lógica de **relação de razão: de quantidade, de proporção, de se saber, exatamente, quanto um deve prestar ao outro, pesado e***

sopesado, com igualdade e harmonia; prestação que deve ser medida pelo cobre e pela balança, aes et libram”.⁷⁰

Impõe-se, entretanto, sempre e de toda a forma, a prova efetiva de que se deu o dano: sua prova é fundamental. Sem a prova do efetivo dano, não há o quê indenizar.

À prova de sua existência segue a prova de sua extensão para aferir-se o valor da indenização.

Se o dano moral não existe, não há indenização; se o dano moral não existe, não cabe indenização com fins punitivos ou dissuasórios (*punitive damages*); se os danos morais existem e a indenização deve ser fixada, a indenização deve ser patrimonial; se a indenização por dano moral há de ser fixada em espaço de incidência em que se admite a indenização tarifada, ela deve ser aceita pelo nosso sistema, pois a CF diz que todo o dano é indenizável, mas não fixa em que montante, nem como piso, nem como teto.

Por tudo quanto considerado, o dano jurídico – nas hipóteses em que o legislador convencional entende impor-se a tarifação da indenização – se adequa a uma finalidade jurídica que se considera possível e própria para a indenização daquele dano, naquele ambiente onde o dano, com aqueles contornos específicos, se revelou.

Por isso é possível a indenização por dano moral vir a ser tarifada por lei, lei que supera na ordem da hierarquia das normas no direito brasileiro o CDC, como é o caso da Convenção de Montreal, pois não há impedimento Constitucional para isso.

Essa solução alcança o dano moral, que também é patrimonial, porque a dicotomia que há entre o dano moral e o dano material está no objeto da perda (elementos da humanidade do ser) e não na patrimonialidade da indenização (que se revela no valor da indenização, ainda que tarifada).

⁷⁰ Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção)*, Tese de livre-docência em Direito (iné dita), São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004, p. 208.

9. OBRIGAÇÃO DE INFORMAR EM MATÉRIA DE ATRASOS E CANCELAMENTOS DE VOOS E DE EXTRAVIO DEFINITIVO OU TRANSITÓRIO DE BAGAGENS

Dentro do sistema de direito privado, a **autonomia privada** convive nele em **conexão ética** com outros princípios e outros valores do mesmo sistema.

CANARIS é claro: “(...) *die Freiheit, die echte Freiheit, und nicht Willkür ist, die ethische Bindung einschließt, so wonht auch der Privatautonomie die Schranke der guten Sitten von vornherein inne*”.⁷¹ (tradução livre: A liberdade, a verdadeira liberdade e não a arbitrariedade, encontra-se inserida dentro de uma conexão ética, razão pela qual a autonomia privada está subordinada, desde o princípio, aos limites dos bons costumes). (grifado no original)

Nas hipóteses de o foco do fenômeno jurídico não ser derivado integral e exatamente do vínculo contratual, da **relação jurídica intersubjetiva**, ou seja, da vontade (o negócio jurídico, por exemplo), mas, sim, da **situação jurídica derivada de um fato** (a atividade ou conduta da parte, por exemplo, aqui incluídas as situações jurídicas absolutas, de que a de consumo é exemplo) o princípio da boa-fé – que se põe aplicado para a solução de uma série de problemas que a doutrina jurídica detecta - , também opera seus efeitos exatamente como quando, por exemplo, põe em prática a teoria dos atos próprios, a teoria do risco da atividade e os sistemas jurídicos excepcionais, como é o caso do que incide sobre as hipóteses de fato, albergadas pelas sistema jurídico das convenções internacionais de que o Brasil é signatário.

A investidura de alguém em situação de vantagem (capaz de exigir de outrem o cumprimento de uma obrigação, ou de um dever) faz com

⁷¹ Claus-Wilhelm CANARIS. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 2.^a Edição retrabalhada, Berlin: Duncker & Humboldt, 1983, § 6, II, b, p. 113.

que esse alguém experimente uma tal posição jurídica que lhe permita exigir algo de outrem, algo que decorre não especificamente da vontade como declarada, ou por virtude da vontade descumprida, mas, sim, que decorre diretamente do risco da atividade, ou da lealdade negocial não observada.

Isto aparece muito nitidamente quando se observa, na linha de conduta uniforme das partes, a incompatibilidade de atitude com aquela tomada anteriormente (*tu quoque*); ou quando se percebe que comportamentos que, aparentemente são lícitos e regulares, se comparados com a conduta anterior das partes, evidenciam quebra de confiança (*venire contra factum proprium*): conduta contraditória e equívoca; conduta que desmente a anterior; surpresa à outra parte.

O interesse negativo, como a doutrina o vê, pode então ser considerado como fruto de uma **situação jurídica de vantagem**, tutelada pelo dever pré-contratual de boa-fé. Um pressuposto objetivo de operatividade do dever précontratual de boa-fé.

A incidência de um princípio que espalha seus efeitos na ambiência em que as partes se preparam para o contrato.

O certo é que essa ideia convive com um problema, pois a boa-fé abre lugar a uma concepção mais elástica das fontes de obrigação e constantemente essas fontes são questionadas, como inidôneas.

Pois bem. O ponto de nosso interesse, hoje, tem conexão imediata com uma decorrência do vínculo contratual. Não o vínculo jurídico que obriga pela vontade livre e livremente declarada. Não uma obrigatoriedade que se restringe ao que se declarou, ao que se escreveu e ao que foi assinado. Há em jogo um outro fator de vínculo e esse fator é objetivo: **Um vínculo muito importante como aquele momento em que o comportamento da parte é suficiente para gerar uma expectativa** (TURCO, citando MENGONI, fala de algo *sufficiente ad ingenerare un affidamento*),⁷² evidentemente, entendida essa

⁷²Claudio TURCO. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano: Giuffrè, 1990, cap. II, p. 112.

expectativa como a esperança de uma parte contratual de se conduzir lealmente e esperar da outra igual lealdade.

A expectativa é uma situação jurídica e, como tal, pode também criar **posições jurídicas de vantagem ou de desvantagem**.

Interesses aparecem com muitas nomenclaturas e o tema conecta-se com *responsabilidade pré-contratual: Proteção da confiança, interesse na confiança (reliance interest), interesse na expectativa (expectation interest) dano da confiança* designações a que se liga o conceito de “*interesse contratual negativo*” (*negative Vertrauenshaftung*), *dano de desilusão; confiança expectada, interesse negativo, interesse positivo, dano negativo, dano positivo, interesse contratual negativo, interesse na confiança, interesse no cumprimento, interesse na não conclusão do contrato, interesse na manutenção e cumprimento do contrato*”.

Pois bem. Existe, especificamente no direito do consumo, e nessa específica atividade de “**transportar internacionalmente pessoas e bagagens por meio aéreo**” um extenso rol de práticas que são consideradas como abusivas e, portanto, vedadas. A razão pela qual o rol das práticas abusivas, apresentado no **CDC 39**, é estabelecida em *numerus apertus*, decorre do fato de que seria impraticável, ao legislador, listar todas as possíveis práticas lesivas ao direito do consumidor, tendo em vista o dinamismo do mercado. Destarte, esse rol se consubstancia como orientação ao intérprete,⁷³ sendo possível, compreender que o sentido da lei, ao afirmar que elas são vedadas, significa que são ilícitas e que, portanto, podem ser afastadas da prática comercial.

O importante é que a empresa de transporte aéreo internacional tenha presente a necessidade imperiosa de, conhecedora dos deveres de custódia do passageiro e de suas bagagens e dos limites do cuidado próprio do serviço, informar com clareza os passageiros sobre todas as ocorrências que – por força de tratado internacional – podem gerar indenização

⁷³ Antonio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 11.^a ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Forense Universitária, 2017, coment. 3 CDC 38, pp. 374 e ss.

tarifada. Assim como cabe-lhe informar o passageiro que, no transporte de bagagem, para que não haja a indenização tarifada, deve fazer a declaração de conteúdo da bagagem, nos termos do **art. 22, 2 da Convenção de Montreal**: “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”. (grifo nosso)

Importa observar o direito à informação clara e precisa como exemplo de proteção ao consumidor, em virtude de sua hipossuficiência na relação de consumo. A respeito, especificamente, do dever de informar, é importante recordar as normas que tratam do assunto, com maior ou menor precisão. São o **CDC 31** (“A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”); **CDC 36** (“A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. **Parágrafo único.** O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”); e **CDC 46** (“Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”).⁷⁴

⁷⁴ Sobre o dever de informar no CDC, Claudia Lima MARQUES afirma que “foi sendo desenvolvido na teoria contratual através da doutrina alemã do *Nebenpflicht*, isto é, da existência de deveres acessórios, deveres secundários ao da prestação contratual principal, deveres instrumentais ao bem desempenho da obrigação, deveres oriundos do princípio da boa-fé na relação contratual, deveres chamados anexos. O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6.º, III) para a harmonia e transparência das relações de consumo. O dever de informar passa a ser natural na atividade de

Como já dissemos, em razão da vulnerabilidade imanente à condição de consumidor na medida em que ele não é o especialista, nem na confecção de um projeto de produto ou serviço, nem na sua elaboração, desenho ou colocação em mercado, nem na prestação do serviço de que se socorre, justificam-se as garantias como asseguradas pelo CDC.

