

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR**

Maria Luiza Baillo Targa

**O DIÁLOGO DAS FONTES COMO MÉTODO DE APLIÇÃO HARMÔNICA DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA CONVENÇÃO DE MONTREAL
NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL**

**Porto Alegre
2017**

MARIA LUIZA BAILLO TARGA

**O DIÁLOGO DAS FONTES COMO MÉTODO DE APLICAÇÃO HARMÔNICA DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA CONVENÇÃO DE MONTREAL
NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção do título de Especialista em
Direito do Consumidor da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Orientadora: Profa. Dra. Claudia Lima
Marques

Porto Alegre
2017

Dedico este trabalho à minha família, Lina Stella, Luiz Felipe e Vitório, que sempre me apoia, incentiva e acompanha ao longo desta minha grande jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Professora Claudia Lima Marques não somente pelos ensinamentos transmitidos como principalmente por ser uma inspiração e um exemplo de pessoa a ser seguido por todos os seus alunos.

Agradeço aos meus pais, Lina Stella e Luiz Felipe, pelo amor incondicional, pela ajuda em todas as etapas de minha vida e por sempre me estimularem a correr atrás de meus sonhos.

Agradeço ao Vitório, meu grande companheiro, com quem divido minhas angústias e realizações.

Agradeço às minhas amigas Renata e Lara, pelo grande auxílio na concretização deste trabalho.

Agradeço, por fim, a todos que me ajudaram ao longo desta jornada.

*“Una volta che avrete imparato a volare,
camminerete sulla terra guardando il cielo
perché è là che siete stati ed è là che
vorrete tornare”.*
Leonardo da Vinci

RESUMO

Este trabalho visa analisar as características do contrato de transporte aéreo internacional e a regulamentação da responsabilidade civil do transportador aéreo de acordo com o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e as Convenções de Varsóvia e Montreal, das quais o Brasil é signatário, por meio do exame da doutrina e da jurisprudência relativas ao tema. Analisa o trabalho, principalmente, a recente decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 636.331 e do Agravo em Recurso Extraordinário nº 766.618, a qual não somente marcou uma mudança de entendimento consolidado pela Suprema Corte como também fixou tese no sentido de que as normas limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros previstas nas referidas Convenções Internacionais têm prevalência em relação à lei consumerista. Propõe a pesquisa o uso do Diálogo das Fontes como método de harmonização da aplicação simultânea das fontes normativas incidentes sobre os contratos de transporte aéreo internacional em que figuram como passageiros consumidores brasileiros, cujo objetivo-motriz é a promoção dos valores constitucionais que colocam a pessoa humana no centro da questão (concretização do princípio *pro homine*). Finaliza apontando a necessidade de debate sobre o tema e de modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal em vista da repercussão geral reconhecida nos casos recentemente julgados.

Palavras-chave: Transporte aéreo. Contrato de transporte aéreo internacional. Convenção de Varsóvia. Convenção de Montreal. Código de Defesa do Consumidor. Código Civil. Diálogo das Fontes. Recurso Extraordinário nº 636.331. Agravo em Recurso Extraordinário nº 766.618.

ABSTRACT

Ce travail a pour but d'analyser les caractéristiques du contrat de transport aérien international, ainsi comme la réglementation de la responsabilité du transporteur aérien, conformément au Code Civil, le Code de la Consommation et les Conventions de Varsovie et Montréal, dont le Brésil est signataire, par l'examen doctrinal et jurisprudentielle en ce qui concerne ledit sujet. Le travail précise, notamment, la récente délibération proférée par la Cour Suprême du Brésil dans l'arrêt conjoint du recours extraordinaire n ° 636.331 et du recours extraordinaire avec plainte n ° 766.618, laquelle a accentué un changement de compréhension consolidée par la Cour Suprême, mais aussi a fixé une théorie dans le sens que les règles limitant la responsabilité des transporteurs aériens de passagers figurant dans les Conventions Internationales priment sur la loi consumériste. En outre, ce travail se propose à rechercher l'utilisation du Dialogue de Sources en tant que méthode d'harmonisation de l'application simultanée de différentes sources normatives incidentes sur les contrats de transport aérien international, où les consommateurs brésiliens figurent comme des passagers, dont l'objectif principal est la promotion de valeurs constitutionnelles qui placent la personne humaine (l'être humain) au centre de la question (concrétisation du principe *pro homine*). L'article finalise par souligner la compréhension de la Cour Suprême compte tenu la répercurssion générale reconnu dans les affaires récemment proférées.

Mots-clés: Transport aérien. Contrat de transport aérien international. Convention de Varsovie. Convention de Montréal. Code de la Consommation. Code Civil. Dialogue des Sources. Recours Extraordinaire n ° 636.331. Recours Extraordinaire avec plainte n ° 766.618.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
Art.	Artigo
CBA	Código Brasileiro de Aeronáutica
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR	11
2.1 O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO NO BRASIL.....	12
2.1.1 Características Gerais do Contrato de Transporte e Legislação Aplicável	12
2.1.2 A Responsabilidade civil do transportador de acordo com a legislação nacional.....	19
2.2 AS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E DE MONTREAL.....	32
2.2.1 Características Gerais e as hipóteses de responsabilidade civil do transportador no contrato de transporte aéreo internacional.....	33
2.2.2 Breve cotejo analítico-comparativo entre o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Montreal e o entendimento jurisprudencial relativo à aplicação destas três leis aos contratos de transporte aéreo internacional	42
3 O DIÁLOGO DAS FONTES COMO MECANISMO DE APLICAÇÃO HARMÔNICA DA LEGISLAÇÃO NACIONAL E DA CONVENÇÃO DE MONTREAL	59
3.1 O MÉTODO DO DIÁLOGO DAS FONTES	62
3.1.1 Características Gerais.....	62
3.1.2 A aplicação do Diálogo das Fontes pela jurisprudência brasileira na proteção aos direitos do consumidor	72
3.2 A APLICAÇÃO DO MÉTODO DO DIÁLOGO DAS FONTES PARA HARMONIZAR O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A CONVENÇÃO DE MONTREAL NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL	82
3.2.1 A Posição Hierárquica do Código de Defesa do Consumidor e da Convenção de Montreal no Ordenamento Jurídico Pátrio	82
3.2.2 Análise sobre a tese recentemente firmada pelo Supremo Tribunal Federal e a aplicação do Diálogo das Fontes como método de harmonização coerente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Montreal no transporte aéreo internacional.....	93
4 CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS.....	109

1 INTRODUÇÃO

O Homem sempre teve o desejo e a necessidade de se deslocar, seja para suprir suas necessidades básicas, tais como a constante busca de abrigo e de alimentos, seja para explorar mundos desconhecidos a fim de saciar seus desejos por conhecimento e novas descobertas. E foi graças a esses inúmeros deslocamentos que muitas invenções vieram à tona e que o mundo se tornou o que hoje é. Hodiernamente, as distâncias são cada vez menores, e o transporte aéreo se mostra o meio mais célere e eficiente para transladar pessoas entre os mais diversos países. O Direito, em tendo como primordial objetivo a regulamentação da vida em sociedade, acompanha toda essas transformações sociais e se adapta a essas novas realidades.

Ocorre que, justamente em virtude da globalização, da facilidade de deslocamento entre os mais diversos países e da quebra de paradigmas da modernidade advinda com a pós-modernidade, já não se pode mais pensar isoladamente no Direito Estatal particular a cada estado-nação sem considerar que uma mesma relação jurídica pode englobar sujeitos e territórios de diferentes países e, por consequência, pode ser regulada por diferentes normas nacionais.

Em virtude desta transnacionalidade dos contratos de transporte aéreo, da existência de Convenções internacionais que regulamentam a matéria paralelamente aos diplomas do direito interno que também abordam a questão, surge a necessidade de estudá-la e de analisar de que forma é regulado este contrato, em especial a responsabilidade civil do transportador aéreo, traçando um paralelo entre as disposições das Convenções de Varsóvia e de Montreal, das quais o Brasil é signatário, e as disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, sendo este o objeto primordial deste trabalho, o qual não tem o condão de esgotar a matéria, que, além de recente, é deveras rica e merece aprofundados estudos.

O tema ganha ainda maior destaque no plano interno em virtude do recente julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 636.331 e do Agravo em Recurso Extraordinário nº 766.618 realizado pelo Supremo Tribunal Federal no qual o pleno, após reconhecer a repercussão geral da matéria, fixou tese no sentido de que as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, em especial as Convenções de Varsóvia e de Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor nos termos do artigo 178 da Constituição Federal.

A tese, da forma como fixada, traz inúmeras dificuldades procedimentais aos intérpretes e aplicadores do direito, vez que, apesar de os feitos tratarem respectivamente da questão do extravio de bagagem no transporte aéreo internacional e do prazo prescricional para ajuizamento de ação de reparação civil por danos decorrentes deste contrato, o posicionamento, com reconhecimento de repercussão geral, foi fixado de forma eminentemente genérica, o que pode implicar em sua adoção para todos os demais danos decorrentes dos contratos de transporte aéreo internacional, assim como para a solução de todas as questões relativas a este tema.

Numa tentativa de abordar e analisar esta questão tão emergente quanto delicada, realiza-se um histórico da regulamentação do transporte aéreo no plano interno e no plano internacional, analisando-se os entendimentos jurisprudenciais firmados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça ao longo dos últimos anos, bem como o posicionamento da doutrina acerca do assunto.

Propõe-se, para a solução de uma aparente antinomia entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e as Convenções de Montreal e de Varsóvia, a aplicação do método do Diálogo das Fontes desenvolvido na Alemanha e internalizado a partir dos esforços de Claudia Lima Marques, cujo principal objetivo é permitir um verdadeiro diálogo entre normas de campos de aplicação convergente, promovendo os interesses da pessoa humana, por se tratar do método de solução de conflitos mais adequado à realidade atual e o que mais corrobora com o fundamento da Constituição Federal de 1988 de promoção da dignidade da pessoa humana e com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

2 O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR

Transportar vem do latim *transportare* e gramaticalmente exprime a ação de conduzir ou levar coisas e pessoas, em meios apropriados, de um a outro lugar. Transporte é, pois, a própria condução ou deslocamento de coisas e pessoas. Em relação ao local a ser executado, o transporte pode ser urbano, intermunicipal, interestadual ou internacional; em relação ao objeto a ser transportado, pode ser de carga, de bagagens ou de passageiros¹; e, conforme o meio empregado, pode ser terrestre (rodoviário e ferroviário), aquático (marítimo, fluvial, lacustre) e aéreo²³.

O Homem sempre teve a necessidade de deslocar a si e seus objetos, e os meios de transporte se desenvolveram paralelamente à própria evolução humana. Nos primórdios, o transporte era realizado por meio de força própria ou mediante tração animal, limitando-se a pequenas distâncias. Após a invenção da roda, o ser humano ganhou maior mobilidade e, com o surgimento dos barcos à vela e das grandes embarcações, foi possível transcender fronteiras e descobrir lugares antes inimagináveis⁴.

Mas foi a partir da segunda metade do século XVIII, em meio às grandes transformações econômicas e sociais ocorridas durante a Revolução Industrial, em virtude da criação de novas fontes de energia e dos motores a vapor, que os meios de transporte se desenvolveram de forma cada vez mais veloz: George Stephenson projetou e criou a locomotiva a vapor, anos depois Karl Benz criou o primeiro automóvel de três rodas movido à gasolina e Alberto Santos Dumont inventou o avião – ainda que os primeiros projetos sejam de autoria de Leonardo da Vinci. E foi possível ao Homem, tempos depois, chegar à lua.

A mecanização oriunda desse gradativo processo de industrialização iniciado a partir da Revolução Industrial, cujos princípios básicos eram a busca constante de

¹ SILVA, De Plácido E. **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1415.

² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord). **Código Civil Comentado**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 663.

³ Luis Felipe Salomão considera como espécies de transporte as seguintes: terrestre, aéreo, marítimo, fluvial, urbano, municipal, interestadual, internacional, coletivo e individual. (SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito Privado: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 199 [ebook])

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 12. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2012. p. 165.

novas fontes de energia e sua aplicação em máquinas capazes de produzir bens⁵, trouxe também surpreendentes mudanças sociais e a individualização das relações comerciais foi cedendo espaço para a produção em larga escala, provocando distanciamento entre o fabricante e seu cliente, fato que culminou na necessidade gradativa de se formalizarem e até mesmo padronizar os mais diversos contratos, dentre os quais se insere o contrato de transporte.

Hodiernamente, a globalização, o fácil acesso à informação por meio da internet e o desenvolvimento dos meios de transporte acabaram por encurtar distâncias e estimular o deslocamento entre cidades, estados, países e continentes. Seja por necessidade de trabalho, seja por lazer, fato é que as viagens estão cada vez mais presentes no cotidiano do ser humano, razão pela qual o contrato de transporte, em especial o aéreo, encontra-se cada vez mais em destaque no cenário internacional não somente pela necessidade de facilitar o deslocamento entre países como principalmente em virtude da necessidade de regulamentar a responsabilidade civil do transportador.

Antes, porém, de analisar de que forma o transporte aéreo vem sendo regulamentado no âmbito internacional, tema da segunda parte deste capítulo, de rigor analisar as características gerais deste contrato, sua regulamentação na seara nacional e ainda a jurisprudência dos tribunais pátrios quanto à questão da responsabilidade civil.

2.1 O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO NO BRASIL

2.1.1 Características Gerais do Contrato de Transporte e Legislação Aplicável

O direito ao transporte é tão relevante no âmbito nacional que a Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015, deu nova redação ao artigo 6º da Constituição Federal o elevou ao *status* de direito social⁶. Inclusive, a Constituição assinala competir privativamente à União legislar sobre as diretrizes da política nacional de transportes (art. 22, IX), sobre o regime dos portos, navegação lacustre,

⁵ AZEVEDO, Antonio Carlos do Amaral. **Dicionário de nomes, termos e conceitos históricos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. p. 344.

⁶ BRASIL. Emenda Constitucional n. 90, de 15 de setembro de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

fluvial, marítima, aérea e aeroespacial (art. 22, X), e sobre trânsito e transporte (art. 22, XI)⁷, tamanha importância do tema e a necessidade de uniformização das leis envolvendo transporte em todo o país. Sobre a questão, leciona Sérgio Cavalieri Filho⁸:

De todos os contratos, nenhum terá maior relevância social e jurídica na atualidade do que o contrato de transporte. Milhões e milhões de pessoas são transportadas diariamente de casa para o trabalho e vice-versa, principalmente nos grandes centros urbanos, gerando um grande número de problemas sociais e jurídicos, alguns deles até insolúveis.

Em que pese sua grande relevância social, o contrato de transporte somente foi disciplinado pela primeira vez no Brasil pelo Código Civil de 2002⁹. Antes disso, era espécie de contrato inominado¹⁰ e as diversas modalidades de transporte eram reguladas por normas esparsas elaboradas no contexto histórico em que cada meio se desenvolveu no país: o serviço subvencionado de transporte por automóveis foi regulamentado pelo Decreto nº 8.234/1910; o transporte ferroviário foi disciplinado em 1912 pelo Decreto nº 2.681; em 1931, o Decreto nº 20.704 promulgou a Convenção de Varsóvia e unificou certas regras relativas ao transporte aéreo internacional; já o transporte aéreo nacional foi tema do Decreto-lei nº 483/1938 (Código Brasileiro do

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 323.

⁹ Venosa salienta a intenção do legislador de 2002 de estabelecer regras gerais que serão aplicadas a todo e qualquer contrato de transporte da seguinte forma: “Foi intenção do legislador do Código de 2002 estabelecer as regras gerais do contrato de transporte, que deverão ser aplicadas em derrogação aos princípios que contrariarem a vasta legislação pretérita sobre transportes. Assim, qualquer que seja a modalidade do transporte, a cartilha legal básica a ser procurada para aplicação é a constante desse capítulo do Código”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: contratos em espécie. 12. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2012. p. 336)

¹⁰ Cavalieri Filho faz o seguinte apontamento acerca da omissão do contrato de transporte no Código Civil de 1916: “Não obstante essa relevância econômica, social e jurídica, o contrato de transporte não mereceu sequer uma referência no Código de 1916. Por que isso? Já se ressaltou que o Projeto do Código de 1916 foi elaborado por Clóvis Beviláqua na última década de 1800, quando o transporte coletivo era ainda incipiente, sequer existente. [...] Tenho para mim que o Código Civil de 1916 não fez referência ao contrato de transporte porque o legislador dele se esqueceu, preocupado com as questões do Congresso, olvidando-se de que o mundo aqui fora não havia parado; antes pelo contrário, as rodas estavam rodando, e cada vez mais rápido. E isso que ocorre quando há um distanciamento entre a lei e o fato; ou, melhor dizendo, quando o legislador está alheio ao fato. Pode também ter ocorrido que o legislador imaginou que a Lei das Estradas de Ferro já teria disciplinado suficientemente a questão, sem prever que outros meios de transporte haveriam de surgir, e, por isso, deixou o contrato de transporte apenas com a disciplina que recebera da Lei das Estradas de Ferro”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 324.)

Ar). Com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, em vista dos conceitos de consumidor¹¹ e fornecedor¹² nele disciplinados, passou-se a aplicar suas disposições a todas essas modalidades contratuais regulamentadas de forma esparsa aos contratos de natureza consumerista.

Quando da elaboração da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil de 2002¹³, Miguel Reale destacou a necessidade de reforma da Lei Civil então vigente como decorrência das alterações havidas no plano dos fatos e ideias, “tanto em razão do progresso tecnológico como em virtude da nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social”. Salientou que as novas figuras contratuais, às quais foram dadas soluções inspiradas nas experiências doutrinária e jurisprudencial brasileiras, enriqueceram o Direito das Obrigações, enfatizando ainda que a disciplina do contrato de transporte foi um dos pontos fundamentais desta atualização:

Não me posso alongar nas razões determinantes das modificações ou acréscimos propostos à legislação vigente, neste como nos demais Livros do Anteprojeto, mas elas se explicam graças ao simples cotejo dos textos. Limite-me, pois, a lembrar os pontos fundamentais, sem ser necessário fazer referências minuciosas às novas figuras contratuais que vieram enriquecer o Direito das Obrigações, como os contratos de comissão, de agência e distribuição, corretagem, incorporação edilícia, transporte etc., aos quais foram dadas soluções inspiradas na experiência doutrinária e jurisprudencial brasileira, indo-se além dos conhecidos modelos das mais recentes codificações. Demonstração cabal de nosso cuidado em dotar o País de institutos reclamados pelo estado atual de nosso desenvolvimento está no fato de, ainda agora, já em terceira revisão do texto, acrescentarmos um conjunto de normas disciplinando “o contrato sobre documentos” de grande relevância sobretudo no comércio marítimo.

[...]

22. Nesse contexto, bastará, por conseguinte, lembrar alguns outros pontos fundamentais, a saber: [...]

¹¹ O conceito de consumidor está previsto nos artigos 2º (“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”), 17 (“Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”) e 29 (“Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”), todos do Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 13 jan 2017.)

¹² O conceito de fornecedor está disciplinado pelo *caput* do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 13 jan 2017.)

¹³ BRASIL. Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 13 jan 2017.

l) Disciplinar o contrato de transporte que tem existido entre nós como simples contrato inominado, com base em normas esparsas. A solução normativa oferecida resulta dessa experiência, à luz dos modelos vigentes em outros países, com precisa distinção entre transporte de pessoas e transporte de coisas.

Uma vez aprovado o Anteprojeto, o contrato de transporte passou a ser regido pelos artigos 730 a 756 do Código Civil, subdividindo-se em transporte de pessoas (artigos 734 a 742) e de coisas (artigos 743 a 756), estando todos os contratos, não importando a espécie, sujeitos a estas disposições.

Estabelece o artigo 730 da Lei Civil que, “pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas¹⁴”.

De Plácido e Silva assevera que o contrato de transportes é aquele em virtude do qual um dos contratantes (transportador ou condutor) se obriga a levar, de um ponto a outro, coisas ou pessoas mediante pagamento pelo outro contratante (expedidor, carregador ou passageiro) de certa importância ou preço. Refere que este contrato é misto porquanto sofre interferência dos contratos de locação de coisas e serviços e, em certas circunstâncias, do contrato de depósito¹⁵.

Luis Felipe Salomão, por seu turno, afirma tratar-se de contrato bilateral, oneroso, comutativo, consensual, por adesão e que visa a resultado¹⁶: bilateral, porque envolve duas partes; oneroso, porque ambos os contratantes obtêm proveito (contraprestação de um serviço realizado); comutativo, porque diz respeito a prestações certas e determinadas; consensual, porque basta o consenso entre as partes para que seja válido e eficaz; de adesão¹⁷, quando se tratar de contrato no qual as cláusulas tenham sido estabelecidas unilateralmente pelo transportador sem que a outra parte possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo; e que visa a resultado, porque busca atingir o fim pelo qual foi firmado o contrato.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁵ SILVA, De Plácido E. **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1415.

¹⁶ SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito Privado: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 199. [ebook]

¹⁷ O conceito de contrato de adesão está disciplinado pelo *caput* do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078_compilado.htm>. Acesso em: 13 jan 2017.)

Rui Stoco ressalta que o contrato de transporte é um contrato de adesão¹⁸ com características *sui generis* na medida em que não se formaliza como os demais: basta ao usuário ter conhecimento prévio para aderir às suas condições, ainda que tacitamente¹⁹. Salaria que tais condições não podem ser abusivas, bem como que devem obedecer à função social do contrato, não podendo colocar o usuário em desvantagem ou impedi-lo de obter reparação pelo inadimplemento contratual²⁰.

Acerca da legislação aplicável, Salomão assinala ser imprescindível distinguir a natureza das relações jurídicas estabelecidas no contrato firmado de modo a compatibilizar as diferentes normas incidentes sobre a matéria²¹.

O artigo 732 do Código Civil autoriza, aos contratos de transporte em geral, a aplicação, quando couber e desde que não contrariem suas disposições, “os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais²²”.

Em comentário a este artigo, Rui Stoco faz duas importantes observações: na primeira, salienta que o legislador intencionalmente autorizou a aplicação da legislação especial, dos tratados e convenções, unicamente aos contratos, dando a entender que a estes só interessa o transporte como relação contratual; na segunda, destaca ter o legislador dado sobrevida à legislação precedente ao Código Civil e, simultaneamente, restringido seu alcance e eficácia, revogando todas as disposições de leis especiais que contrariem os preceitos dos artigos 730 a 756²³. O grande problema, contudo, está no fato de que o Código Civil contém apenas disposições gerais, nada mencionando acerca das questões peculiares de cada modalidade de transporte.

¹⁸ O doutrinador sustenta que o contrato de transporte constitui típico contrato de adesão porquanto quase sempre é aceito de maneira tácita pelo passageiro porquanto nada assina anuindo com eventuais condições contratuais, sendo que, em diversas ocasiões, sequer há documento elaborado pelo transportador. (STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 284.)

¹⁹ Venosa compartilha deste entendimento, com a ressalva de que, para o doutrinador, trata-se de negócio não formal ou não solene, “uma vez que não depende de forma prescrita para ser concluído. Eventuais documentos que são emitidos servem para legitimar ou provar a existência da avença”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. 12. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2012. p. 337-338.)

²⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 284-285.

²¹ SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito Privado: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 201. [ebook]

²² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²³ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 285.

Assim, considerando (a) que o artigo 732 do Código Civil expressamente autoriza a incidência, sobre os contratos de transporte, da legislação especial e dos tratados e convenções internacionais e (b) que o artigo 2º, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942) estabelece que a lei nova que estabelecer “disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior²⁴”, conclui que, aos contratos de transporte aplicam-se, naquilo em que forem compatíveis com o Código Civil, as legislações especiais preexistentes à legislação de 2002, bem como as disposições do Código de Defesa do Consumidor quando a relação se der entre um consumidor e um fornecedor.

Para o doutrinador, porém, o Código Consumerista seria inaplicável aos contratos de transporte. Sobre o ponto, assim se manifesta:

[...] o art. 732 do Código Civil deixa claro e evidente que aos transportes aplicam-se as suas normas e, quando couber, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.

Referiu-se, portanto, à legislação especial regente dos transportes, nada dizendo acerca do Código do Consumidor. Alias, não haveria lugar para este Estatuto, pois o conflito de normas seria evidente, considerando que a um só fato incidiriam o Código Civil, a legislação específica acerca daquela modalidade de transporte e, ainda, o Código do Consumidor, o que nos parece desarrazoado e inviável²⁵.

[...] os transportes encontram regulação por inteiro em leis específicas como o Código Civil e os estatutos que contêm suas especificidades. Sendo o Código do Consumidor lei genérica que se volta para o consumidor, sem especificar as diversas atividades, não pode, como lei genérica sobrepor-se à legislação específica agora renovada e com vigência ressalvada²⁶.

Data maxima venia, o entendimento do referido doutrinador é deveras minoritário no campo doutrinário nem encontra relevante amparo jurisprudencial.

Oportuno citar aqui o disposto no Enunciado nº 369 do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), integrante do Conselho da Justiça Federal (CJF), aprovado na IV Jornada de Direito Civil:

369 - Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este.

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

²⁵ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 287.

²⁶ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 429.

Nesse mesmo sentido lecionam Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin Moraes:

O CC não afasta, naquilo que não contrarie suas disposições, a incidência das leis especiais. Dentre as leis especiais avocadas pelo dispositivo, contudo, não se pode incluir o CDC, cuja aplicação imperativa independe, à evidência, de remissão efetuada por lei ordinária. O diploma de proteção ao consumidor, com efeito, não traduz lei especial cuja incidência dependa da autorização legislativa, sendo norma de ordem pública, informada por princípios constitucionais que impõem sua aplicação desde que se caracterize a relação de consumo.

Diante da disciplina codificada, que se limita a regular tipos contratuais, deve o intérprete garantir a unidade do ordenamento jurídico, à luz da ordem pública constitucional, de modo a compatibilizar os dispositivos com o CDC e o CC.

[...] Na hipótese de transporte de passageiros, resta evidente a verificação de uma relação de consumo na qual o transportador profissional assume a posição de fornecedor (CDC, art. 3º), ao passo que o usuário se enquadra na noção de consumidor.

[...] Da mesma forma, a codificação de 2002 não elide, no que for compatível com os seus ditames, a aplicabilidade dos tratados e convenções internacionais, como é o caso da Convenção de Varsóvia, de 12 de outubro de 1929 (ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 20.704 de 24 novembro 1931 e modificada pelo Protocolo de Haia, de 1955, bem como pelos Protocolos de Guatemala de 1971 e de Montreal de 1975), relativa ao transporte aéreo e do Código Brasileiro de Aeronáutica. Este, segundo entendimento predominante, restringe-se ao transporte em território nacional, ao contrário daquela convenção, que se aplica aos voos internacionais [...]²⁷

Luis Felipe Salomão²⁸ e Gustavo Tepedino²⁹ apenas ressaltam que, em se tratando de transporte de carga, para que incidam as normas do CDC sobre o contrato firmado, é necessário averiguar se há de fato relação de consumo, sob pena de incidirem apenas as regras não revogadas do Código Comercial, as gerais do Código Civil e a legislação especial específica sobre a matéria.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin De. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 522-523.

²⁸ SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito Privado: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 203. [ebook]

²⁹ O doutrinador ressalta o seguinte relativamente ao transporte de carga: “deve-se proceder a exame minucioso para verificar se o destinatário é o destinatário final do bem transportado. Não basta, portanto, que o transportador faça cessar a circulação física do bem. Para configurar relação de consumo, o bem não deverá ser posteriormente utilizado como insumo ou instrumento de produção. De ordinário o contrato de transporte de carga insere-se em ciclo produtivo, e constitui operação de meio para a transformação do bem transportado em produto manufaturado, com vistas a sua posterior colocação no mercado de consumo. O contrato de transporte corresponde, aqui, a uma fase de produção, como serviço agregado à atividade principal. Nesse contexto, afasta-se a aplicação do CDC, tratando-se de relação estabelecida entre o transportador e profissionais da indústria e do comércio”. (TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 2008. p. 469.)