Desse modo, o consumidor é especialmente necessitado de proteção para que, diante da sua hipossuficiência, que pode ser econômica ou técnica, acabe por não ter sua vontade captada para a formação de declarações negociais as quais, se perfeitamente esclarecidas com antecedência, sequer encetaria.

Portanto, com essa disciplina, temos a formação do que se tem denominado de “contratualidade dirigida”.⁷⁵

Importante salientar que a omissão ao dever de informar, no âmbito do CDC, leva à completa ineficácia dos contratos celebrados perante o consumidor.

Destarte, para a questão específica da indenização tarifada para perda ou extravio de bagagem, por exemplo, **cabe à companhia aérea informar** o consumidor de seus serviços de transporte aéreo internacional de pessoas e bagagens, acompanhada ou desacompanhada, sobre a tarifação das indenizações bem como sobre a possibilidade de, em caso de bagagens com valor específico, que se quer ver declarado e garantido, de valer-se do sistema de indenização integral que a **Convenção de Montreal** admite.

No mesmo sentido, é necessário providenciar para os passageiros com maior urgência, a possibilidade de conhecer os riscos dos atrasos de voos, por razões decorrentes de caso fortuito, força maior e de fato de terceiro, para que eles tenham condições de declarar em que situação viajam,

fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor” (Cláudia Lima MARQUES, Antonio Herman V. BENJAMIN e Bruno MIRAGEM. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, coment. CDC 31, p. 674). Nesse sentido, vide, ainda: Christoph FABIAN. *O Dever de Informar no Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, *passim*.

⁷⁵ António MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 554.

se aceitam, ou não, o risco que a atividade, naquele instante, apresenta, de não submeter-se a contento ao cronograma de viagem inicialmente proposto, por circunstâncias que a natureza do serviço, suas peculiaridades e variadas implicações podem lhe acarretar.

A responsabilidade civil do transportador e do condutor é objetiva. O fato de terceiro só a exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor, isto é, quando elimine, totalmente, a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato.⁷⁶

O importante nesses casos é a informação que, se bem prestada e pelas razões que já esclarecemos, submete a atividade ao sistema da **Convenção de Montreal**, para o transporte aéreo internacional de passageiros e de suas bagagens, sempre realçando o fato de que todo e qualquer dano que a convenção considera indenizável pela forma tarifada já engloba as suas múltiplas facticidades: dano dito material ou imaterial; dano dito moral ou patrimonial.

Considerando que, além de problemas relacionados ao transporte de bagagens, que guardam relação com a indenização tarifada, e, ainda, os pedidos de indenização por atraso ou cancelamento de voo, o transportador aéreo deve informar ao transportado a respeito das intercorrências que podem levar a tais situações, como problemas meteorológicos, questões relacionadas à infraestrutura aeroportuária, aos órgãos de controle de voo ou outras questões de segurança (força maior, caso fortuito ou fato de terceiro). Caso tenham sido informadas essas intercorrências, o serviço de transporte terá sido bem prestado.

⁷⁶ José de AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade civil*, v. II, 10.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 712.

10. ATIVIDADE DE RISCO E SOLIDARIEDADE: PERTINÊNCIA LÓGICA ENTRE AS ATIVIDADES DE EMPRESAS AÉREAS E AS PRETENSÕES JURÍDICAS DE SEUS CONSUMIDORES NO SISTEMA CIVIL E CONSUMERISTA BRASILEIRO

A questão que nos traz a **CONSULENTE**, especificamente conectada com a prova dos alegados danos morais, que têm sido a causa comum que fomenta numerosíssimas pretensões de indenização no foro brasileiro, tem encontrado **dois fatores** de concessão que precisam ser melhor esquadriados.

Um, sobre o qual já falamos, relacionado com a ideia de que é possível indenizar dano moral “*in re ipsa*” e que essa indenização fixada tem finalidade punitiva e dissuasória. Como dissemos e reafirmamos, o sistema jurídico brasileiro não admite, em caso algum, na esfera das relações civis e consumeristas, a possibilidade de a indenização devida decorrer de pretensão punitiva ou dissuasória de quem quer que seja (*punitive damages*), pretensão que não pode ser acolhida – como esclarecido – porque decorrente de fato que não faz nem fez gerar o direito de indenização, pois os danos são inexistentes.

O outro fator, a ser agora considerado, relaciona-se com a alegação constante de que a prova da ocorrência do dano moral se faz pelo sistema do **CDC**, que permite a inversão dos ônus da prova.

Sobre este segundo fator impende fazer algumas considerações.

É fato, do ponto de vista do direito processual, que outras garantias previu o **CDC** para reequilibrar a posição do consumidor na relação de consumo. Um exemplo delas é a facilitação da defesa do consumidor em juízo (**CDC 6.º VIII**), manifestada, por exemplo, com inversão do ônus da prova em seu favor.

A inversão do ônus da prova dá-se *ope iudicis*, isto é, por obra do juiz, e não *ope legis*, como ocorre na distribuição do ônus da prova pelo

CPC 373. Cabe ao magistrado verificar se estão presentes os requisitos legais para que se proceda à inversão.⁷⁷

Portanto, tem-se que o direito básico do consumidor que é assegurado por meio do **CDC 6.º VIII** é a facilitação da defesa de seus direitos, sendo a inversão do ônus da prova um mecanismo concedido ao consumidor para viabilizar a efetivação desse direito, vale dizer, uma espécie do gênero da facilitação da defesa.

Já tivemos a oportunidade de consignar que o legislador brasileiro de 1990, com relação ao Direito do Consumidor, criou, por meio do **CDC**, um *microsistema* de Direito das Relações de Consumo, aplicável especificamente às relações consumeristas.⁷⁸

Não obstante, o advento do **CDC não** revogou tampouco derogou os diplomas legais que regiam e que continuam a reger as relações privadas [contratos empresariais – civis e comerciais, nacionais e internacionais].

O **CDC** também não revogou dispositivos do **CBAer**, e deve, obrigatoriamente, subordinar-se aos preceitos dos tratados e convenções internacionais – *exempli gratia* **Convenções de Varsóvia [1929]** e de **Montreal [1999]** – em razão da natureza supralegal dessas convenções.

O **CDC** exige a *interação interdisciplinar* de normas de direito material [constitucional, convencional, civil, comercial, econômico, administrativo e penal], e de direito processual [civil, administrativo e penal], para que seu ciclo de formação seja encerrado dentro do microsistema jurídico ao qual pertence.⁷⁹

Pois bem, conforme já ficou claro, a prevalência da Convenção de Montreal sobre o **CDC**, permite que se ponha para tal problema, também, a questão alusiva à prova dos fatos que justificam a indenização.

⁷⁷ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Leis Civis e Processuais Civis Comentadas*, 4.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. coment. 17 CDC 6, pp. 467/468.

⁷⁸ Nelson NERY JUNIOR et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 11.ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Forense Universitária, 2017, cap. VI, n. 1, pp. 508 e ss.

⁷⁹ Nelson NERY JUNIOR et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 11.ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Forense Universitária, 2017, cap. VI, n. 1, pp. 508 e ss.

Sob os critérios do sistema de responsabilidade civil *objetiva*, também se dá a ocorrência de ilicitude, contudo *sem a necessidade* de comprovação de conduta ilícita do agente (dolo ou culpa), vale dizer, sistema em que o aspecto subjetivo da conduta do agente é irrelevante para estabelecer-se o dever de indenizar, sendo suficiente, para ensejar a obrigação de indenizar, a demonstração: (i) do fato ou ato; (ii) do dano; e (iii) do liame causal entre o ato e o dano.⁸⁰ A responsabilidade é objetiva e o **ilícito é objetivamente considerado**, como ocorre no sistema de reparação de danos ambientais (**CF 225 § 3.º; L 6938/1981 14 § 1.º**).