Especificamente sobre contratos de transporte aéreo, isto é, aquele no qual o transportador (pessoa física ou jurídica, proprietário ou explorador da aeronave) se obriga a transportar “passageiro, bagagem, carga, encomenda ou mala postal, por meio de aeronave, mediante pagamento”³⁰, além das normas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor (se a relação for de consumo com vistas à ressalva supra), também incidem os ditames do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.656, de 19 de dezembro de 1986), por se tratar de legislação especial, e ainda, no que couber, as Resoluções da ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil³¹), autarquia integrante da Administração Pública Federal indireta e vinculada ao Ministério da Defesa cujo objetivo primordial é promover o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do país, podendo, para tanto, estabelecer regras normas para o funcionamento da aviação civil³².

Dessa forma, tem-se que, sobre um mesmo contrato de transporte aéreo incidem, no âmbito interno, (a) as regras e princípios constitucionais, os quais irradiam para todo o ordenamento jurídico pátrio; (b) as disposições do Código Civil; (c) o Código de Defesa do Consumidor se o contrato for de natureza consumerista; (d) as regras do Código Brasileiro de Aeronáutica e, ainda, (e) as resoluções da ANAC, naquilo em que forem compatíveis.

Em vista da pluralidade de fontes incidentes sobre esta modalidade contratual, de rigor analisar a responsabilidade civil do transportador em caso de dano causado ao passageiro, sua bagagem ou à carga transportada.

2.1.2 A Responsabilidade civil do transportador de acordo com a legislação nacional

Responsabilidade vem do latim *respondere* e exprime a necessidade de se responsabilizar alguém pela prática de atos danosos a terceiros. Rui Stoco, acerca do tema, assim ensina³³:

³⁰ Conceito disciplinado pelo artigo 222 do Código Brasileiro de Aeronáutica. (BRASIL. Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.)

³¹ Vide resoluções no seguinte endereço: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes>>.

³² BRASIL. Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em 17 jan. 2017.

³³ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 118-119.

Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de Justiça existente no grupo social estratificado.

Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

Do que se infere que a responsabilização é o meio e modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar o outro, ou seja, o *neminem laedere*. [...]

Digamos, então, que responsável, responsabilidade, assim como, enfim todos os vocábulos cognatos, exprimem ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência. É possível, diante disso, fixar uma noção, sem dúvida ainda imperfeita, de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional (não interessa investigar a repercussão inócua) da atividade do homem. Como esta varia até o infinito, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado.

A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social.

A responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo em indagar da responsabilidade daí decorrente.

O que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente.

Refere o autor que, para haver responsabilidade, é indispensável a prática de um ato ilícito, antijurídico, cometido de forma consciente e dirigido a um determinado fim ou orientado por comportamento irrefletido, mas informado pela desídia, açodamento ou inabilidade técnica, desde que conduza a um resultado danoso no plano material, imaterial ou moral. Conclui afirmando que responsabilidade civil é a “obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei³⁴”.

Nessa mesma linha Sérgio Cavalieri Filho leciona que, quando um dever jurídico é violado, configura-se o ilícito, e que este, quando acarreta dano a outrem, origina um novo dever jurídico: o de reparação do dano causado. Conclui que a responsabilidade civil é o “dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário³⁵”.

³⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 120.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1.

O Código Civil conceitua o ato ilícito nos seus artigos 186 e 187, estabelecendo que comete ato ilícito quem, por “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral” e ainda “o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes³⁶”.

Esses artigos consagram o princípio da responsabilidade mediante culpa, denominada pela doutrina e pela jurisprudência de **responsabilidade civil subjetiva**.

Para sua caracterização, é impreterível a presença de quatro elementos essenciais: a conduta (ação ou omissão: conduta positiva – *fazer* – ou negativa – *não fazer*), o dano (provocado pela conduta), o nexo causal³⁷ (entre o dano e a conduta praticada) e a culpa³⁸ (comportamento equivocado, sem intenção de lesar ou de violar direito, mas que se trata de erro inescusável ou sem justificativa plausível e do qual se poderia exigir comportamento diverso).

Ainda que a responsabilidade civil subjetiva seja a regra geral para responsabilização do agente causador do dano, a própria Lei Civil estabelece exceções nas quais a persecução da culpa é dispensável, a denominada **responsabilidade civil objetiva**, que se configura com a presença de três dos elementos citados (conduta, dano e nexo causal).

O parágrafo único do artigo 927³⁹ do Código Civil trata justamente dos casos em que se admite a responsabilidade objetiva na esfera civil: ou serão aqueles

³⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 jan 2017.

³⁷ Sérgio Cavalieri Filho assinala que, para existir responsabilidade, o dano sofrido pela vítima necessariamente deve decorrer da conduta ilícita praticada pelo agente. O nexo causal representa, ao seu ver, uma relação de causa e efeito entre a conduta e o dano: “um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49.)

³⁸ Rui Stoco refere que a culpa diz respeito a uma ação ou omissão e se revela através da imprudência (comportamento açoitado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo), da negligência (o agente se omite deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar as regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo) e da imperícia (atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano). (STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 132.)

³⁹ Os doutrinadores Gustavo Tepedino, Heloísa Barbosa e Maria Celina Moraes fazem importante reflexão ao comentar este artigo: “O CC alterou o sistema ao adotar, paralelamente à cláusula geral de responsabilidade subjetiva do art. 186 [...], a cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco. Nos termos do parágrafo único do art. 927. [...]. Ao contrário de outras normas que preveem a responsabilidade objetiva, a redação desta cláusula geral, por sua amplitude, não se mostra precisa, uma vez que toda e qualquer atividade implica, por sua própria natureza, ‘riscos para os direitos de outrem’. Contudo, o legislador quis se referir àquelas atividades que implicam alto risco ou em um risco maior que o normal, justificando o sistema mais severo de responsabilização. No

especificados por lei ou serão aqueles em que a atividade normalmente desenvolvida por quem praticar o dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem⁴⁰.

De qualquer modo, seja responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Esta reparação é normalmente feita através do pagamento de uma indenização de cunho material ou moral, direito este que foi elevado ao *status* de garantia fundamental pela Constituição Federal de 88 (artigo 5º, V)⁴¹.

O artigo 944 do Código Civil assevera que a indenização a ser paga se mede pela extensão do dano causado (o que doutrina e jurisprudência chamam de **princípio da reparação integral**) sendo que, em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, pode o juiz reduzir equitativamente a indenização, valendo-se da teoria da gradação da culpa⁴².

Todas essas regras gerais disciplinadas pelo Código Civil, assim como a jurisprudência que as interpreta, aplicam-se aos contratos de transporte de forma complementar ao que dispõem os artigos específicos que tratam da responsabilidade civil no transporte de pessoas (artigos 734 a 742) e de coisas (artigos 743 a 756). Para que se possa aprofundar a análise neste trabalho, seu objeto de estudo será unicamente a responsabilidade civil do transportador no contrato de transporte de pessoas.

Sérgio Cavaleiri Filho⁴³ e Sílvio de Salvo Venosa⁴⁴ destacam que a responsabilidade civil do transportador é sempre tripartite, pois pode ser analisada em relação ao passageiro e à sua bagagem, em relação aos seus empregados e em relação a terceiros: a responsabilidade pelos danos causados aos passageiros e/ou suas bagagens é contratual, pois decorre do negócio jurídico firmado entre as partes;

dispositivo mencionado, somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador do dano quando esta decorrer de 'atividade normalmente desenvolvida' por ele". (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin De. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 807)

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 325.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 12. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2012. p. 167-168.

quanto aos danos causados a terceiros (por exemplo, em caso de atropelamento de um pedestre), a responsabilidade civil é extracontratual, pois não existia, até então, relação jurídica entre o terceiro e o transportador; já a responsabilidade por danos causados a seus empregados deve ser analisada à luz da legislação trabalhista. Novamente, para que se possa aprofundar o estudo, somente se abordará a responsabilidade civil do transportador em relação ao passageiro e sua bagagem.

Estabelece o artigo 734 do Código Civil o seguinte: “o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade” (*caput*), sendo lícito ao transportador, para fixar o limite da indenização, exigir a declaração do valor da bagagem (parágrafo único)⁴⁵.

Inicialmente, importante referir que não há qualquer distinção acerca da natureza do dano, se moral ou material, razão pela qual se subentende que ambos estão inclusos no dever de reparação civil do transportador, até porque o Código Civil adota o princípio da reparação integral.

Em segundo lugar, de frisar que esta responsabilidade decorre da cláusula de incolumidade que é inerente a todo e qualquer contrato de transporte de pessoas.

Zeno Veloso, ao comentar o artigo citado, assinala que o transportador tem o dever de levar o passageiro vivo e incólume a seu destino, respondendo pelos danos causados a ele e a sua bagagem⁴⁶. Por sua vez, Venosa destaca que esta cláusula é consequência da obrigação de resultado⁴⁷, e que, uma vez descumprida, ocorre o inadimplemento e aflora o dever de indenizar: “não basta a coisa ou a pessoa chegar a seu destino; deve chegar sã e salva⁴⁸”.

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 jan 2017.

⁴⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord). **Código Civil Comentado**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 667.

⁴⁷ Bruno Miragem, sobre o ponto, faz a seguinte reflexão: “A obrigação principal do contrato de transporte de passageiro ou coisa é obrigação de resultado. Neste sentido, assume o transportador obrigação de incolumidade da pessoa ou coisa transportada, caracterizada pela obrigação de assegurar sua integridade e da mesma forma, a obrigação de transportar pessoa ou coisa até o seu destino. Da mesma forma, há obrigação do transportador, especialmente no contrato de transporte de pessoas, de assegurar conforto e presteza do transporte, nos termos do ajuste. Assim, responde o transportador por vício do serviço, na medida em que determinadas facilidades ou itens de conforto na viagem sejam contratados e por falha da prestação não sejam oferecidos, sem prejuízo da existência de um padrão de prestação de serviço que deve ser assegurado em vista do dever de qualidade que deve observar o fornecedor”. (MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 458.)

⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 12. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2012. p. 166.

Já Cavalieri Filho ressalta que a obrigação do transportador “não é apenas de meio, e não só de resultado, mas também de segurança. Não se obriga ele a tomar as providências e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte; obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito⁴⁹”. Nesse exato sentido é também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça consoante se verifica no julgado abaixo colacionado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. USUÁRIO DEIXADO EM PARADA OBRIGATÓRIA. CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR. [...]

2. Deflui do contrato de transporte uma obrigação de resultado que incumbe ao transportador levar o transportado incólume ao seu destino (art. 730 do CC), 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. [...]

6. Recurso especial provido.⁵⁰. [grifou-se].

Oportuno referir que o Supremo Tribunal Federal assentara há muito o dever de garantia incolumidade do passageiro pelo transportador. Vejam-se, a título exemplificativo, os precedentes a seguir:

NO CONTRATO DE TRANSPORTE, SÃO PECULIARES DUAS OBRIGAÇÕES: PARA O VIAJANTE, PAGAR A PASSAGEM; PARA O TRANSPORTADOR, CONDUZIR O PASSAGEIRO INCOLUME ATÉ O PONTO DO DESTINO. SE ALGUÉM EMBARCA CLANDESTINAMENTE, PRETENDENDO FRAUDAR A EMPRESA, NÃO TENDO BILHETE, PORTANTO, E NÃO PRETENDENDO PAGA-LO, NÃO É POSSÍVEL COGITAR DE CONTRATO E, CONSEQUENTEMENTE, DE RESPONSABILIDADE, COM BASE NA OBRIGAÇÃO DE INCOLUMIDADE. NÃO HÁ DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL QUANDO, OS ARESTOS TRAZIDOS A COLAÇÃO NÃO APRECIAM A MESMA HIPÓTESE DO JULGADO RECORRIDO⁵¹.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: SEU CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO: NÃO IMPORTA O LUGAR EM QUE VIAJAVAM O PASSAGEIRO VITIMADO; A INCOLUMIDADE DEVE SER GARANTIDA. SALVO CASO FORTUITO, FORÇA MAIOR, OU CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA⁵².

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 328.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.354.369/RJ. Recorrente: Pluma Conforto e Turismo S.A. Recorrido: Reginaldo da Silva Maia. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 05 maio 2015. DJe 25 maio 2015.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 27.561. Recorrente: Eugenio dos Santos Castro. Recorrida: Estrada de Ferro Leopoldina. Relator: Min. Rocha Lagoa. Relator para acórdão: Min. Sampaio Costa. Brasília, 26 abr. 1955. DJ 15 set. 1955.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 9.653. Recorrente: The Pernambuco Trainways and Power Comp. Limited. Recorrido: Luiz de Melo Reis. Relator: Min. Afrânio Costa. Brasília, 12 set. 1958. DJ 06 not. 1958.

Em terceiro lugar, de registrar que o artigo em comento nada menciona a respeito da persecução de culpa, ressaltando apenas que o transportador somente não responderá pelos danos causados em caso de força maior. Por tal razão, e considerando o dever do transportador de conduzir incólume o passageiro e sua bagagem até o local de destino, conclui-se que esta responsabilidade é objetiva, bastando, para sua configuração, a comprovação da conduta, do dano e do nexos causal. Nesse sentido, pondera Bruno Miragem⁵³:

[...] a responsabilidade do transportador é objetiva (independente de culpa), pelo descumprimento das obrigações legais e contratuais que lhe cabem, quais sejam: a) obrigação de pontualidade; b) obrigação de segurança; c) obrigação de respeito ao itinerário previamente estabelecido (no caso do contrato de transporte de pessoas); d) obrigação de conforto.

Esta ideia remonta ao disposto no artigo 17 do Decreto nº 2.681/1912⁵⁴, primeira lei a tratar da responsabilidade do transportador em relação ao passageiro (no caso, em relação ao transporte em estradas de ferro), o qual preconiza ser presumida a culpa do transportador, não sendo responsabilizado apenas se comprovar caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva do viajante:

Art. 17 – As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea.

A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:

1ª - Caso fortuito ou força maior;

2ª - Culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.

Num primeiro momento, poder-se-ia pensar, ante a forma como redigido, que tal artigo trata de uma responsabilidade subjetiva cuja culpa é presumida. Todavia, conforme lecionam Cavalieri Filho⁵⁵ e Venosa⁵⁶, o referido artigo, apesar de mencionar ser presumida a culpa do transportador, a este não se lhe oportunizava demonstrar que não agiu com culpa: sua responsabilidade somente era elidida se

⁵³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 458.

⁵⁴ BRASIL. Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 330.

⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 12. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2012. p. 169.

comprovasse caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva do viajante. Assim, em que pese a errônea terminologia, desde a promulgação do referido decreto, a responsabilidade do transportador em relação ao passageiro sempre foi objetiva.

Insta esclarecer que a responsabilidade do transportador será regulada também pelo artigo 37, §6º, da Constituição Federal⁵⁷⁵⁸ em se tratando de transporte efetuado por pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, e pelo artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor nas relações consumeristas⁵⁹. Bruno Miragem destaca que a responsabilidade também será objetiva, *verbis*⁶⁰:

[...] a responsabilidade dos contratos de transporte que se caracterizem como contratos de consumo é o estabelecido para a prestação de serviços no CDC. Assim, responde objetiva e solidariamente o transportador por fato do serviço (art. 14, CDC) e vício do serviço (artigo 20 do CDC). Os danos ao consumidor decorrentes da violação das obrigações pelo transportador ensejam a responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, sendo que as excludentes desta responsabilidade serão apenas aquelas fixadas no artigo 13, §3º, do CDC (excetuada a culpa de terceiro, não admitida como excludente, segundo o artigo 735 do Código Civil, no tocante ao transporte de pessoas).

A parte final do artigo 734 do Código Civil estabelece ser nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade do transportador, repetindo o posicionamento firmado

⁵⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. (BRASIL. Constituição (1988).

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.)

⁵⁸ Esse foi o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal ao a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário que restou assim ementado: “CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 591.874 RG. Recorrente: Viação São Francisco Ltda. Recorrida: Justa Servin Franco e outro. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 out. 2008. DJe 20 nov. 2008.)

⁵⁹ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.)

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 458.

na Súmula nº 161 do Supremo Tribunal Federal aprovada em 13/12/1963 que assim dispõe: “em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar⁶¹”.

Da mesma forma, o artigo 735, o qual dispõe que a “responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva⁶²”, praticamente repete *ipsis litteris* o disposto na Súmula nº 187 do STF: “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva⁶³”. Oportuno referir que, em virtude da expressa vedação não somente do Código Civil como também do entendimento firmado pelo STF, em se tratando de relação consumerista, não se aplicará ao contrato de transporte o disposto no artigo 14, §3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, o qual admite a exclusão de responsabilidade do fornecedor de serviços que prova culpa exclusiva de terceiro.

O artigo 736 da Lei Civil apenas assinala que o transporte gratuito, por amizade ou cortesia, desde que o transportador não aufera qualquer tipo de vantagem indireta, não se subordina às normas do contrato de transporte. A Súmula nº 145 do Superior Tribunal de Justiça apenas ressalva que, nestes casos, o transportador será civilmente responsável pelos danos causados ao transportado se incorrer em dolo ou culpa grave⁶⁴.

Por sua vez, o artigo 737 rege o dever do transportador de respeitar os horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo se comprovar força maior, ao passo que o artigo 738 dispõe sobre o dever do passageiro de respeitar as normas estabelecidas pelo transportador constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários (decorrência do fato de ser o contrato de transportes oneroso e bilateral), podendo ser a indenização reduzida pelo juiz se o passageiro concorreu para o dano ao transgredir normas e instruções regulamentares.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 161. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=161.NUME.%20NAO%20S.FL.SV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art186>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 187. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28187%28ENUME%2E%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/jtsz8en>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 145. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=145&b=SUMU&p=false&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Por fim, o artigo 741 reitera a ideia de que o contrato de transporte envolve uma obrigação de resultado ao referir que o transportador tem o dever de concluir o transporte em outro veículo de mesma categoria ou por modalidade diferente se a viagem for interrompida por qualquer motivo alheio à sua vontade mesmo que em consequência de evento imprevisível, correndo ainda por sua conta as despesas de estada e alimentação do usuário durante a espera de novo transporte.

Como se vê, a lei civil é bastante clara e autoexplicativa, podendo-se concluir da sua leitura o seguinte: (a) a responsabilidade do transportador pelos danos causados aos passageiros e suas bagagens é objetiva, não respondendo apenas se provar força maior; (b) é nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade; (c) essa responsabilidade não é elidida por culpa de terceiro; (d) o transportador deve respeitar os horários e itinerários previstos sob pena de responder por perdas e danos, salvo se provar força maior; (e) a indenização pode ser reduzida se o passageiro contribuiu para o resultado danoso descumprindo normas ou instruções regulamentares; e (f) mesmo que o transporte seja interrompido por evento imprevisível, o transportador deve concluir o transporte, arcando com despesas durante a espera do novo transporte.

Em uma breve análise, poder-se-ia concluir que, de acordo com tais disposições, a única excludente de responsabilidade do transportador seria a prova de ocorrência de força maior, já que tais artigos nada mencionam acerca do caso fortuito, da culpa exclusiva da vítima (passageiro) ou de terceiro. Todavia, a doutrina e a jurisprudência admitem outras excludentes da responsabilidade do

transportador⁶⁵: o caso fortuito, a culpa exclusiva do passageiro⁶⁶ e quando o dano é decorrente de conduta dolosa praticada por terceiro.

Não existe uniformidade de entendimento doutrinário acerca do que é caso fortuito e do que é força maior. Venosa refere que o primeiro, também chamado de *act of God*, decorreria de forças da natureza, tais como o terremoto e as inundações, ao passo que o segundo decorreria de atos humanos inelutáveis como guerras, revoluções e greves. Salienta que, para alguns autores, a diferença de conceitos estaria ligada aos critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade: o caso fortuito seria qualquer fato imprevisível, seja ele humano ou da natureza, ao passo que a força maior seria um fato humano ou da natureza ao qual não se pode resistir, ainda que possível prever a sua ocorrência⁶⁷.

Da mesma forma, De Plácido e Silva afirma que, na técnica jurídica, caso fortuito e força maior possuem efeitos análogos e qualquer distinção havida entre eles relativa à sua violência ou causalidade não importa para a técnica do Direito, somente importando que, “um ou outro, justificadamente, tenham tornado impossível, pelo fato estranho à vontade da pessoa, o cumprimento da obrigação contratual. Ou, por eles,

⁶⁵ Veja-se, a esse respeito, o precedente do Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. CONTRATO DE TRANSPORTE. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. INOCORRÊNCIA. SEGURADORA LITISDENUNCIADA. INDENIZAÇÃO ÀS VÍTIMAS NO LIMITE DO SEGURO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA TRANSPORTADORA. INOCORRÊNCIA. PRODUÇÃO DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 7 DO STJ. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. ANÁLISE. SÚMULA 7 DO STJ. DANO MORAL. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA 326 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7 DO STJ. [...] 5. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade do transportador, em relação aos passageiros, é contratual e objetiva, somente podendo ser afastada se **comprovada força maior, fortuito externo, fato exclusivo da vítima ou fato doloso e exclusivo de terceiro** (AgRg. no AREsp. 617.863/SP, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 3.2.2015, DJe 13.2.2015). Hipóteses não demonstradas no caso concreto. Incidência da Súmula 7 do STJ. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 303.132/PE. Agravante: Princesa do Agreste Viagens e Turismo Ltda. Agravada: Ana Selma Dias de Oliveira. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 17 nov. 2016. DJe 30 nov. 2016.)

⁶⁶ Rui Stoco destaca que, em se tratando de transporte oneroso, eventual culpa concorrente entre passageiro e transportador não elide a responsabilidade deste: “[...] no caso de transporte oneroso, em que a responsabilidade do transportador é objetiva, por força de legislação específica que traz ínsita a obrigação de transportar incólume o passageiro, contida no contrato firmado, essa responsabilidade contratual somente poderá ser elidida nas hipóteses de caso fortuito ou força maior e culpa exclusiva da vítima. Havendo a concorrência de culpas, a responsabilidade do transportador não será mitigada; remanescerá íntegra”. (STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 138.)

⁶⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 12. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2012. p. 56-57.

não se tenha possibilitado ou evitado a prática de certo ato, de que se procura fazer gerar uma obrigação⁶⁸”.

Em relação à culpa exclusiva do passageiro, Venosa salienta que esta elide o dever de indenizar porque impede o nexo causal⁶⁹ entre o dano e eventual conduta praticada pelo transportador. Sérgio Cavalieri Filho corrobora com este entendimento, referindo que, em caso de culpa exclusiva do passageiro, a viagem não é a causa do evento, e sim apenas sua ocasião, desde que a conduta deste seja a causa única e determinante do evento⁷⁰. O Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente a culpa exclusiva do consumidor como excludente de responsabilidade do fornecedor de serviços no artigo 14, §3º, II, imputando a este o ônus da prova (inversão do ônus da prova *ope legis*), já que sua responsabilidade pela reparação dos danos causados por defeito na prestação do serviço independe da existência de culpa.

Por fim, a terceira hipótese de excludente de responsabilidade do transportador é o fato doloso exclusivo de terceiro. Sérgio Cavalieri Filho ressalta que terceiro deve ser compreendido como alguém estranho ao binômio transportador e passageiro que não guarde qualquer vínculo jurídico com o transportador. Destaca que a culpa de terceiro não afasta a responsabilidade do transportador por se relacionar com a organização do negócio do transportador, caracterizando o fortuito interno, mas o fato doloso do terceiro, por ser irresistível e inevitável, não guarda relação com os riscos do transportador, razão pela qual é tido por fortuito externo que exclui o próprio nexo causal, assemelhando-se à força maior⁷¹.

Oportuno referir, por derradeiro, que, em relação aos contratos de transporte aéreo doméstico (nacional)⁷², ainda que sejam aplicáveis as disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica e resoluções da ANAC, há entendimento consolidado pela jurisprudência pátria no sentido de que aquelas relativas à responsabilidade civil do

⁶⁸ SILVA, De Plácido E. **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 633.

⁶⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 12. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2012. p. 55.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 323; 335.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 337-338.

⁷² O Artigo 215 do Código Brasileiro de Aeronáutica conceitua transporte doméstico da seguinte forma: “Art. 215. Considera-se doméstico e é regido por este Código, todo transporte em que os pontos de partida, intermediários e de destino estejam situados em Território Nacional. Parágrafo único. O transporte não perderá esse caráter se, por motivo de força maior, a aeronave fizer escala em território estrangeiro, estando, porém, em território brasileiro os seus pontos de partida e destino”. (BRASIL. Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em 06 maio 2017.)

transportador (artigos 246 a 287), em especial as que tratam da indenização tarifada, são inaplicáveis, devendo eventual indenização ser calculada com supedâneo no que dispõe o Código Civil e ainda o Código de Defesa do Consumidor, já que esta modalidade de transportes também corresponde a uma relação consumerista. Sobre o tema, o precedente do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. **O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica.** 2. **Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.** 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido⁷³. [grifou-se]

Nesse mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁷⁴:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE MERCADORIA. EXTRAVIO E AVARIA. INDENIZAÇÃO TARIFADA. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. INAPLICABILIDADE. DANOS DE ORIGEM MATERIAL. REPARAÇÃO INTEGRAL. CONHECIMENTO AÉREO. DOCUMENTO PREENCHIDO. BENS TRANSPORTADOS PELO TRANSPORTADOR. CIÊNCIA. 1. **São inaplicáveis as indenizações tarifadas previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA - art. 246 da Lei nº 7.565/1986) e na Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Varsóvia - Decreto nº 20.704/1931), com as modificações dos Protocolos da Haia e de Montreal (Decreto nº 5.910/2006), seja para as relações jurídicas de consumo seja para as estabelecidas entre sociedades empresárias, sobretudo se os danos oriundos da falha do serviço de transporte não resultarem dos riscos inerentes ao transporte aéreo. Prevalência do direito à reparação integral dos danos de índole material (arts. 5º, V e X, da CF e 732 e 944 do CC). Precedente da Terceira Turma.** 2. **A reparação dos prejuízos causados pela perda ou avaria da mercadoria transportada deverá ser plena, principalmente se o transportador tiver ciência de seu conteúdo (art. 750 do CC).** 3. Agravo regimental não provido. [grifou-se]

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 351.750. Recorrente: Varig S.A. – Viação Aérea Rio-Grandense. Recorrida: Ana Maria da Costa Jardim. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Min. Carlos Brito. Brasília, 17 mar. 2009. DJe 24 set. 2009.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.421.155/SP. Agravantes: Log Paraná Logística Ltda. e outro. Agravado: Royal e Sunalliance Seguros Brasil S.A. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 12 abr. 2016. DJe 19 abr. 2016.

Todavia, no que diz respeito aos contratos de transporte aéreo internacional, em vista do disposto no *caput* do artigo 178 da Constituição Federal que preceitua, quanto à ordenação do transporte internacional, a obediência aos acordos firmados pela União se atendido o princípio da reciprocidade⁷⁵, incidem igualmente as disposições das Convenções de Varsóvia e Montreal, as quais serão a seguir analisadas para posterior discussão acerca de sua aplicabilidade conjunta com as demais normas incidentes sobre esta modalidade contratual.

2.2 AS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E DE MONTREAL

Em agosto de 1923, o Primeiro Ministro da França, Raymond Poincaré, enviou à Câmara dos Deputados um Projeto de Lei do Governo, convertido em lei em maio de 1924, que tratava sobre a responsabilidade civil dos transportadores aéreos. Por entender que a questão deveria ser regulada no plano internacional, comunicou diplomaticamente o fato a outros governos. No ano de 1925, o Ministro das Relações Exteriores da França, Aristide Briand, informou àqueles mesmos governos que um Projeto de Convenção fora desenvolvido e que deveria ser discutido quando da realização da Primeira Conferência Internacional de Direito Aeronáutico Privado, a qual ocorreu em Paris no mês de outubro de 1925, ocasião em que foi criado o *Comité International Technique D'Experts Juridiques Aériens* (CITEJA), encarregado de prosseguir com o desenvolvimento do trabalho⁷⁶.

Depois de finalizada, a Convenção foi aprovada em Varsóvia, Polônia, em 1929, recebendo então o nome de Convenção de Varsóvia. Foi ratificada por diversos países, sendo que o Brasil o fez em 24/11/1931 por meio do Decreto nº 20.704 promulgado pelo Congresso Nacional⁷⁷.