O sistema de responsabilidade civil objetiva do **Código Civil Brasileiro**, do **CDC** e, também e especialmente, da **Convenção de Montreal** indica que do comportamento das partes se extraia um valor autônomo, capaz de fomentar vínculos jurídicos que não foram, ou são, estabelecidos apenas pela vontade declarada em instrumento contratual, mas reveladas pela forma como as partes se conduzem durante o negócio celebrado, ou **durante o exercício de sua atividade**, como ocorre muitas vezes – e como acontece no caso sob análise – durante o exercício de atividade de alto risco de dano.

A atividade de transporte aéreo internacional de passageiros e bagagens é de alto risco de dano.

No plano fático, desta maneira, há que se apresentar a ocorrência de fato ou de ato com consequências jurídicas, ligados por nexo de causalidade a eventos danosos. Ausente qualquer um desses elementos (ato/fato; nexo de causalidade; ou dano) não se há falar em responsabilidade civil objetiva de o transportador aéreo internacional de transporte de passageiros e bagagens indenizar o usuário que alega ter sofrido dano.

Essa afirmação é muito difícil de ser devidamente esquadrinhada.

⁸⁰ No mesmo sentido, v. Eduardo SALOMÃO NETO. *Direito bancário*, São Paulo: Atlas, 2005, n. 10.5, p. 560.

Sempre se busca tentar extirpar ou, ao menos, minorar o prejuízo experimentado pela vítima da forma mais completa possível, com a satisfação de seu direito, recompondo, com isso, o patrimônio lesado do titular prejudicado⁸¹, nos limites das implicações que decorrem dessa atividade perigosa, especialmente em decorrência de fatos detectados pela experiência cotidiana: a) atraso ou cancelamento de voo por causa decorrente de má prestação objetiva do serviço; b) perda ou atraso na devolução da bagagem; c) atraso ou cancelamento de voo por motivo de força maior, fato de terceiro ou caso fortuito; d) dever de custódia mal prestado durante o período em que o passageiro, e/ou suas bagagens, estão sob a responsabilidade do transportador.

Evidentemente, se o serviço aeroportuário e a infraestrutura aeronáutica, bem como as condições meteorológicas não contribuem com o suporte ou condições necessárias ao tráfego aéreo, ou com o exercício regular e pontual da atividade, exatamente como programada e oferecida ao consumidor, esses fatores devem ser imediatamente comunicados aos passageiros, para que se possa informar a cadência da prestação do serviço com qualidade, a real motivação dos obstáculos que em momento específico impactam o serviço e as providências que serão tomadas para minorar o desconforto da espera dos passageiros, do cancelamento, ou do atraso da partida; da alteração de rota e pouso, do extravio temporário ou completo da bagagem.

O importante, no momento da venda da passagem e, depois, da ocorrência do problema, é a precisão da informação, sobre todas as dificuldades que o caso encerra. Depois, na eventualidade de a empresa de transporte aéreo vir a ser provocada para pagar indenização, é ter-se em mão a prova de que o serviço não foi prestado a contento por razões atribuíveis ao serviço aeroportuário, ou a fatores outros, como ocorre na hipótese de caso fortuito (*v.g.* a morte de um passageiro em voo), ou de força maior (condições meteorológicas adversas).

⁸¹ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de Andrade NERY. *Código Civil comentado*, 13.^a ed., São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2019, coment. 9 CC 186, p. 533.

Nos Estados Unidos, as informações aos passageiros são absolutamente claras, precisas e chamam a atenção do usuário do serviço para a realidade do exercício da atividade de transporte aéreo e para a necessidade de o usuário programar sua viagem com a antecedência, para que possam ser contornados a tempo os imprevistos de atrasos, que são possíveis e frequentes.⁸²

O risco da atividade não se confunde com a constatação evidente de situação de força maior que torna a atividade impossível de ser realizada em segurança, como ocorre em certas ocasiões. A constatação da iminência de tempestades, furacões, ou nevascas, que desautorizam a realização segura de voo, provoquem o atraso da partida, seu cancelamento, ou pouso de emergência, não podem ser considerados conectados com o “*risco da atividade*”, no sentido em que se admite esse fato para a imposição da responsabilidade objetiva, mas, sim, obstáculo de *força maior* para sua não execução sob aquelas condições, que refogem ao risco natural da atividade de transportar para, ao contrário, aportar no campo da imperícia, imprudência e negligência do fornecedor do serviço que, sem valer-se das condições de segurança para o exercício da atividade – condições essas de que desde logo soube, ou tomou conhecimento a tempo de evitar desastres – , ousa e insiste enfrentar temerariamente as condições adversas, distante das observações técnicas que apontam para a alta probabilidade de danos muito mais graves.

Igualmente, todo obstáculo que o serviço público de controle da aviação civil opuser – por decorrência de seu desempenho, regular, emergencial, ou faltoso – desmonta o nexo de causalidade entre a atividade de

⁸² “*Airlines don't guarantee their schedules, and you should realize this when planning your trip. There are many things that can-and often do-make it impossible for flights to arrive on time. Some of these problems, like bad weather, air traffic delays, and mechanical issues, are hard to predict and often beyond the airlines' control*” (empresas aéreas não garantem seus horários de voo e voce deve ter isso em conta quando planejar sua viagem. Existem várias coisas que podem e de fato tornam impossível que um voo chegue no horário. Muitos destes problemas, como mau tempo, atrasos ocasionados pelo controle de tráfego aéreo ou problemas mecânicos, são difíceis de prever e estão frequentemente fora do controle das companhias aéreas). <https://www.transportation.gov/airconsumer/fly-rights> (acesso em 5.4.2022)

transportar e o fato do serviço, desconstruindo logicamente toda a base da pretensão indenizatória de quem se volta contra a empresa aérea.

Por outro lado, a atividade do transporte aéreo, nacional e internacional, está condicionada ao atendimento de regras da autoridade aeronáutica, que atua no campo da atividade a que se subordina a aviação civil.

O advento da **L 14034/2020**, que deu contornos novos ao **CBAer** evidencia a necessidade de maior clareza com relação a esses aspectos: não muda, entretanto, a lógica das coisas. A indenização só é devida se houver nexos de causalidade entre o episódio causador do alegado dano e esse dano, em condições de imputar o patrimônio da companhia aérea para responder pela indenização buscada pelo usuário do serviço, que se diz prejudicado.

Tudo isso, evidentemente, parece lógico e razoável, mas encontra a necessidade de superar uma outra questão lógica, igualmente cheia de contornos jurídicos de difícil inteligência, exatamente, agora, quanto à análise da questão da “culpa” e do enfrentamento da prova que justifica a condenação ou a não condenação da companhia aérea.

Constantemente, a defesa da companhia aérea, diante da pretensão de indenização por algum fato, parte da afirmação de que a transportadora não deve indenizar porque “*não teve culpa pelo atraso*”.

Tenta a companhia aérea, constantemente, demonstrar que a **Convenção de Montreal** trabalha com dois sistemas de responsabilidade civil, objetiva e subjetiva. Mas não é disso que se trata. O sistema de responsabilidade civil da **Convenção de Montreal** aponta a necessidade de que as partes demonstrem as suas razões:

a) ao passageiro, pretendente de indenização, a falha do serviço ou a indenizabilidade pelo risco da atividade (ambas pelo sistema de responsabilidade objetiva);

b) à companhia aérea, que se recusa a indenizar, o ônus de provar que há nexos de causalidade entre o fato danoso (v.g. atraso ou cancelamento do dano) e a atividade de transporte mau prestada.

Para livrar-se da obrigação de indenizar, melhor seria que a companhia aérea afirmasse:

- a) “o eventual dano do passageiro decorre de fato não atribuível ao risco da atividade de transportar, mas à imperiosidade de cumprimento de regras de segurança de voo”;
- b) ou “o eventual dano do passageiro decorre de fato atribuível ao risco da atividade de transportar, mas com indenização prevista de forma tarifada pela **Convenção de Montreal**”.

Os **artigos 17 e 18 da Convenção de Montreal** estabelecem um regime de responsabilidade objetiva por danos em casos de: a) morte ou lesão corporal de passageiros⁸³, b) destruição, perda ou avaria da bagagem registrada e c) destruição, perda ou avaria da carga.

O **art. 19 do Tratado** dispõe que:

(...) o transportador não será responsável pelo dano ocasionado por atraso se prova que ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medidas.