⁷⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan 2017.

⁷⁶ PEREIRA, Guttemberg Rodrigues. **Convenção Para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional**. 2000. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/artigos/anterior/07.htm>>. Acesso em: 06 maio 2017.

⁷⁷ Nos termos do artigo 34, item 12 da Constituição Federal de 1891, vigente à época, competia privativamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras”, sendo de competência privativa do Presidente da República, nos termos do item 16 do artigo 48, “entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso”. (BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm acesso em 06/05/2017>. Acesso em: 06 maio 2017.)

2.2.1 Características Gerais e as hipóteses de responsabilidade civil do transportador no contrato de transporte aéreo internacional

O principal objetivo da Convenção de Varsóvia foi unificar, entre todos os Estados signatários⁷⁸, as regras relativas ao transporte aéreo internacional de pessoas, bagagem ou mercadorias⁷⁹ efetuado por aeronave, mediante remuneração. Nos termos do artigo primeiro, item 2, transporte internacional conceitua-se da seguinte forma:

Denomina-se "transporte internacional", nos termos da presente Convenção, todo transporte em que, de acordo com o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto do destino, haja ou não interrupção de transporte, ou baldeação, estejam situados no território de duas Altas Partes Contratantes, ou mesmo no de uma só, havendo escala prevista em território sujeito à soberania, suserania, mandato ou autoridade de outro Estado, seja ou não Contratante. O transporte, que, sem tal escala, se efetuar entre territórios sujeitos à soberania, suserania, mandato ou autoridade da mesma Alta Parte Contratante, não se considera internacional, nos termos desta Convenção⁸⁰.

O Decreto aprovado em 1931 no Brasil refere que o transportador aéreo responde pelos danos ocasionados por morte, ferimento ou lesões corpóreas sofridas pelo viajante desde que o acidente tenha ocorrido a bordo da aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque (artigo 17); pelo dano ocasionado por destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou de mercadorias, desde que o fato causador do dano tenha ocorrido durante o transporte aéreo, isto é, o período durante o qual a bagagem ou a mercadoria estiver sob a guarda do transportador (artigo 18); bem como pelo dano proveniente do atraso no transporte (artigo 19).

⁷⁸ Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, BRASIL. Bulgária, China, Dinamarca, Egito, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Índia, Irlanda, Itália, Islândia, Iugoslávia, Japão, Letônia, Luxemburgo, México, Noruega, Países Baixos, Polônia, Reino Unido e territórios britânicos além-mar, Romênia, Suécia, Tchecoslováquia, União das Repúblicas Soviéticas Socialistas e Venezuela.

⁷⁹ A ideia de transporte internacional se opõe ao conceito de transporte aéreo doméstico previsto no artigo 215 do Código de Aeronáutica Brasileiro que assim disciplina: "Considera-se doméstico e é regido por este Código, todo transporte em que os pontos de partida, intermediários e de destino estejam situados em Território Nacional. Parágrafo único. O transporte não perderá esse caráter se, por motivo de força maior, a aeronave fizer escala em território estrangeiro, estando, porém, em território brasileiro os seus pontos de partida e destino". (BRASIL. Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565compilado.htm>. Acesso em: 7 maio 2017.)

⁸⁰ BRASIL. Decreto n. 20.704 de 24 de novembro de 1931. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20704.htm>. Acesso em: 06 maio 2017.

O artigo 20, por seu turno, dispõe que o transportador não será responsável se provar que tomou as medidas necessárias a evitar o dano ou que não lhe foi possível toma-las, ao passo que o artigo 21 refere que, se o transportador provar que o dano foi causado pela pessoa lesada ou que esta contribuiu para o dano, poderá o tribunal, em conformidade com a lei nacional, excluir ou atenuar a responsabilidade do transportador.

O artigo 22 é o mais importante a ser analisado, porquanto trata da limitação da responsabilidade do transportador. Veja-se seu inteiro teor:

ARTIGO 22

(1) **No transporte de pessoas, limita-se a responsabilidade do transportador, à importância de cento e vinte e cinco mil francos, por passageiro. [...]**

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

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

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

Por sua vez, o artigo 23 disciplina ser nula cláusula que exonere o transportador de sua responsabilidade ou estabeleça limite inferior ao fixado no artigo anterior, ao passo que o artigo 25 dispõe que o transportador não pode se prevalecer das disposições da Convenção que excluam ou limitam sua responsabilidade nos casos em que o dano provém de seu dolo ou de sua culpa (quando esta for equivalente ao dolo, segundo lei do tribunal que conhecer da questão), ou quando, nestas mesmas condições, o dano for causado por preposto no exercício de suas funções.

Já os artigos 26, 28 e 29 tratam dos procedimentos a serem adotados pelos passageiros e dos respectivos prazos: em caso de avaria na bagagem, deve o transportado encaminhar seu protesto em até 03 dias ao transportador a contar do recebimento da mesma; em caso de atraso na entrega da bagagem, o protesto deve ser feito em 14 dias a contar da data em que a mesma foi posta à sua disposição; caso queira ajuizar ação de responsabilidade, esta deve ser impetrada no foro de escolha do passageiro, desde que em algum território dos Estados contratantes

(sendo que a lei aplicada será a do tribunal que conhecer da questão), no prazo decadencial de 2 anos a contar da data de chegada, do dia em que a aeronave deveria ter chegado a seu destino ou do da interrupção do transporte.

Por fim, o artigo 32 assinala serem nulas as cláusulas contratuais e os acordos particulares anteriores ao dano pelos quais as partes contratantes derrogam as regras da Convenção, ao passo que o artigo 33 dispõe que nada impede o transportador de estabelecer normas que não estejam em contradição com as disposições da Convenção.

A Convenção de Varsóvia foi posteriormente objeto de alterações trazidas por vários instrumentos, que visavam, em sua maioria, atualizar os valores estabelecidos no tratado.

A primeira alteração ocorreu por meio do Protocolo da Haia de 1955, ratificado pelo Decreto Legislativo nº 31, de 12 de dezembro de 1963⁸¹. Foram realizadas emendas ao texto da Convenção, dentre as quais se destacam as seguintes:

Artigo XI

O art. 22 da Convenção é suprimido e substituído pelas seguintes disposições.

Artigo 22

1. No transporte de pessoas, **limita-se a responsabilidade do transportador à importância de duzentos e cinquenta mil francos por passageiro.** [...]

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

b) Em caso de perda, avaria ou atraso de uma parte das mercadorias ou da bagagem registrada, ou de qualquer objeto nelas contido, somente o peso total do volume ou volumes em questão é tomado em consideração para determinar o limite de responsabilidade do transportador. [...]

3. Quanto aos objetos que o passageiro conservar sob sua guarda, limita-se a cinco mil francos por passageiro a responsabilidade do transportador.

4. Os limites estabelecidos pelo presente artigo não poderão impedir o tribunal de conceder ainda, em conformidade com sua lei, uma quantia correspondente ao total ou a parte das despesas e outras custas que o processo haja acarretado ao demandante. A disposição precedente não será aplicada quando o montante da indenização concedida, excluídas as despesas e outras custas do processo, não exceder a soma que o transportador tenha oferecido, por escrito, ao demandante, dentro de um

⁸¹ BRASIL. Decreto Legislativo n. 31, de 1963. **Congresso Nacional**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-31-12-dezembro-1963-350021-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 06 maio 2017.

prazo de seis meses a contar do fato causador dos danos, ou antes do início da ação, se esta for posterior a esse prazo.

5. As quantias em francos no presente artigo consideram-se referentes a uma unidade monetária constituída de sessenta e cinco miligramas e meia de ouro, ao título de novecentos milésimos de metal fino. [...] [grifou-se]

Artigo XIII

No art. 25 da Convenção - as alíneas 1 e 2 são suprimidas e substituídas pela seguinte disposição:

"Os limites de responsabilidade previstos no art. 22 não se aplicam se for provado que o dano resulta de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos cometidas com a intenção de causar dano, ou temerariamente e com consciência de que provavelmente causaria dano; com a condição de que, em caso de uma ação ou omissão de prepostos, seja igualmente provado que este agiram no exercício de suas funções".

A segunda alteração adveio com a aprovação da Convenção de Guadalajara em 1961, ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 85, de 13 de setembro de 1965⁸², cujo objetivo primordial foi regulamentar certas regras relativas ao transporte aéreo internacional efetuado por quem não é transportador contratual, inovando ao conceituar transportador contratual e transportador de fato⁸³.

A terceira alteração ocorreu por meio do Protocolo da Guatemala firmado em 08 de março de 1971 (Protocolo da Cidade da Guatemala), o qual representou o primeiro grande esforço em modernizar o sistema de responsabilidade do transportador e fixar indenização mais justa e equitativa às vítimas em caso de acidente aéreo. O Protocolo não somente ampliou a indenização para 1.500.000 francos como também substituiu o sistema anterior de presunção de culpa do transportador por um sistema de responsabilidade objetiva, não podendo mais este se prevalecer do disposto no artigo 20 da Convenção de Varsóvia⁸⁴.

⁸² BRASIL. Decreto Legislativo n. 85, de 13 de setembro de 1965. **Congresso Nacional**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-85-13-setembro-1965-350552-publicacaooriginal-1-pl.html>> acesso em 06/05/2017>. Acesso em: 07 maio 2017.

⁸³ ARTIGO I: "Na presente Convenção: [...] b) "transportador contratual" significa a pessoa que como parte, conclui um contrato de transporte regido pela Convenção de Varsóvia, com um passageiro, um expedidor ou uma pessoa que atue em nome de um ou de outro; c) "transportador de fato" significa a pessoa distinta do transportador contratual que, em virtude da autorização dada pelo transportador contratual, efetua todo ou parte do transporte previsto na alínea " b ", sem ser com relação a dita parte, um transportador sucessivo no sentido da Convenção de Varsóvia. Tal autorização presumir-se-á, salvo prova em contrário". (BRASIL. Decreto Legislativo n. 85, de 13 de setembro de 1965. **Congresso Nacional**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-85-13-setembro-1965-350552-publicacaooriginal-1-pl.html>> acesso em 06/05/2017>. Acesso em: 07 maio 2017.)

⁸⁴ SOTO, Germán Delgado. Régimen de la responsabilidad contractual del transportista en el Derecho Internacional Privado Aéreo: pasado y futuro. **Revista de la Facultad de Derecho**, Caracas, n. 56, p. 71-117, 2001. p. 89-90. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=5qYu8ykfa0QC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 06 maio 2017.

Em 1979, o Decreto Legislativo nº 22 aprovou os textos dos Protocolos 1, 2, 3 e 4 de Montreal. O Protocolo Adicional nº 3 alterou o artigo 22 da Convenção, que passou a ter a seguinte redação⁸⁵:

Artigo II

O artigo 22.º da Convenção é suprimido e substituído pelas seguintes disposições:

"Artigo 22.º

1. a) **No transporte de passageiros, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 100.000 Direitos Especiais de Saque pelo conjunto dos pedidos, qualquer que seja o seu título, como reparação pelos danos sofridos por passageiros em consequência de morte ou de lesões corporais. [...]**

b) **Em caso de atraso no transporte de passageiros limita-se à responsabilidade do transportador à quantia de 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro.**

c) No transporte de bagagens, a responsabilidade do transportador, em caso de destruição, perda, avaria ou atraso está limitada à quantia de 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

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

b) Em caso de perda, avaria ou atraso de parte da mercadoria, ou de qualquer objeto nela contido, somente o peso total do volume ou volumes em questão é tomado em consideração para determinar o limite de responsabilidade do transportador. Entretanto, quando a perda, avaria ou atraso de parte da mercadoria, ou de qualquer objeto nela contido, atingir o valor de outros volumes compreendidos no mesmo conhecimento aéreo, o peso total destes volumes deve ser tomado em consideração para determinar o limite de responsabilidade. [...].

4. As quantias indicadas em Direitos Especiais de Saque, neste artigo e no artigo 42 consideram-se referentes ao Direito Especial de Saque, tal como definido pelo Fundo Monetário Internacional. A conversão destas quantias em moedas nacionais será efetuada, em caso de ação judicial, segundo o valor destas moedas em Direitos Especiais de Saque na data do julgamento. O valor, em Direitos Especiais de Saque, da moeda nacional de uma Alta Parte Contratante que seja membro do Fundo Monetário Internacional, será calculado de acordo com o método de avaliação adotado pelo Fundo Monetário Internacional para suas operações e transações na data do julgamento. [...]."
[grifou-se].

No ano de 1995, em reunião na Malásia, foi assinado o IATA⁸⁶ *Intercarrier Agreement* entre empresas de companhias aéreas internacionais, no qual a

⁸⁵ BRASIL. Decreto Legislativo n. 22, de 28 de maio de 1979. **Congresso Nacional**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1970-1979/decretolegislativo-22-28-maio-1979-364330-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 06 maio 2017.

⁸⁶ International Air Transport Association, criada em Havana, Cuba, no ano de 1945, com o objetivo de ser o principal veículo de cooperação entre companhias aéreas cujo objetivo primordial é promover serviços aéreos seguros, confiáveis e econômicos a todos os consumidores do mundo.

indenização em caso de dano foi elevada para 100.000 Direitos Especiais de Saque, bem como houve abertura para adoção da quinta jurisdição, porquanto o acordo sugeria a possibilidade de as empresas serem acionadas no país de domicílio do passageiro⁸⁷.

Concomitantemente, a Organização Internacional de Aviação Civil (OACI), agência especializada das Nações Unidas responsável pela promoção do desenvolvimento da aviação civil mundial⁸⁸, passou a desenvolver estudos de

(IATA. History. Disponível em: <<http://www.iata.org/about/pages/history.aspx>>. Acesso em: 06 maio 2017.)

⁸⁷ Herman Benjamin faz um apanhado histórico de toda a questão nos seguintes termos: "em 31.10.1995, foi firmado o "Acordo de Kuala Lumpur" que, embora não sendo um tratado, mas um acerto entre transportadoras, portanto de caráter contratual, e cuidando somente dos danos decorrentes de acidentes de consumo (não inclui, p. ex., perda de bagagem), trouxe mudanças fundamentais e, até pouco tempo, impensáveis, no regramento do sistema da Convenção, alterações essas que podem ser assim resumidas: a) extirpação integral do teto (art. 22, § 1.º); b) responsabilidade civil objetiva até aproximadamente US\$ 146.000; c) juízo competente é aquele que aplica o direito do domicílio do passageiro (o intuito de evitar o fórum shopping). Sob os auspícios da IATA - International Air Transport Association, companhias aéreas do mundo todo reuniram-se em 1995 e 1996 com o propósito de, voluntariamente, aumentar ou simplesmente eliminar os limites indenizatórios no caso de morte ou lesão de passageiro. Em 1995, o objetivo era elevar o teto para algo em torno de 365.000,00 dólares americanos. Com o avanço das discussões, várias companhias chegaram a conclusão que o melhor seria mesmo abrir mão, unilateralmente, dos limites. Recorde-se que embora proíba a Convenção qualquer alteração de seus termos pelas transportadoras, sob pena de serem consideradas "nulas de pleno direito" (art. 32), as companhias têm feito uso do art. 22(1) para afastar *sponte sua* aspectos do tratado. Assim ocorreu, p. ex., com o "Acordo Provisório de Montreal", de 1966, em que as empresas aéreas abriram uma exceção ao teto indenizatório para satisfazer as demandas dos Estados Unidos. No decorrer de seus encontros, as companhias chegaram a vários entendimentos, sendo o primeiro, de caráter geral, chamado de "Acordo Guarda-Chuva", também conhecido por IIA (IATA Inter-carrier Agreement), concluído em Kuala Lumpur, em 1995. O segundo, MIA (Agreement on Measures to Implement the IATA Inter-carrier Agreement), foi finalizado no começo de 1996, tendo por objetivo implementar o IIA. Nos termos do IIA, as companhias, na hipótese de transporte internacional, abrem mão do limite indenizatório do sistema de Varsóvia - art. 22 -, nos casos de morte e lesão em passageiro. Além disso, o regime deixa de ser um de inversão do ônus da prova da culpa e passa a ser objetivo até o limite de 100.000 SDRs ou 146.000 dólares, já que as empresas abdicaram da defesa do art. 20, isto é, não mais poderão eximir-se provando que *ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou qu'il leur était impossible de les prendre*. De outra parte, para cobrar a integralidade de seus danos, a vítima não terá que provar dolo ou culpa grave da transportadora, mas é esta que terá que comprovar que não agiu de maneira negligente. (BENJAMIN, Antônio Herman. **O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor**. p.10-11. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8973>>. Acesso em 20 fev. 2017.)

⁸⁸ "A OACI é a agência especializada das Nações Unidas responsável pela promoção do desenvolvimento seguro e ordenado da aviação civil mundial, por meio do estabelecimento de normas e regulamentos necessários para a segurança, eficiência e regularidade aéreas, bem como para a proteção ambiental da aviação. Com sede em Montreal, Canadá, a OACI é a principal organização governamental de aviação civil, sendo formada por 191 Estados-contratantes [...] e representantes da indústria e de profissionais da aviação. Cabe à OACI a elaboração de padrões e práticas recomendadas, conhecidas como SARPs (do inglês Standard and Recommended Practices), os quais balizam a atuação das autoridades de aviação civil em todo o mundo. As SARPs tratam de aspectos técnicos e operacionais da aviação civil internacional, como, por exemplo, segurança, licença de pessoal, operação de aeronaves, aeródromos, serviços de tráfego aéreo, investigação de acidentes e meio ambiente. Como Membro-fundador da OACI, o Brasil tem participado ativamente nas discussões e elaboração das normativas e recomendações técnicas emitidas pelo Organismo. Eleito sucessivamente como Membro do Grupo I do Conselho, o Brasil dispõe de uma Delegação

atualização do sistema de responsabilidade civil no transporte aéreo internacional, realizando um projeto e criando, no ano de 1997, o Grupo Especial para a Modernização do Sistema de Varsóvia⁸⁹.

Então, em 1999, foi realizada a Conferência Internacional de Direito Aeronáutico entre os dias 10 e 28 de maio na cidade de Montreal, Canadá, sob o patrocínio da OACI. Na ocasião, reconheceram os Estados-partes a importante contribuição da Convenção de Varsóvia para a harmonização do direito aeronáutico internacional privado e a necessidade de sua modernização, assim como a necessidade de fixação de uma indenização equitativa fundada no princípio da restituição⁹⁰. Como foi realizada em Montreal, a Convenção ganhou o nome da cidade onde fora aprovada. O Brasil foi seu signatário e, em 27 de setembro de 2006, a Convenção de Montreal foi promulgada por meio do Decreto nº 5.910.

O âmbito de aplicação foi mantido (transporte internacional de pessoas, bagagem ou mercadoria), entendendo-se que transporte internacional é aquele em que o ponto de partida e o ponto de destino estão situados no território de dois Estados-partes ou em apenas um deles, desde que haja escala em território de outro Estado, seja ele parte ou não (artigo 1º).

Por sua vez, a responsabilidade do transportador sofreu diversas alterações, merecendo destaque as seguintes⁹¹:

(a) O transportador é responsável pelos **danos causados ao passageiro em caso de morte ou lesão corporal** desde que o acidente tenha ocorrido a bordo da aeronave, durante o embarque ou o desembarque (artigo 17, 1), não podendo excluir nem limitar sua responsabilidade que não exceda a 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro (artigo 21, 1). Excedido tal valor, não será responsável se provar que o dano não decorreu de sua negligência, ação ou omissão, ou que

Permanente junto ao Conselho da OACI, subordinada ao Ministério das Relações Exteriores e assessorada tecnicamente pela ANAC e pelo Comando da Aeronáutica.[...]" (AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Organização da Aviação Civil Internacional (OACI)**. 07 mar. 2016. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/A_Anac/internacional/organismos-internacionais/organizacao-da-aviacao-civil-internacional-oaci>. Acesso em: 06 maio 2017.)

⁸⁹ PEREIRA, Guttemberg Rodrigues. **Convenção Para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional**. 2000. Disponível em:

<<http://www.sbda.org.br/artigos/anterior/07.htm>>. Acesso em: 06 maio 2017.

⁹⁰ BRASIL. Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm>. Acesso em: 06 maio 2017.

⁹¹ BRASIL. Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm>. Acesso em: 06 maio 2017.

decorreu exclusivamente de negligência, ação ou omissão indevida de terceiro (artigo 21, 2);

(b) O transportador é responsável pelos **danos causados em bagagem registrada em caso de destruição, perda ou avaria** desde que ocorridos a bordo da aeronave ou durante qualquer período em que a bagagem esteja sob a sua custódia, salvo se o dano decorrer da natureza, defeito ou vício próprio da bagagem (artigo 17, 2). Sua responsabilidade se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro se este não tiver registrado declaração especial de valor (artigo 22, 2) ou salvo se o transportador agiu com intenção de causar dano ou de forma temerária, sabendo que provavelmente causaria o dano (artigo 22, 5)⁹²;

(c) O transportador é responsável pelos **danos causados em bagagem não registrada** se decorrentes de sua culpa ou de seus prepostos (artigo 17, 2);

(d) O transportador responde pelo **dano decorrente do atraso no transporte**, salvo se provar que adotou todas as medidas razoavelmente necessárias para evitá-lo ou que lhe foi impossível adotá-las (artigo 19). Em caso de transporte de pessoas, a responsabilidade se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro (artigo 22, 1). Em se tratando de atraso de bagagem, o limite é 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, salvo se houver declaração especial de valor (artigo 22, 2). Tais limites não se aplicam se o transportador agiu com intenção de causar dano ou de forma temerária, sabendo que provavelmente causaria o dano (artigo 22, 5);

(e) O transportador fica isento total ou parcialmente de sua responsabilidade, em quaisquer dos casos acima, se provar que aquele que pleiteia a indenização ou a pessoa da qual se originou o direito causou o dano ou contribuiu para o seu resultado por negligência, erro ou omissão, bem como se provar que negligência, ação ou omissão indevida do próprio passageiro causou o dano ou contribuiu para ele nos casos em que o pedido de indenização for feito por pessoa diversa (artigo 20);

⁹² Consoante disposição do artigo 31, em caso de avaria da bagagem, deve o destinatário apresentar por escrito ao transportador um protesto “imediatamente após haver sido notada tal avaria e, o mais tardar, dentro do prazo de sete dias para a bagagem registrada e de quatorze dias para a carga, a partir da data de seu recebimento”. Caso tenha ocorrido atraso na entrega da bagagem, o protesto deve ser feito em até vinte e um dias a contar do dia em que a bagagem tenha sido posta à disposição do passageiro. Em não havendo protesto dentro destes prazos, “não serão admitidas ações contra o transportador, salvo no caso de fraude por parte deste”. (BRASIL. Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm>. Acesso em: 06 maio 2017.)

O artigo 23 dispõe que as quantias mencionadas pela Convenção se referem ao Direito Especial de Saque definido pelo Fundo Monetário Internacional, sendo que “a conversão das somas nas moedas nacionais, no caso de ações judiciais, se fará conforme o valor de tais moedas em Direitos Especiais de Saque, na data da sentença”.

Já os artigos 25 e 26 dispõem que o transportador pode estipular em cláusula contratual que o contrato estará sujeito a limites de responsabilidade superiores aos previstos pela Convenção ou que não estará sujeito a qualquer limite, sendo vedada e considerada nula e sem nenhum efeito, toda cláusula tendente a exonerá-lo de sua responsabilidade ou que fixe limite inferior àqueles previstos pela Convenção.

Por sua vez, o artigo 29 menciona que toda ação indenizatória cujo fundamento seja esta Convenção, um contrato ou um ato ilícito, sujeitar-se-á às condições e limites de responsabilidade nela estabelecidos, sendo vedada a outorga de indenização punitiva, exemplar ou de qualquer natureza que não seja compensatória.

Por fim, oportuno mencionar que, de acordo com a Convenção, as ações indenizatórias devem ser propostas em até dois anos contados da data em que a aeronave chegou ao destino ou deveria ter chegado, ou ainda do dia da interrupção do transporte sendo que a forma de cômputo deste prazo deve ser determinada pela lei nacional do tribunal que conhecer da questão (artigo 35). Elas são ajuizadas, à escolha do autor, perante o tribunal de domicílio do transportador, de sua sede ou matriz, ou perante o tribunal do lugar de destino. Caso se trate de indenizatória por dano resultante de morte ou lesão do passageiro, a ação pode ser ajuizada ainda perante o tribunal de residência principal e permanente do autor no momento do acidente (domicílio do passageiro) (artigo 33).

Pois bem. Da simples leitura dos referidos artigos, vê-se que a responsabilidade civil neles previstos é deveras bastante diversa daquela disciplinada pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor. Em vista da aplicação dos ditames desta Convenção aos contratos de transporte aéreo internacional diante do que dispõe o *caput* do artigo 178 da Constituição Federal⁹³, mas também

⁹³ 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. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 maio 2017.

considerando que o artigo 732 do Código Civil refere que os preceitos constantes de tratados e convenções internacionais se aplicam aos contratos de transporte em geral *desde que não contrariem as disposições deste Código*, de rigor analisar as principais diferenças entre estes textos legais, assim como de que forma a jurisprudência pátria vem entendendo a aplicação dos mesmos aos contratos de transporte aéreo internacional.

2.2.2 Breve cotejo analítico-comparativo entre o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Montreal e o entendimento jurisprudencial relativo à aplicação destas três leis aos contratos de transporte aéreo internacional

Tanto o Código Civil quanto a Convenção de Montreal ponderam ser nula qualquer cláusula contratual excludente de responsabilidade do transportador ou tendente a exonerá-lo, ou ainda, no caso da Convenção, que fixe limite inferior ao nela estabelecido (artigos 734, parte final, do Código Civil, e 26 da Convenção). O Código de Defesa do Consumidor, nesta mesma linha, pondera ser nula de pleno direito uma cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenuar a responsabilidade do fornecedor (artigo 51, I).

Todavia, a lei civil e a Convenção internacional permitem que o transportador exija, para fins de fixação do valor da indenização no transporte de bagagem, declaração de bagagem firmada pelo passageiro (artigos 734, parágrafo único, do Código Civil, e 22, item 2, da Convenção). Por sua vez, a lei consumerista assinala que a limitação da indenização somente pode ocorrer nas relações de consumo entre fornecedor e consumidor pessoa jurídica e desde que em situações justificáveis (artigo 51, I, parte final). Aqui surge a primeira significativa diferença entre os diplomas legais.

No que diz respeito à responsabilidade do transportador, enquanto o Código civilista refere que “o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens” (artigo 734, *caput*), e a lei de defesa do consumidor assinala, de modo geral, que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços” (artigo 14, *caput*), adotando ambos o **princípio da reparação integral do dano**, a Convenção refere que o transportador será responsável unicamente pelos danos causados ao passageiro em caso de morte

ou lesão corporal, pelos danos decorrentes de destruição, perda, avaria ou atraso na entrega da bagagem e pelos danos decorrentes do atraso no transporte, fixando ainda **limites específicos** para cada uma das espécies de responsabilidade (artigos 17 e 19).

A responsabilidade civil do transportador, pela lei pátria, é sempre **objetiva**, ou seja, independe de culpa. Já nos termos da Convenção, a única responsabilidade equiparável à objetiva seria aquela decorrente dos danos causados ao passageiro em caso de morte ou lesão corporal que não ultrapassem 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro. Para todas as demais hipóteses, somente será responsabilizado se comprovado seu agir culposo. No caso de indenização por danos causados na bagagem ou decorrentes do atraso no transporte, o agir doloso ou temerário do transportador somente serve para exceder o limite indenizatório estabelecido.

No mais, o Código Civil assinala que a responsabilidade do transportador não é elidida por **culpa de terceiro** (artigo 735), ao passo que o CDC elenca a culpa exclusiva de terceiro como excludente de responsabilidade do fornecedor de serviços (artigo 13, §3º, II). A Convenção, por sua vez, dispõe que o transportador não será responsável pelos danos causados ao passageiro em caso de morte ou lesão corporal quando estes excederem a 100.000 Direitos Especiais de Saque se provar que o dano decorreu exclusivamente de negligência, ação ou omissão indevida de terceiro (artigo 21, 2, b).