Mais uma vez destacamos que não parece haver dúvidas no sentido de que o STF já reconheceu a plena validade do tratado internacional,

⁸³ Observe-se que nesta hipótese, o **art. 21** estabelece um regime de responsabilidade objetiva até o limite de 100.000 depósitos especiais de saque. Indenizações superiores a este valor dependem, segundo a convenção, de prova a ser produzida pelo autor, no sentido de 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. Não analisaremos essa questão porque foge aos limites do que entendemos ser necessário examinar no parecer solicitado.

bem como sua supralegalidade, ao julgar o **Tema 210**, sendo essa a “*ratio decidendi*” do precedente. De qualquer forma, e em vista de possíveis questionamentos que se possam levantar sobre a validade de um regime de responsabilidade subjetiva tratando-se de uma relação de consumo, ainda que sujeita a normas especiais, como é o caso do transporte aéreo, cabe uma análise da teleologia da norma para justificar a sua vigência.

Esse regime leva em conta os riscos do ar, calcados em um dever de atender a princípios de segurança operacional aeronáutica a ser observado pelo transportador aéreo e por todos os sistemas que constituem a infraestrutura aeronáutica, identificados no **CBAer 25**, em prol da segurança de passageiros, tripulação e terceiros na superfície.

Há hipóteses em que o atraso na partida de uma aeronave se impõe em razão da necessidade de eventual manutenção não programada de aeronave ou outro fator que possa afetar a segurança do voo. Há circunstâncias em que a necessidade de reparos é completamente imprevista, podendo decorrer de um desgaste não usual de algum componente aeronáutico, um incidente em voo, ou em terra, ou qualquer outro motivo.

Toda a aeronave se submete a manutenções programadas conforme determinado pelo fabricante até mesmo para que possa manter seu certificado de aero navegabilidade e ser operada no sistema de transporte aéreo público regular, sempre sujeito à fiscalização da ANAC. Obviamente, o atraso de um voo não pode ser justificado pela necessidade de manutenção programada, ou porque não há passageiros em número suficiente para viabilizar economicamente a decolagem. Não se discute a possibilidade de responsabilização da companhia aéreas nestas circunstâncias. Mas tratando-se de ocorrência extraordinária e que possa colocar a aeronave em risco, a empresa aérea pode e deve atrasar ou cancelar o voo, com o escopo de assegurar a saúde e a segurança de todos os passageiros, tripulantes e terceiros na superfície, sendo ilícito responsabilizá-la por essa medida.

Nestas circunstâncias, em que o transportador aéreo, de forma diligente atrasa a partida do voo porque vislumbrou risco à segurança, não

cabe a responsabilização por dano de qualquer natureza, muito menos por dano moral “*in re ipsa*” e com caráter punitivo ou pedagógico, como se fosse hipótese de “fortuito interno” ou hipótese de “risco do negócio”. Esse tipo de interpretação revela um contrassenso, um desestímulo ao cumprimento do dever mais básico do transportador aéreo, qual seja, transportar passageiros com segurança.

A questão deve ser vista sob a ótica de um perigo maior e mais grave, ainda que incerto e desconhecido, mas que se busca evitar com a atitude lícita de atrasar o voo. Trata-se de situação de impossibilidade de conduta diversa, que não justifica a pretensão de indenização de quem alega haver sofrido prejuízo.

11. REGIME DE PRESCRIÇÃO DA CONVENÇÃO DE MONTREAL

Há regra convencional expressa e clara no sentido de que o prazo prescricional da pretensão de indenização em face de companhias aéreas, por danos ocorridos a pessoas e/ou bagagens, bem como a cargas, no transporte aéreo internacional é de 2 (dois) anos.

Com efeito, o **artigo 35 da Convenção de Montreal** dispõe que “*o direito à indenização se extinguirá se a ação não for iniciada dentro do prazo de dois anos, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte*”.

Decisão judicial que afasta a incidência de prazos prescricionais para o exercício de ações de indenização fixados nos tratados e convenções internacionais, viola a tese fixada no julgamento do **Tema 210** da Repercussão Geral do STF.

Há julgados que deixam de aplicar o prazo prescricional de cinco anos, previsto no tratado internacional, em ações em que se discute indenização por danos morais, ou mesmo envolvendo o transporte internacional de cargas, não obstante a tese fixada pelo STF no **Tema 210**.

Em outras palavras, essas decisões estabelecem divisão quanto à análise do prazo prescricional: **a)** aplicam o prazo prescricional de 2 (dois) anos previsto na **Convenção de Montreal**, às pretensões indenizatórias de danos materiais e **b)** aplicam o prazo prescricional de 5 (cinco anos) previsto no **CDC** para o exercício das pretensões indenizatórias de danos morais.⁸⁴

Instado a se manifestar a respeito do tema, o STF tem-se posicionado no sentido de que o prazo prescricional previsto no **art. 35 do**

⁸⁴ A jurisprudência relativa à aplicação da segunda tese sob **b**: STF, 2.^a T., AgRgRcl 38694-SP, rel. Min. Edson Fachin, j. 12.2. a 23.2.2021, v.u., DJUe 9.3.2021; STF, Pleno, AgRgEDivEDclAgRgRE 1221934-RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18.8.2020, v.u., DJUe 4.9.2020; STF, ARE 1355062-PR, rel. Min. Nunes Marques, j. 23.11.2021, DJUe 7.12.2021.

Tratado se aplica tanto a pretensões de indenização por dano material como também a danos morais, conforme segue:

(i) decisão do Min. Alexandre de Moraes AgRgRcl 42140-

RJ:

“Assiste razão jurídica razão à agravante. No julgamento do AgRgRE 1232759, de minha relatoria (STF, 1.ª T., j. 29.6.2020, aderi à orientação segundo a qual é aplicável o Tema 210 aos casos que envolvem reparação por dano moral. Na mesma direção, cito precedente da 1.ª Turma desta Corte:

Ementa: Agravo interno no recurso extraordinário. Responsabilidade civil. Danos morais. Relações de consumo decorrentes de contratos de transporte aéreo internacional. Conflito entre lei e tratado. Indenização. Prazo prescricional previsto em convenção internacional. Aplicabilidade. ARE 766618. Tema 210 da repercussão geral. Agravo interno desprovido (STF, 1.ª T., AgRgRE 1213708, rel. Min. Luiz Fux, DJUe 18.9.2019).

O ato reclamado divergiu desse entendimento, pois considerou que a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança apenas a indenização por danos materiais, n o a reparação por dano moral (doc. 5, fls 372), afastando, em consequência, a prescrição bienal prevista no artigo 29 da Convenção de Varsóvia.

Nessas circunstâncias, em que o acórdão recorrido afastou, ao caso concreto, os parâmetros prescricionais fixados nos acordos internacionais, há violação ao Tema 210 da Repercussão Geral.

*Diante do exposto, com base no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, reconsiderando a decisão anterior, julgo procedente o pedido, de forma que seja cassado o ato reclamado”.*⁸⁵

(ii) decisão da Min. Cármen Lúcia no RE 1233688-RS:

“Recurso extraordinário. Consumidor. Transporte aéreo Internacional. Danos morais por Extravio de bagagem. Prazo Prescricional. Convenções Internacionais de Varsóvia e de

⁸⁵ STF, 1.ª T., AgRgRcl 42140-RJ, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 16.12.2020, DJUe 8.1.2021.

Montreal. ARE 766618 e Tema 210 da Repercussão Geral. Aplicabilidade. Precedentes. Recurso extraordinário provido".⁸⁶

(iii) decisão do Min. Edson Fachin no ARE 1202866-SP:

“Em relação à questão específica da prescrição, situação do presente caso, restou decidido que a prescrição aplicável às causas indenizatórias relativas ao transporte internacional de passageiros e cargas é de dois anos, nos termos da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Montreal), recepcionada pelo Decreto 5910/2006.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do art. 932, V, b, e VIII, do CPC e art. 21 § 2.º, do RISTF, para, reconhecida a prescrição, reformar o acórdão recorrido e julgar improcedente o pedido".⁸⁷

(iv) decisão do Min. Marco Aurélio no ARE 1158691-PR:

“Recurso extraordinário. Permissivo constitucional. Enquadramento. Ausência. Agravo. Desprovidimento.

1. A Turma Recursal confirmou o entendimento do Juízo quanto à prescrição da pretensão indenizatória decorrente de extravio de bagagem, considerada a prevalência da Convenção de Montreal em face do Código de Defesa do Consumidor. No extraordinário, a apelante aponta violado o artigo 5.º, inciso XXXII, da Constituição Federal. Alude à legislação consumerista nacional.

2. Eis a síntese da decisão recorrida:

Recurso inominado. Transporte aéreo. Ação de indenização por danos morais e materiais. Extravio de bagagem. Prazo prescricional de dois anos. Fundamento no art. 35, item 1, da Convenção de Montreal. Reconhecimento da prescrição. Extinção do feito com resolução do mérito. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso conhecido e não provido.

3. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento firmado no Supremo".⁸⁸

⁸⁶ STF, RE 1233688-RS, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.9.2019 (monocrática), DJUe 30.9.2019.

⁸⁷ STF, ARE 1202866-SP, rel. Min. Edson Fachin, j. 30.5.2019 (monocrática), DJUe 4.6.2019.

⁸⁸ STF, ARE 1158691-PR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.6.2019 (monocrática), DJUe 24.6.2019. Interpostos agravo interno e embargos de declaração, foram ambos desprovidos pelo colegiado:

(v) Decisão do Min. Luiz Fux no RE 1213708-RJ:

“Recurso extraordinário. Responsabilidade civil. Danos morais. Relações de consumo decorrentes de contratos de transporte aéreo internacional. Conflito entre lei e tratado. Indenização. Prazo prescricional previsto em convenção internacional. Aplicabilidade. ARE 766618. Tema 210 da repercussão geral. Recurso provido.

*In casu, o dano alegado corresponde a atraso de voo em janeiro de 2012. Como a ação foi proposta em 19 de agosto de 2014, há que se reconhecer a ocorrência da prescrição”.*⁸⁹

Os argumentos são pela supralegalidade do tratado relativamente ao direito interno federal brasileiro, no que tange ao transporte aéreo internacional (**CF 178**):

*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 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”.*⁹⁰

STF, 1.^a T., AgRgEDclARE 1158691-PR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.9.2019, v.u., DJUe 21.11.2019.

⁸⁹ STF, ARE 1213708-RJ, j. 14.6.2019 (monocrática), DJUe 19.6.2019. Interposto agravo interno, o colegiado a ele se negou provimento: STF, 1.^a T., AgRgARE 1213708-RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 30.8.2019, v.u., DJUe 18.9.2019.

⁹⁰ STF, Pleno, ARE 766618-SP, rel. Min. Roberto Barroso, j. 25.5.2017, m.v., DJUe 13.11.2017. No mesmo sentido: STF, 1.^a T., AgRgARE 1213708-RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 30.8.2019, v.u., DJUe 18.9.2019.

PROFESSOR DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

PROFESSORA DRA. ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY
Professora Livre Docente da Faculdade de Direito da PUC-SP

Dessa forma, ainda que existam decisões do STF que causam dúvidas no jurisdicionados, porque dadas num e noutra sentido, a solução que nos parece mais correta é a de que, em se tratando de demanda decorrente de transporte aéreo internacional, **o prazo prescricional é bienal, nos termos do que prevê o artigo 35 da Convenção de Montreal, tanto no que se refere a danos materiais como também a danos morais.**

12. CONCLUSÃO E RESPOSTA AOS QUESITOS.

Ao final deste parecer apresentamos as seguintes conclusões e respondemos os quesitos que nos foram dirigidos pela **CONSULENTE**.

12.1. Conclusões:

- 1.** O contrato de transporte se qualifica como de resultado e, quando celebrado por consumidor (**CDC 2.º, 17 e 29**), como relação de consumo, relação essa sujeita ao regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor (**CDC**).
- 2.** O **CDC** é lei parcialmente principiológica.
- 3.** O regime da indenização do **CDC** é o da responsabilidade objetiva, exceto quanto à responsabilidade do profissional liberal (**CDC 14 § 4.º**).
- 4.** O Brasil, como signatário da **Convenção de Viena sobre Tratados (1969)** – em vigor no país – deve cumprir e fazer cumprir as convenções e os tratados internacionais por ele subscritos.
- 5.** O Brasil não pode descumprir as convenções e os tratados internacionais a que aderiu, a pretexto de que há dispositivos nestes que estão em desacordo com o seu direito interno (**art. 27 da Convenção de Viena [1969]**).
- 6.** As convenções e tratados internacionais de que o Brasil seja signatário entram no direito positivo brasileiro mediante Decreto Legislativo (**DLeg**) aprovado pelo Congresso Nacional e de Decreto (**D**) do Presidente da República mandando executá-los em todo o território nacional.
- 7.** Convenção ou Tratado internacional sobre direitos humanos, se seguido o processo legislativo previsto na **CF 5.º § 3.º** para sua aprovação, ingressa no direito brasileiro como texto constitucional.

8. Convenção ou Tratado internacional sobre qualquer matéria, salvo direitos humanos, se aprovado pelo Congresso Nacional e mandado executar pelo Presidente da República, ingressa no direito brasileiro como texto supralegal: abaixo da Constituição, mas acima da lei.

9. Havendo aparente conflito entre convenção ou tratado internacional e o direito interno brasileiro, prevalece o disposto no texto internacional, que entra no direito positivo brasileiro como texto normativo a) constitucional (em matéria de direitos humanos – **CF 5.º § 3.º**) ou b) supralegal (nas demais matérias).

10. Convenção ou tratado internacional somente pode ser revogado pelo instituto da denúncia, na forma e nos termos do **art. 42 e ss. da Convenção de Viena (1969)**, mas não por legislação interna superveniente do Estado subscritor do texto internacional.

11. Dada a natureza de texto normativo supralegal de que se reveste a convenção ou tratado internacional de que o Brasil seja signatário, dispositivos deles não podem ser revogados por lei brasileira posterior ou especializada. Inadmissibilidade da aplicação das regras a) *lex posterior derogat prior* nem b) *lex specialis derogat legi generali*. Revogação de tratado somente pode dar-se pela denúncia, nos termos do disposto na **Convenção de Viena [1969]**.

12. Conforme determina a **CF 178**, tratando-se de transporte aéreo internacional, aplicam-se integralmente ao direito brasileiro e sobre ele prevalecem todas as disposições da **Convenção de Montreal (1999)** e da **Convenção de Varsóvia (1929)**, que tratam do transporte aéreo internacional.

13. As pretensões indenizatórias decorrentes de transporte aéreo internacional, por danos materiais e/ou morais a pessoas ou coisas (*e.g.* bagagens), prescrevem em dois anos, contados da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou, ainda, do dia em que houve interrupção do transporte (**art. 35 da Convenção de Montreal [1999]**).

14. Os limites de montante de indenização, previstos nas **Convenções de Varsóvia (1929)** e de **Montreal (1999)** aplicam-se ao direito brasileiro e prevalecem sobre dispositivos legais internos que estiverem em sentido contrário.

15. O regime de indenização por danos em virtude contrato de transporte aéreo internacional, quando a sistema (responsabilidade objetiva), valores (limites) e extinção da pretensão (prescrição), é o previsto nas **Convenções de Varsóvia** e de **Montreal**.

16. Aplicam-se os textos normativos do direito interno brasileiro (**CC, CDC** etc.) ao contrato de transporte aéreo internacional, naquilo que não for conflitante com texto das **Convenções de Varsóvia** e de **Montreal**.

17. As disposições sobre contrato de transporte aéreo internacional das **Convenções de Varsóvia** e de **Montreal** prevalecem sobre os dispositivos do Código Civil (**CC**), do Código de Defesa do Consumidor (**CDC**) e demais textos legislativos infraconstitucionais.

18. Podem ser cumuladas indenizações por dano moral e material derivados do mesmo fato (**STJ 37**) de transporte aéreo internacional, mas a soma dessas indenizações sofre as limitações do **art. 22 da Convenção de Montreal**.

19. Não há dano moral *in re ipsa, per se*. Todo e qualquer dano deve ser provado quanto à sua existência e quantificado quanto à sua extensão. Aquele que alega haver sofrido dano moral em virtude de inadimplemento de contrato de transporte aéreo internacional, deve comprovar o dano e seu montante para que tenha direito de ser indenizado.

20. As teses fixadas no **Tema 210** da repercussão geral do STF aplicam-se à indenização por danos morais e patrimoniais.

21. A **CF 5.º V e X** não autorizam a conclusão de que o dano moral estaria fora da limitação do **art. 22 da Convenção de Varsóvia**.

22. Ao apreciar o **Tema 210**, o STF incluiu o dano moral no sistema da indenização tarifada da Convenção de Montreal.

23. Na fixação da tese do **Tema 210** o STF não autorizou a fixação ilimitada de indenização por dano moral.

24. Caso fortuito (externo) e força maior são circunstâncias que quebram o nexo de causalidade entre o fato e o dano e, por consequência, não autorizam a condenação do transportador a indenizar os danos decorrentes do descumprimento do contrato.