Tanto o Código Civil como a Convenção referem que, em caso de **culpa concorrente do passageiro**, o transportador não responderá integralmente pelo dano: o primeiro menciona que o juiz deverá reduzir equitativamente a indenização na proporção da concorrência para o dano praticada pelo passageiro (artigo 38) e a segunda dispõe que o transportador fica isento parcialmente de sua responsabilidade se provar que o passageiro contribuiu para o resultado por negligência, erro ou omissão (artigo 20). O CDC, por sua vez, refere que o fornecedor de serviço não será responsabilizado se provar a culpa exclusiva do consumidor (artigo 14, §3º, II), nada prevendo acerca da culpa concorrente.

A lei consumerista admite ainda como **excludente responsabilidade** a prova de que o defeito não existe (artigo 14, §3º, I). Já a jurisprudência e doutrina admitem, para fins de elidir a responsabilidade do transportador, não somente a força maior (prevista pelo CC) e a culpa exclusiva do passageiro (admitida expressamente pelo

CDC) como também o caso fortuito e a prova de que houve conduta dolosa praticada por terceiro.

A Convenção de Montreal, por seu turno, dispõe que o transportador fica isento de sua responsabilidade se provar que aquele que pleiteia a indenização ou a pessoa da qual se originou o direito causou o dano por negligência, erro ou omissão, bem como se provar que negligência, ação ou omissão indevida do próprio passageiro causou o dano quando a indenização é requerida por pessoa diversa – culpa exclusiva do passageiro – (artigo 20). Outrossim, em caso de dano decorrente de atraso no transporte, se provar que adotou todas as medidas razoavelmente necessárias para evitá-lo ou que lhe foi impossível adotá-las, também será isento de responsabilidade.

Por fim, e não menos importante, cumpre referir que, como as leis civil e consumerista adotam o princípio da reparação integral, deve o transportador responder tanto pelos danos materiais quanto os morais causados ao passageiro que sejam decorrentes da falha na prestação do serviço. Tal questão inclusive está sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça desde 1992 – a Súmula 37 assim dispõe: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato⁹⁴”. A Convenção, por seu turno, não prevê expressamente a reparação do dano moral.

Pois bem. Em virtude destas grandes e importantes diferenças entre as disposições do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da Convenção de Montreal, surgiram diversos questionamentos acerca da forma de resolução das questões relativas à falha na prestação de serviço do transporte aéreo, especialmente no que diz respeito à possibilidade ou não de indenização por dano moral e à possibilidade ou não de limitação da indenização por dano material, já que o artigo 178 da Constituição Federal assinala que a lei deve observar os acordos firmados pela União no que diz respeito ao transporte internacional.

Ao julgar o **Recurso Especial nº 13.813** no ano de 1992, que versava sobre pedido de indenização por danos morais em decorrência de extravio de bagagem, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de ser inviável a condenação da companhia de transporte aéreo internacional ao pagamento de indenização desta

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 37. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=37&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>>. Acesso em: 15 maio 2017.

natureza ante o disposto na Convenção de Varsóvia (então vigente). O acórdão restou assim ementado⁹⁵:

TRANSPORTE AEREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO, POR DANOS MATERIAL E MORAL. AÇÃO PROCEDENTE, EM PARTE. CASO EM QUE, AO INDEFERIR O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, O ACORDÃO NÃO OFENDEU OS ARTS. 183, 334-II E III, 467, 473 E 515, DO COD. DE PR. CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO QUANTO A ESSE PONTO, REPUTADO RELEVANTE PELO RELATOR.

2. INOCORRENCIA, DOUTRA PARTE, DE OFENSA NO ART. 21, PARAGRAFO UNICO, DO MESMO CODIGO.

3. RECURSO ESPECIAL, PELA ALINEA 'A', NÃO CONHECIDO.

(REsp 13.813/RJ, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/1992, DJ 22/03/1993, p. 4537)

A Corte Superior, em outras decisões, ponderou que a Convenção de Varsóvia não havia sido revogada pelo Código de Defesa do Consumidor por tratar de matéria internacional sobre a qual o Brasil permanece vinculado até que dela se desligue mediante os mecanismos próprios. Nesse sentido, a decisão prolatada no julgamento do **Recurso Especial nº 58.736** em 1996 que restou assim ementada:

LEI - TRATADO.

O TRATADO NÃO SE REVOGA COM A EDIÇÃO DE LEI QUE CONTRARIE NORMA NELE CONTIDA. PERDERA, ENTRETANTO, EFICACIA, QUANTO AO PONTO EM QUE EXISTIA ANTINOMIA, PREVALECENDO A NORMA LEGAL.

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS, PERTINENTES A SUCESSÃO TEMPORAL DAS NORMAS, PREVISTOS NA LEI DE INTRODUÇÃO AO CODIGO CIVIL. A LEI SUPERVENIENTE, DE CARATER GERAL, NÃO AFETA AS DISPOSIÇÕES ESPECIAIS CONTIDAS EM TRATADO.

SUBSISTENCIA DAS NORMAS CONSTANTES DA CONVENÇÃO DE VARSOVIA, SOBRE TRANSPORTE AEREO, AINDA QUE DISPONHAM DIVERSAMENTE DO CONTIDO NO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.⁹⁶

Posteriormente, mais precisamente em 1997, ao julgar o **Recurso Extraordinário nº 172.720**⁹⁷, que versava sobre indenização por dano moral em virtude de extravio de bagagem em viagem internacional, o Supremo Tribunal Federal

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 13.813/RJ. Recorrente: Sérgio da Silva Couto. Recorrido: Iberia Lineas Aéreas de España S. A. Relator: Min. Nilson Naves Tavares. Brasília, 25 ago. 1992. DJ 22 mar. 1993.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 58.736/MG. Recorrente: Wagner Bueno Cateb. Recorrido: Aerolineas Argentinas S. A. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 13 dez. 1995. DJ 29 abr. 1996.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 172.720. Recorrente: Sergio da Silva Couto. Recorrido: Iberia Lineas Aéreas de España S. A. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 fev. 1996. DJ 21 fev. 1997.

avaliou que o fato de a Convenção de Varsóvia (vigente à época) ter como regra a indenização tarifada por danos materiais não exclui a indenização por danos morais em vista do que dispõem os incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal. Na ocasião, o Relator, Ministro Marco Aurélio, referiu descaber sobrepor a Convenção ao preceito constitucional que preconiza a obrigação de indenização por dano moral ou à imagem.

O Superior Tribunal de Justiça, então, seguindo esta mesma linha de raciocínio, decidiu, no **Recurso Especial nº 235.678**, que o Código de Defesa do Consumidor expressamente prevê como abusiva a cláusula que limita ou exonera a responsabilidade do prestador de serviço, sendo devido dano moral nas relações de transporte aéreo internacional. O acórdão restou assim ementado:

TRANSPORTE AÉREO. Atraso. Viagem internacional. Convenção de Varsóvia. Dano moral. Código de Defesa do Consumidor.
O dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC.
Demais questões não conhecidas.
Recurso dos autores conhecido em parte, e, nessa parte, parcialmente provido.
Recurso da ré não conhecido⁹⁸.

As decisões que se seguiram passaram a utilizar como paradigmas tanto a decisão do Supremo Tribunal Federal como a do Superior Tribunal de Justiça. A título exemplificativo, a ementa a seguir:

CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO DE VÔO INTERNACIONAL. DANO MORAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. PRECEDENTE DA TURMA. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DESPROVIDO.
I - Nos termos da orientação firmada em precedente da Turma, o "dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC" (REsp n. 235.678-SP, DJ 14.2.2000).
II - Segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal, a propósito de extravio de mala, a indenização por danos morais, no transporte aéreo, merece reparação sem qualquer limitação (RE 172.720-RJ, DJ 12.11.99)⁹⁹.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 235.678/SP. Recorrente: Tower Air Incorporation. Recorrido: José Roberto Pernomian Rodrigues e outros. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 02 dez. 1999. DJ 14 fev. 2000.

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo n. 209.763/MG. Agravante: American Airlines Inc. Agravado: Randolfo Diniz Neto e cônjuge. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 18 abr. 2000. DJ 05 jun. 2000.

No ano de 2001, a Viação Aérea São Paulo S/A – VASP interpôs o **Recurso Extraordinário nº 297.901**¹⁰⁰ porquanto a Turma Recursal dos Juizados Especiais Cível e Criminal de Natal/RN entendeu que, no conflito entre as normas do CDC e da Convenção sobre prescrição, prevaleceriam as disposições mais favoráveis da lei consumerista, que estabelece prazo prescricional superior. A Relatora, Ministra Ellen Gracie, deu provimento ao recurso referindo que deve prevalecer o prazo prescricional de dois anos previsto na Convenção justamente em virtude do artigo 178 da Constituição Federal. Todavia, não abordou propriamente a questão subjacente, qual seja, a aplicabilidade de ambas as legislações frente a uma possível antinomia.

A primeira vez em que o tema foi efetivamente levado ao crivo do Supremo Tribunal Federal ocorreu por meio do julgamento, em 17 de março de 2009, do **Recurso Extraordinário nº 351.750**¹⁰¹ oposto pela companhia aérea VARIG S/A no ano de 2002. Na origem (processo 2000.700.000722-9), a Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro afastou a aplicação do Código Brasileiro de Aeronáutica, da Convenção de Varsóvia e suas posteriores atualizações sob o argumento de que, em havendo relação de consumo no contrato de transporte aéreo, a ele se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor por ser lei nacional posterior.

O Ministro Relator Marco Aurélio disse não conhecer do recurso por entender que o acórdão estaria fundamentado apenas na interpretação do Código de Defesa do Consumidor, que é lei infraconstitucional.

Por sua vez, o Ministro Eros Grau deu provimento ao recurso entendendo que deveriam prevalecer na espécie as leis afastadas pela Turma Recursal porquanto especiais em relação à lei consumerista, de caráter geral, assim mencionando¹⁰²:

O direito repudia contradições e antinomias. “incompatibilidades não podem ao mesmo tempo existir”.

Visualizando o ordenamento jurídico como *sistema*, a doutrina consolidou regras que permitem ao intérprete eliminar aparentes conflitos entre textos normativos. Não obstante, determinados axiomas são hoje mecanicamente reproduzidos, sem que devida atenção seja dada à *função* que desempenham, de permitir o fluente funcionamento do próprio sistema.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 297.901. Recorrente: Viação Aérea São Paulo S.A. Recorrida: Janekelly Ribeiro Rêgo. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 07 mar. 2006. DJe 31 mar. 2006.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 351.750. Recorrente: Varig S.A. Viação Aérea Rio-Grandense. Recorrida: Ana Maria da Costa Jardim. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Carlos Brito. Brasília, 17 mar. 2009. DJe 25 set. 2009.

¹⁰² Páginas 19-25 do acórdão.

Um deles afirma que “a lei especial prevalece sobre a lei geral”. Sua função sistêmica é evidente: o texto normativo especial – vale dizer, *voltado à disciplina de determinada e individualizada situação* – deve prevalecer sobre a regra geral, cuja hipótese normativa abrange situações concretas não marcadas pela peculiaridade tomada como relevante pela norma especial.

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

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

Consumado o juízo de comparação, teremos que o Código de Defesa do Consumidor é lei especial em relação ao Código Civil. Não obstante, se o compararmos com o Código Brasileiro de Aeronáutica e com as disposições da Convenção de Varsóvia, teremos ser ele lei geral [...]

Ademais, considere-se o impacto, em relação aos preceitos de que se trata, do aforisma *lex generalis legem specialem non derogat*.

Essa consideração há de ser feita a partir do exame de preceito contido na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro [...]

O que resultou definido no §2º do art. 2º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil é que a lei nova – qualquer que seja ela, geral ou especial – não revoga nem modifica a lei anterior quando estabelecer disposições *a par* das já existentes. [...]

Disposição a par de outra existente é aquela que com ela convive. [...]

Estar a par, pois, é conviver, coexistir.

a significação da expressão *disposições gerais ou especiais a par das já existentes*, [...] portanto, é a seguinte: *disposições gerais ou especiais que coexistem com outras disposições gerais ou especiais*.

As primeiras disposições a, no caso, considerarmos, são as da lei nova, o Código do Consumidor [...]

As segundas, as que já existiam anteriormente ao advento da lei nova – as da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica [...]

Não há incompatibilidade entre os textos normativos considerados, porque um é geral em relação ao outro: a primeira trata da defesa do consumidor (*compreensão* menor e *extensão* maior); as segundas, da relação entre os agentes econômicos e seus clientes em determinado mercado [...] Assim, temos: uma lei geral, sobre a defesa dos consumidores e textos normativos específicos que encerram, entre outras, disposições sobre a defesa do consumidor em um *determinado* mercado (setor de economia).

[...] é certo, portanto, que estão em vigor tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Convenção de Varsóvia e os preceitos considerados do Código Brasileiro de Aeronáutica; no entanto, ao caso concreto, haverá de ser aplicada apenas a norma específica, porque essa supremacia, como vimos, impõe-se como imperativo necessário à manutenção da lógica sistema.

O cerne da questão, portanto, não se restringe à interpretação das disposições do Código de Defesa do Consumidor, mas, sim, em se saber qual a legislação aplicável à espécie, dada a aparente – mas somente aparente – existência de conflito entre textos normativos tidos, à primeira vista, como especiais. [...].

Já o Ministro Carlos Ayres Britto disse que aceitaria de bom grado o voto do Relator se não o inquietasse “o fato de que a defesa do consumidor é mais do que uma norma, é um princípio expresso no art. 170 da Constituição¹⁰³”. Após pedir voto-

¹⁰³ Página 29 do acórdão.

vista, não conheceu do recurso por entender que a defesa do consumidor é um princípio e também um direito fundamental, tendo, pois, hierarquia constitucional¹⁰⁴:

A Constituição Federal, ao tratar do consumidor, a ele se refere em seis oportunidades. Quatro delas de cunho nitidamente protetivo.

Entre essas previsões, ênfase o inciso V do art. 170 para dizer que a defesa do consumidor, além de direito fundamental (art. 5º, inciso XXXII), é princípio geral de toda a atividade econômica. E é sobre esse prisma que deve ser examinado o artigo 178 da nossa *Lei das Leis*.