25. Não há, no direito brasileiro, previsão autorizando a condenação a indenizar a título de danos punitivos (*punitive damages*), danos exemplares (*exemplary damages*), ou como lição para não mais transgredir, sem contar o fato de que a **Convenção de Montreal**, em seu **art. 29**, veda indenização a esse título.

26. Decisão judicial que condena a indenizar por danos punitivos, exemplares ou como lição é arbitrária e *contra legem* e deve ser cassada pelo recurso apropriado e/ou rescindida por ação rescisória.

27. Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que aplicam a tese decorrente do julgamento do Tema 210 apenas a situações rigorosamente idênticas aos recursos que foram julgados por ocasião da apreciação do Tema estão em desacordo com a Código de Processo Civil em vigor e com a *ratio decidendi* ínsita ao precedente.

28. Situações caracterizadas como força maior ou caso fortuito, como tempestades, furacões, nevascas, problemas de infraestrutura aeroportuária ou limitações de controle de tráfego aéreo, assim como manutenções não programadas e imprevistas devidamente informadas aos passageiros, a impedir a decolagem e chegada de voo no horário, por motivo de segurança, não são conexas ao risco do negócio nem podem ser caracterizadas como fortuito interno, e rompem o nexo de causalidade de forma a exonerar o transportador aéreo do dever de indenizar.

12.2. Respostas aos quesitos:

I – Sobre o conteúdo dos textos normativos da Convenção de Montreal (1999) e o CDC:

1. Considerando a “*ratio decidendi*” ínsita ao precedente resultante do julgamento do Tema 210 e o disposto no art. 178 da Constituição Federal, é possível entender que, conforme decidido pelo STF, a Convenção de Montreal se aplica em sua integralidade no Brasil e não apenas para limitar a responsabilidade por dano material em transporte de bagagens (item 2 do art. 22) e quanto à prescrição (art. 35)? Como poderíamos descrever a parte vinculante do precedente?

RESPOSTA: Aplica-se a Convenção integralmente. O reconhecimento da **Convenção de Montreal** como texto inserido no sistema jurídico brasileiro, hierarquicamente superior aos textos normativos das Leis federais, mesmo as que contenham preceitos principiológicos, como o **CC** e o **CDC**, autoriza o juiz brasileiro a aplicar, harmonicamente, os comandos que a **Convenção de Montreal** contém para toda a espécie de danos (ditos materiais e morais, patrimoniais e extrapatrimoniais) relacionados com a falha objetiva do contrato de transporte (com o chamado **dever de prestação**) indenizando passageiros de voos internacionais de forma tarifada. A força da decisão do STF (**Tema 210**) opera-se no sentido de estabelecer a hierarquia da **Convenção de Montreal** sobre o **CDC** e o **CC**, que – uma vez reconhecida e de forma vinculante – obriga o juiz brasileiro a aplicar para o transporte aéreo internacional de passageiros com bagagem acompanhada, ou desacompanhada, as prescrições da **Convenção de Montreal**, quando houver cancelamento ou atraso de voo; perda ou extravio temporário de bagagem. As regras de prescrição, bem por isso, também são as do texto da **Convenção (art. 35, 1)** – dois anos –, quanto às pretensões decorrentes dessa falha.

Com vêm anotar, por oportuno, que não se admite a aplicação do precedente do **Tema 210** apenas para limitar a responsabilidade do transportador aéreo por danos materiais no transporte de bagagem, pois isso estaria em desacordo com a sistemática do **Código de Processo Civil** sobre precedentes.

2. Pode-se afirmar, à luz do precedente resultante do julgamento do Tema 210 pelo STF,

que o prazo prescricional de 2 (dois) anos previsto no item 1 do art. 35 da Convenção de Montreal se aplica a toda ação resultante do contrato de transporte aéreo internacional de passageiros incluindo aquelas cujo pedido abrange indenização por dano material e moral?

RESPOSTA: SIM, desde que a invocada causa do dano seja decorrência de inadimplemento de dever de prestação. A **Convenção** abrange o regulamento do transporte aéreo internacional de pessoas e de suas bagagens e os danos que daí derivam (quer os denominados danos morais, quer os denominados danos materiais por inadimplemento absoluto ou relativo do **dever de prestação** do contrato de transporte), bem como a tarifação desses danos. Dever de prestação do transportador no contrato de transporte é levar incólumes o passageiro com sua bagagem do ponto de partida até o desembarque, sob sua custódia (dever de conduta). O prazo prescricional para o exercício da pretensão indenizatória que deles derivem, são também regulados em sua inteireza pelo sistema da **Convenção de Montreal**.

Eventual manifestação de Ministro do STF, quando do julgamento da repercussão geral (**Tema 210**), quando do mérito do recurso respectivo (RE 636331-RJ), aduzindo seu entendimento de que os danos morais não deveriam submeter-se ao sistema da Convenção, terá sido exteriorizada como *obiter dictum*, não integrando o conteúdo do dispositivo da decisão do colegiado. Esses fundamentos – *obiter dicta* – não compõem a **Tema 210** da repercussão geral, tampouco a tese firmada no julgamento do RE 636331-RJ (mérito). Por isso não podem ser levados em consideração pelo juiz, quando da aplicação da referida tese ao caso concreto.

3. É possível afirmar que as indenizações por dano moral em situações de atraso ou cancelamento de voo internacional assim como extravio temporário ou definitivo de bagagens, não podem apresentar caráter punitivo ou educativo em vista do disposto no art. 29 da Convenção de Montreal?

RESPOSTA: SIM. O direito positivo brasileiro não adotou o sistema existente em alguns estados americanos, de *punitive damages*, de sorte que essas condenações “pedagógicas”, constantes de algumas decisões judiciais brasileiras, têm sido dadas *contra legem*. No direito brasileiro há autorização para a indenização atingir montante apto a promover a

recomposição do patrimônio efetivamente lesado pelo dano efetivamente provado. Indenizar é recompor patrimônio diminuído.

O sistema da responsabilidade civil objetiva não autoriza esse salto interpretativo que alguns os tribunais têm dado, para supor outra função para a indenização, que não a que decorre da efetiva compensação patrimonial pela perda ou diminuição do patrimônio do lesado.

Tampouco pode-se conceder indenização independentemente da prova da existência de dano e que o montante dessa indenização deva ser fixado pelo juiz arbitrariamente, de forma a operar uma lição, pedagógica e educativa, ao suposto devedor. Isso, que tem agasalho no sistema americano, não existe no direito brasileiro.

4. As normas limitativas de responsabilidade previstas no artigo 22 da Convenção de Montreal são incompatíveis com o princípio da reparação integral estipulado no artigo 5.º, incisos V, X e XXXII, da Constituição Brasileira, artigo 944 do Código Civil e artigo 6.º VI do Código de Defesa do Consumidor?

RESPOSTA: Relativamente à compatibilização entre os dispositivos da **CF** e da **Convenção de Montreal**, certamente que a prevalência da Constituição brasileira sobre tratado internacional não se discute. Contudo, relativamente à comparação entre a Convenção de Montreal e o direito federal interno brasileiro (**Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Código Brasileiro de Aeronáutica** etc.), a convenção prevalece dado o seu caráter de texto normativo supralegal, caráter esse que foi reconhecido pelo STF: o tratado internacional que não seja de direitos humanos, reside entre a **CF** e a lei federal, vale dizer, é “menos” do que a **CF**, mas “mais” do que a lei federal.

Se for de direitos humanos e haja ingressado no direito interno brasileiro por processo legislativo (**Decreto Legislativo**) com o rito de emenda constitucional, recebe o status de texto normativo constitucional (**CF 5.º § 3.º**): vale tanto quanto qualquer outro texto normativo que se encontre no corpo da **Constituição**.

Os dispositivos de direitos fundamentais, estatuídos na **CF 5.º V e X** garantem a indenização dos danos morais, materiais e à imagem por ofensa por intermédio de meio de comunicação, além de indenização por danos morais e materiais decorrentes de violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem de alguém. Todavia não fixam piso nem teto

de valores para essa indenização, de sorte que a não exclusão de indenização desses danos e, ainda, a tarifação desses danos materiais e morais prevista na **Convenção de Montreal** são compatíveis com essa garantia constitucional.

5. Pode-se afirmar que o fato de um extravio definitivo de bagagem, isoladamente considerado, em voo de ida, ou seja, caso o passageiro esteja fora de seu domicílio, ocasiona necessariamente ofensa genuína à honra ou à personalidade do passageiro? A conclusão seria outra se a companhia aérea reembolsar as despesas razoáveis e comprovadamente incorridas pelo passageiro em razão do extravio, nos termos da regulação vigente, além de pagar indenização prevista no item do art. 22 da Convenção de Montreal?

RESPOSTA: Extravio definitivo de bagagem não configura *per se* ofensa genuína à honra ou à personalidade do passageiro. Para receber indenização por ofensa a esses bens jurídicos, o passageiro consumidor de serviço de transporte aéreo internacional de pessoas e bagagens, há de comprovar a *efetiva* ocorrência da hipótese de fato que justifica a indenização tarifada por responsabilidade objetiva, ou seja, ser passageiro do voo do qual se originou a perda definitiva da bagagem. Cabe-lhe, também, a demonstração da extensão desse dano (**CC 944**), sem o quê não há como o indenizar. Dano à honra e a outros direitos de personalidade, devem ser demonstrados para que possa haver o dever de indenizar. Não há dano moral *per se*.

Provado o dano pelo passageiro, mediante comprovação de despesas em que incorreu em virtude do extravio definitivo de bagagem, a companhia aérea deve indenizá-lo, até o limite de 1.288 Direitos Especiais de Saque,⁹¹ nos termos da **Convenção de Montreal**. Esse limite engloba os danos morais, cumulados com os patrimoniais puros.

O limite da indenização só não incidirá se houver feito, nos termos do **art. 22, 2 da Convenção de Montreal**, “*declaração especial de valor da entrega*” (essa é a prova), circunstância que, se comprovada, obriga o transportador a indenizar até o limite declarado, salvo se a companhia aérea comprovar que houve fraude ou erro naquela declaração.

⁹¹ Conforme publicado pela Organização Internacional da Aviação Civil (OACI) (International Civil Aviation Organization – ICAO): https://www.icao.int/secretariat/legal/Pages/2019_Revised_Limits_of_Liability_Under_the_Montreal_Convention_1999.aspx (acesso em 5.4.2022).

Caso ocorrido o reembolso das despesas pela companhia aérea, tais valores poderão ser deduzidos da indenização tarifada a ser paga em caso de extravio de bagagem.

6. Pode-se afirmar que o fato de um extravio definitivo de bagagem, isoladamente considerado, em voo de retorno ao domicílio do passageiro, ocasiona necessariamente ofensa genuína à honra ou à personalidade do passageiro, caso a companhia aérea pague a indenização prevista no item do art. 22 da Convenção de Montreal?

RESPOSTA: Não configura ofensa genuína à honra ou à personalidade do passageiro., notadamente se a companhia aérea pagar a indenização prevista no **art. 22 da Convenção de Montreal**. Vide respostas aos quesitos 5 e 6 deste parecer.

II – Sobre o conteúdo do comando do CBAer e o CDC:

7. A norma disposta no art. 251-A do Código Brasileiro de Aeronáutica, com redação determinada pela Lei 14034/20, é compatível com os princípios do Código de Defesa do Consumidor?

RESPOSTA: SIM. O **CBAer 251-A**, com redação determinada pela Lei 14034/20 não precisaria ser escrito pelo legislador. É lógico e coerente com o sistema jurídico da responsabilidade civil (quer pelo sistema objetivo, quer pelo sistema subjetivo), que nenhuma indenização se justifica se não houver sido provado o dano, sua existência, conteúdo e extensão e o nexo de causalidade entre fato e dano. O **CDC** é aplicável ao transporte aéreo nacionais.

8. Atrasos de voo decorrentes de eventos de força maior, incluindo aqueles previstos no § 3.º do art. 256 do CBAer, rompem o nexo de causalidade para efeito de exclusão da responsabilidade do transportador aéreo ou nestas situações a responsabilidade poderia ser fundamentada na teoria do risco do negócio?

RESPOSTA: SIM. Caso o atraso se dê em decorrência de força maior (v.g. eventos incontroláveis da natureza) ou de caso fortuito externo (v.g. determinações de autoridades, manutenção de segurança) rompe-se o nexo de causalidade entre o fato da atividade de transportar e o eventual dano, razão pela qual, nessas circunstâncias, o transportador não é

obrigado a indenizar.

Tanto força maior e caso fortuito, quanto atraso ocorrido como consequência de determinação de autoridade, não ensejam a responsabilização do transportador, ainda que sob a teoria do risco do negócio, pela ausência de nexo de causalidade entre essa atividade e o dano.

III – Sobre a ordem de indenizar sem que se prove a ocorrência de efetivo dano moral:

9. Pode-se afirmar que atrasos ou cancelamento de voos determinados por motivo de força maior ou segurança de voo ocasionam, necessariamente, ofensa genuína à honra ou à personalidade do passageiro?

RESPOSTA: NÃO. A força maior, o caso fortuito e o fato de terceiro desmontam o nexo de causalidade entre o fato do serviço e o dano, conforme previsão expressa da **Convenção de Montreal**. Força maior e caso fortuito excluem o dever de indenizar.

10. Considerando o disposto no art. 251-A do CBA, com redação determinada pela Lei 14034/20, e o art. 29 da Convenção de Montreal, é possível a indenização “*in re ipsa*” e com caráter punitivo na hipótese de atraso (extravio temporário) na entrega da bagagem ou extravio definitivo?

RESPOSTA: NÃO. Em matéria de responsabilidade civil, frequentemente pode-se incorrer em equívocos, caso não se considerem algumas importantes premissas teóricas do sistema que rege a matéria, no tempo e no espaço de incidência da norma jurídica em questão. *Entre nós não opera efeito jurídico algum a figura dos punitive damages, típica do direito em alguns estados americanos, pois ela não existe no direito brasileiro.* Entre nós prevalece a clássica feição que o direito português repisa: o dano é pressuposto da responsabilidade civil e toda a indenização

pressupõe um dano efetivo que possa ser ressarcido em igual medida e proporção pelo patrimônio imputado para essa finalidade institucional de equilíbrio jurídico. O dano moral, como todo e qualquer dano, precisa ser provado quanto a sua ocorrência, conteúdo e extensão; a tarifação pode ser aceita em casos específicos, de acordo com o sistema do direito brasileiro, no qual se incluem as convenções internacionais de que o país seja signatário; não existe no sistema jurídico brasileiro a figura dos *punitive* ou *exemplary damages*, do direito norte americano.

A eventual condenação do transportador aéreo, sem a existência do dano efetivo, para simplesmente puni-lo ou como lição para que sirva de exemplo, terá sido dada arbitrariamente e *contra legem*. Não há no direito brasileiro indenização por *punitive damages* ou *exemplary damages*. Sentença estrangeira que tenha condenado alguém a indenizar esses danos punitivos ou exemplares, não produz eficácia no Brasil – não pode ser aqui homologada pelo STJ –, por ser contrária ao que dispõe nosso direito interno. Aliás, tais danos punitivos não são reconhecidos na grande maioria dos países de *civil law*, como, por exemplo, a Alemanha:⁹² sem previsão expressa na lei autorizando esse tipo de indenização, não há como admitir a condenação.

11. Pode-se afirmar que o fato do atraso de uma bagagem (extravio temporário), isoladamente considerado, em voo de retorno ao domicílio do passageiro ocasiona necessariamente ofensa genuína à honra ou à personalidade do passageiro?

RESPOSTA: NÃO. Não existe dano moral *in re ipsa*. Há que se demonstrar a efetiva existência do dano à honra ou à personalidade do passageiro, bem como sua extensão (**CC 944**) para que, nos limites do

⁹² No sentido de que o direito alemão não admite indenização por danos punitivos ou exemplares. Ver, por todos: Volker BEHR. *Strafschadenersatz im deutschen Recht – Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens*, in ‘Zeitschrift für das Juristische Studium’ (ZJS), 2010 (3), pp. 292 ss. O Bundesgerichtshof (BGH) alemão, equivalente ao nosso STJ, decidiu pela inadmissibilidade de indenização por danos punitivos (*Strafschadenersatz*) no direito alemão e, conseqüentemente, pela impossibilidade de homologação de sentença estrangeira que contenha esse tipo de condenação: BGHZ (Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen) (periódico), Köln: Carl Heymanns Verlag, v. 118 (1992), pp. 312 ss.

art. 22 da Convenção de Montreal, haja o dever de a companhia aérea indenizar os danos por extravio temporário de bagagem. Vide resposta aos quesitos 5, 6 e 7 acima.

12. Pode-se afirmar que o fato do atraso de uma bagagem (extravio temporário), isoladamente considerado, em voo de ida, ou seja, caso o passageiro esteja fora de seu domicílio, pode ocasionar ofensa genuína à honra ou à personalidade do passageiro? A conclusão seria outra se a companhia aérea reembolsar as despesas razoáveis e comprovadamente incorridas pelo passageiro em razão do extravio, nos termos da regulação vigente?

RESPOSTA: NÃO. Conforme afirmamos diversas vezes ao longo deste parecer, não existe dano patrimonial ou moral *in re ipsa*. Dano, qualquer que seja sua natureza, deve ser comprovado em sua existência e extensão, porquanto o dano é pressuposto do direito de o lesado ser indenizado e do dever de indenizar do causador desse mesmo dano. Vide resposta aos quesitos 6 e 7, acima.

IV – Sobre a análise jurídica dos fatos assim considerados: “atraso de voo”, “cancelamento de voo”, “extravio temporário e definitivo de bagagem”, “caso fortuito”, “força maior”, “fato de terceiro”:

13. Ocorrências imprevisíveis ou inevitáveis, fora do controle da companhia aérea, como fenômenos meteorológicos, problemas associados à infraestrutura aeroportuária ou controle de voo, assim como situações em que a companhia aérea se vê forçada a atrasar a partida de uma aeronave por questões de segurança (tais como necessidade de reparos urgentes ou manutenção não programada), excluem a responsabilidade do transportador em razão do atraso da viagem? Alguma dessas hipóteses pode ser considerada “fortuito interno” ou “risco do negócio” de forma a atrair a responsabilização do transportador aéreo?

RESPOSTA: SIM. A existência de fatos da natureza fora do controle do transportador aéreo, como os fenômenos da natureza, bem como problemas associados à infraestrutura aeroportuária, controle de voo, ou atraso em razão de segurança do voo e dos passageiros, rompem o nexo de causalidade entre fato e dano, ao mesmo tempo em que não se consideram como “fortuito interno” ou “risco do negócio” para efeitos de indenização.

14. Considerando que a obrigação de prestação de assistência material em caso de atraso ou cancelamento de voo decorre do previsto no art. 32 da resolução 400 da ANAC, e considerando que a referida Resolução tem aplicabilidade restrita ao território nacional, conforme já determinou a própria agência nos termos do Parecer nº 423/2011/PGFPF/ANAC da Procuradoria Federal junto à ANAC constante dos autos do Processo nº 60800.113655/2011-14 e Nota Técnica n. 5 (SEI)/2017/GCON/ SAS, há embasamento legal para condenações por dano moral caso a companhia aérea deixe de prestar assistência em aeroportos estrangeiros, em países onde não há norma similar, especialmente se o atraso ou cancelamento decorrer de caso fortuito ou força maior?

RESPOSTA: As resoluções da agência reguladora brasileira (ANAC) aplicam-se às ocorrências havidas em território brasileiro, como é curial. Destarte, os acontecimentos havidos em território de outro país, derivados de transporte aéreo internacional, estão imunes à incidência de textos normativos regulatórios brasileiros.

Obrigação de o transportador aéreo prestar assistência material ao passageiro em território estrangeiro decorre dos deveres anexos do contrato de transporte que, no caso, é matéria regulada pela referida **Convenção**.

Considerando que a **Convenção de Montreal** não trata especificamente da obrigação de prestação de assistência em aeroportos, essa obrigação decorre da regulação estrangeira aplicável à espécie. No caso de omissão dessa regulação no país estrangeiro, será liberalidade da companhia aérea prestar assistência no aeroporto estrangeiro, já que ausente a obrigação legal que imponha à companhia esse dever.

V – Sobre a distinção dos conceitos de “dano moral” e de “dano material” ao ensejo da análise do Tema 210 do STF.

15. Ao julgar o Tema 210–STF, e, portanto, a validade das normas previstas na Convenção de Montreal à luz do art. 178 da Constituição Federal, o STF teria competência para determinar que apenas danos morais estariam sujeitos aos limites indenizatórios previstos no art. 22 da Convenção de Montreal e não os danos morais?

RESPOSTA: O dano jurídico – nas hipóteses em que o legislador convencional entende impor-se a tarifação da indenização – se adequa a uma finalidade jurídica da indenização que se considera possível e própria

para a indenização daquele dano, naquele ambiente onde o dano, com aqueles contornos específicos, se revelou. Por isso é possível a indenização por dano moral vir a ser tarifada por lei, lei que supera na ordem da hierarquia das normas no direito brasileiro o **CDC**, como é o caso da **Convenção de Montreal**, pois não há impedimento Constitucional para isso. Essa solução alcança o dano moral, que também é patrimonial, porque a dicotomia que há entre o dano moral e o dano material está no objeto da perda (elementos da humanidade do ser) e não na patrimonialidade da indenização (que se revela no valor da indenização, ainda que tarifada).

A CF 5.º V e X, por exemplo, são dispositivos que não fixam piso nem teto para indenização do dano moral. Deixaram livre o caminho para que o legislador infraconstitucional – no caso, a **Convenção de Montreal**, legislador *supralegal* –, abarcasse a indenizabilidade do dano moral como manda o texto constitucional brasileiro, mas que a convenção pudesse tarifar essa indenização, como é o caso do limite imposto pelo **art. 22 da Convenção**.

Como o texto constitucional não adotou a regra da indenizabilidade ilimitada do dano moral, as considerações feitas pelos Eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal feitas sobre o alcance da limitação da Convenção apenas aos danos patrimoniais, deixando os danos morais fora daquele limite, não podem ser utilizadas pelo juiz como se fossem parte integrante das teses fixadas pelo STF no **Tema 210** da repercussão geral e no RE 636331-RJ que julgou o mérito da questão. Tais fundamentos são *obiter dicta*, vale dizer, não fazem parte das “teses vinculantes” decididas pelo STF. As teses do **Tema 210** e do RE 636331-RJ abrangem tanto os danos patrimoniais, quanto os danos morais. Ainda que possam ser cumulados quando oriundos do mesmo fato, como determina a súmula da jurisprudência predominante no STJ (**STJ 37**), a condenação **total** dos danos cumulados está limitada ao valor determinado pelo **art. 22 da Convenção de Montreal**.

16. Considerando que o precedente decorrente do julgamento do Tema 210 pelo STF surgiu da análise conjunta de uma ação em que se discutia a responsabilidade civil de uma empresa aérea pela perda de bagagem e de um processo em que se discutia o prazo prescricional para propositura de ação de indenização por danos morais oriundos de atraso de voo, pode-se afirmar que o prazo prescricional previsto no art. 35 da Convenção de Montreal seria aplicável a indenização por dano material e não a dano moral, ou aplica-se a todo e qualquer pedido de indenização decorrente de dano, de qualquer natureza, decorrente do transporte aéreo internacional?

RESPOSTA: O dano é diminuição do patrimônio titularizado pela pessoa e, nesse sentido, é o fato que põe em movimento todo o sistema jurídico de **responsabilidade civil**: sem esse antecedente factual e lógico, não se há cogitar de indenização, ainda que o dano tenha conteúdo moral e ainda que se queira conceder ao postulante de indenização uma compensação argentária. Ela será sempre compensatória do que efetivamente se perdeu e não terá caráter de punição ou de dissuasão de quem incorreu no ato, ou suporta o fato, que gerou o dano que, por sua vez, justifica a indenização. A indenização por dano moral justifica-se, excepcionalmente, se o dano moral tem **outra causa**, que não o transporte em si. Se o passageiro foi vítima de atos ruinosos à sua integridade física ou moral, por parte da tripulação, agentes de solo, de embarque ou mesmo por parte de outro passageiro, sem que a tripulação pusesse cobro à cessação de ataques desferidos por passageiros outros, durante o tempo em que estava sob os cuidados do transportador, impõe-se ao passageiro a prova do descumprimento desse “dever de custódia”, típico de qualquer contrato de resultado. Nessa hipótese, pode o passageiro fazer a demonstração desse fato extra e de que o tal alegado dano não se inclui naqueles, considerados no âmbito da tarifação, sob a normatização da Convenção Internacional.


Ressalve-se, como já dito na resposta ao quesito n. 14, a ausência de obrigação de prestação de assistência material em aeroportos fora do Brasil, obrigação essa que pode existir ou não, a depender da legislação do país em que o aeroporto estiver localizado.

PROFESSOR DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

PROFESSORA DRA. ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY
Professora Livre Docente da Faculdade de Direito da PUC-SP

É a nossa opinião, salvo melhor juízo.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2022.

DocuSigned by:

AC713EC3C98447C...

NELSON NERY JUNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
(PUC-SP)

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP

Doutorado em Direito Processual Civil pela *Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg*
(Alemanha)

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de
Mesquita Filho” (UNESP)

DocuSigned by:

D3837586BDCF417...

ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY

Professora Associada (Livre-Docente) de Direito Civil da
Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Livre-Docente, Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP

Advogada – OAB-SP 382.367