Em boa verdade, o inciso XXXII do art. 5º da *Carta-cidadã* é uma das normas constitucionais densificadoras do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção econômica [...]

Penso, assim, que o consumidor não pode ser atingido por normas que lhe restrinjam conquistas asseguradas. É dizer: tendo o direito do consumidor *status* de princípio constitucional, não é dado a outras disposições legais restringir indenizações por mau uso do serviço.

E aqui eu me reporto a esse inciso V do art. 170, já agora para dizer que a defesa do consumidor, além de direito fundamental, é princípio geral de toda a atividade econômica. [...] Um plus protecional, então, para homenagear aqueles traços que são próprios do direito que assiste aos consumidores: um direito fundamental e um princípio da atividade econômica, a se dotar de força irradiante; isto é, princípio que se irradia para a relação de serviço público, mormente se prestado sob a forma empresarial (ora pelo setor público, ora pela iniciativa privada).

É por isso que a aplicação de um ou de outro diploma legal deve ser feita caso a caso. **Daí que a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica possam receber aplicações, desde que não violem de forma retrocedente os direitos do consumidor.** [...] [grifou-se]

No que diz respeito ao artigo 178 da Constituição Federal, o Ministro referiu que o termo *ordenação* pode ser interpretado de modo a indicar providências referentes à higiene, salubridade, segurança, manutenção das aeronaves, tempo de uso e duração de voo, mas não para negar direitos ao consumidor¹⁰⁵.

O Ministro Cezar Peluso, então, em voto-vista, referiu que, pela aplicação do critério da *lex specialis*, deveria prevalecer o Código de Defesa do Consumidor sobre a Convenção de Montreal uma vez que aquele hospeda conjunto de normas horizontais ou de sobre direito e “cujo campo de aplicação justapõe-se, por assim dizer, ao de atuação de outras normas¹⁰⁶”. Veja-se:

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor tem por escopo, não reger determinada **matéria**, mas proteger certa categoria de **sujeito**, ainda que também protegido por outros regimes jurídicos (art. 7º). Daí, seu caráter especialíssimo. Em quanto as normas que compõem o chamado Direito Aeronáutico são especiais por força da modalidade de prestação de serviço, o Código é especial em razão do sujeito tutelado. E, como advém logo do

¹⁰⁴ Páginas 33-37 do acórdão.

¹⁰⁵ Página 42 do acórdão.

¹⁰⁶ Páginas 54-55 do acórdão.

princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, há de, em caso de conflito aparente de normas, preponderar o sistema direto protetivo da pessoa em dano do regime jurídico do serviço ou do produto. [...]

De todo modo, é da Constituição Federal que, acredito, adviria a resposta direta à questão.

Como é de lugar comum, o “*ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais*”, e os incs V e X do art. 5º da CF consagram o “*princípio da indenizabilidade irrestrita*”, segundo o qual as indenizações por dano matéria e moral devem ser a estes proporcionais.

Por outro lado, os arts. 246, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e os arts. 21 e 22 da Convenção [...] de Varsóvia [...] estabelecem limites pré-fixados à verba indenizatória por danos materiais. Assim, a questão que se põe é saber se tais dispositivos subsistiriam, ou não, perante o art. 5º, incs. V e X, da vigente Constituição da República.

Já não vigeriam deveras [...] as normas [...] porque incompatíveis com o alcance das regras instituídas no art. 5º, V e X, da atual Constituição da República [...]

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

A pergunta subsequente [...] é se [...] albergaria a Constituição, ainda quando por modo indireto, cláusula da chamada **reserva de lei restritiva**, à qual autorizasse, por esse artifício, reduzir o âmbito teórico da tutela?

E, aqui, também não é menos negativa a resposta, porque o princípio por observar é que, se lho não autoriza a Constituição *expressis verbis*, não pode lei alguma restringir direitos, liberdades e garantias constitucionais [...]

[...] Outra pergunta, envolvida no inquérito teórico, é se, à luz daquele outro postulado, tal limitação absoluta não sacrificaria o **núcleo essencial** do direito fundamental restringido.

E vê-se logo que o sacrificaria, porque [...] aniquilaria toda a função **satisfativa** que constitui o cerne mesmo justificador da indenização garantida pela norma de escalão supremo, a qual perderia a razão de ser [...] pelo só fato de que o valor econômico do ressarcimento deixaria, em regra, de exprimir algum significado útil ao titular do mesmo direito.

O Ministro ponderou serem incompatíveis com a Constituição Federal os artigos do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Montreal que limitam a indenização do passageiro, referindo que a defesa do consumidor é direito fundamental, não podendo ser restringida nem sequer por Emenda Constitucional enquanto inserta em cláusula pétrea. Por fim, referiu que o artigo 178 constitucional não pode aniquilar o princípio da defesa do consumidor.

Ao final, os Ministros, por maioria, não conheceram do Recurso Extraordinário por entender que o mesmo tratava de matéria infraconstitucional. Todavia, ponderaram que o princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica e que as normas do Código Brasileiro da

Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia que implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pela lei consumerista devem ser afastadas.

Após o julgamento deste recurso, o entendimento restou consolidado pela jurisprudência pátria. Nesse sentido, apenas a título exemplificativo, o Recurso Especial nº 316.280¹⁰⁷ e o Recurso Especial nº 218.288¹⁰⁸:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXTRAVIO DE MERCADORIA SEGURADA EM TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. LIDE MOVIDA PELA SEGURADORA, REGRESSIVAMENTE. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CBA. TARIFAÇÃO NÃO MAIS PREVALENTE EM FACE DO CDC. RECURSO ADESIVO. ENFRENTAMENTO PELO TRIBUNAL.

I. Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, não mais prevalece, para efeito indenizatório, a tarifação prevista tanto na Convenção de Varsóvia, quanto no Código Brasileiro de Aeronáutica, segundo o entendimento pacificado no âmbito da 2ª Seção do STJ.

II. Enfrentado o recurso adesivo da ré, não se identifica ofensa aos arts. 500 e 515 do CPC, porquanto dada a prestação jurisdicional pedida, embora contrária à vindicação da parte.

III. Recurso especial não conhecido

RESPONSABILIDADE CIVIL - EXTRAVIO DE MERCADORIA - TRANSPORTE AÉREO - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS INSCULPIDOS PELO CDC - REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS CAUSADOS - MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA AFASTADA - SÚMULA 98/STJ.

I - Os limites indenizatórios constantes da Convenção de Varsóvia não se aplicam à relações jurídicas de consumo, uma vez que, nas hipóteses como a dos autos, deverá haver, necessariamente, a reparação integral dos prejuízos sofridos.

II - Afastamento da multa aplicada de 1% sobre o valor da causa, com base na Súmula 98/STJ, que assim dispõe: "embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório." III - Recurso Especial conhecido e provido

Ocorre que, em 23 de outubro de 2009, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do **Agravo em Recurso Extraordinário nº 762.184** interposto pela Societé Air France, que alegou violação ao artigo 178 da Constituição Federal. Na origem, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro condenou a agravante ao pagamento de indenização por danos materiais e morais sofridos por consumidor em decorrência de extravio de bagagem com supedâneo no Código de Defesa do

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 316.280/SP. Recorrente: Varig S.A. – Viação Aérea Rio-Grandense. Recorrida: América Latina Companhia de Seguros. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 06 fev. 2003. DJ 07 abr. 2003.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 218.288/SP. Recorrente: Bradesco Seguros S.A. Recorrida: Transbrasil S.A. Linhas Aéreas. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 19 fev. 2001. DJ 16 abr. 2001.

Consumidor em detrimento da Convenção de Montreal¹⁰⁹. O STF, então, reconheceu a repercussão geral referindo que a questão não vem sendo enfrentada de maneira uniforme pelas instâncias inferiores, o que causa insegurança jurídica¹¹⁰.

O paradigma foi substituído pelo **Recurso Extraordinário nº 636.331** no ano de 2011 e atualmente corresponde ao tema 210 – “Limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia”, cuja descrição é a seguinte:

Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 178, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de limitação, com base na Convenção de Varsóvia (Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional), das indenizações por danos morais e materiais decorrentes de extravio de bagagem.

Em 25 de setembro de 2012, o Subprocurador-Geral da República, Paulo da Rocha Campos, manifestou-se no sentido de não prover o Recurso Extraordinário, referindo que a Corte Suprema já havia se posicionado sobre a matéria quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 351.750 nos seguintes termos¹¹¹:

O Tribunal a quo perfeitamente dirimiu a controvérsia no sentido de que deve prevalecer o Código de Defesa do Consumidor no caso em tela, inclusive por expressa disposição Constitucional sobre o tema, consoante se observa no

¹⁰⁹ APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO AMPLA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. VIAGEM REALIZADA POR COMPANHIA AÉREA COM CONEXÃO EM PAÍS EUROPEU. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E HIPOSSUFICIÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 1. - Em caso de extravio de bagagem ocorrido durante o transporte aéreo, há relação de consumo entre as partes, devendo a reparação, assim, ser integral, nos termos do CDC, e não mais limitada pela legislação especial. 2- Editada lei específica, em atenção à Constituição Federal (art. 5º, XXXII), destinada a tutelar direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. 3 - Havendo antinomia, o previsto em Tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível. 4 - Sendo o consumidor hipossuficiente e verossímeis as suas alegações, é cabível a inversão do ônus da prova. 5 - O valor do dano material não está limitado em função do Código da Aeronáutica, Pacto de Varsóvia ou Protocolo de Montreal. 6 – Na forma do enunciado sumular n. 45 deste E. Tribunal de Justiça “É devida indenização por dano moral sofrido pelo passageiro, em decorrência do extravio de bagagem, nos casos de transporte aéreo.” 7 – Provido parcialmente o recurso da autora e desprovido o recurso da ré. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 200700142990. Apelante: Société Air France e outro. Apelado: Sylvia Regina de Moraes Rosolem. Relator: Des. Roberto Guimarães. Rio de Janeiro, 05 dez. 2007. Disponível em: <goo.gl/SGfSkP>. Acesso em: 01 jul. 2017.)

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 762.184 RG. Agravante: Société Air France. Agravada: Sylvia Regina de Moraes Rosolem. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 dez. 2009. DJe 18 dez. 2009.

¹¹¹ BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer n. 13.002/PRC. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/texto_2017925.pdf>. Acesso em 20/05/2017.

artigo 5º, XXXII, *in verbis*: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” [...]

O Supremo Tribunal Federal, aliás, já decidiu que: “**afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.**” (RE 351750, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-03 PP-01081 RJSP v. 57, n. 384, 2009, p. 137-143).

Destarte, não há, na espécie, qualquer ofensa ao artigo 178 da Constituição Federal, conforme bem expôs o eminente Ministro Marco Aurélio no julgamento do AI n.º 824673/SP, julgado em 08 de setembro de 2011, *in verbis*: “**descabe cogitar, na espécie, de violência aos artigos 5º, § 2º, e 178 do Diploma Maior, cujo preceito restou atendido, valendo notar que os tratados subscritos pelo Brasil não se superpõem à Constituição Federal.** Em síntese, em momento algum deliberou-se contrariamente à regra segundo a qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Diante do exposto, o Ministério Público manifesta-se pelo desprovidimento do presente recurso extraordinário.

Em julgamento realizado no ano de 2014¹¹², em conjunto com o **Agravo em Recurso Extraordinário nº 766.618** por ser recurso representativo da mesma controvérsia (já que a questão diz respeito ao prazo prescricional a ser aplicado: se aquele estipulado pela Convenção de Varsóvia ou o previsto na lei consumerista)¹¹³, após realizadas sustentações orais pelo procuradores da AIR FRANCE¹¹⁴, dos *amici*

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Suspensão julgamento sobre regra de indenização em transporte aéreo internacional.** Vídeo em meio eletrônico (2h49min08s), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vOlrSbXWVwg>>. Acesso em: 20 maio 2017.

¹¹³ No caso deste Recurso, a Primeira Turma Recursal Cível do Estado de São Paulo entendeu que o atraso de voo aéreo internacional é risco da atividade, sendo fortuito interno e, portanto, deve a companhia aérea AIR CANADA pagar indenização por danos morais ao consumidor. O Ministro Luis Roberto Barroso, entendendo que o recurso era representativo da mesma controvérsia do RE 636.331, cuja repercussão geral já havia sido reconhecida, ponderou que ambos deveriam ser julgados conjuntamente, convertendo o agravo em recurso extraordinário para fins de submissão ao plenário. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 766.618/SP. Recorrente: Air Canada. Recorrida: Cintia Cristina Giardulli. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 18 nov. 2013. DJe 25 nov. 2013.)

¹¹⁴ Alegou o procurador da recorrente que a decisão proferida pelo juízo *ad quem* merece reforma em vista dos seguintes aspectos: (a) o Código de Defesa do Consumidor, embora lei especial, dispõe de modo geral sobre várias relações de consumo, ao passo que a Convenção dispõe sobre relação de consumo específica (contrato de transporte aéreo internacional); (b) o CDC não dispõe sobre o critério de indenização; (c) o CDC não é a lei mais recente, pois o Decreto n. 2861/98 promulgou o Protocolo Adicional n. 4 que atualizou a Convenção; (d) a lei consumerista, em vista do que dispõe o artigo 2º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 4657/72, não revogou a Convenção; (e) o artigo 732 do Código Civil prestigia a aplicação da Convenção e é posterior ao CDC; (f) o artigo 178 da Constituição Federal determina a observância aos acordos firmados pela União sobre a matéria; (g) o fato de o CDC tratar da facilitação dos direitos do consumidor, não está este desobrigado a fazer prova dos fatos constitutivos de seu direito; (h) a Convenção permite ao consumidor realizar declaração especial de valor, não estando desamparado; (i) o critério é utilizado mundialmente e a indenização é sempre atualizada.

curiae IATA, IUAI (INTERNATIONAL UNION OF AEROSPACE INSURERS)¹¹⁵ e AMERICAN AIRLINES, bem como manifestação do Procurador-Geral da República¹¹⁶, o Ministro Gilmar Mendes, relator do RE 636.331, afirmou que devem prevalecer os acordos internacionais em relação ao CDC diante de três aspectos: (a) em havendo conflito entre o princípio constitucional de defesa do consumidor e o artigo 178 da Constituição Federal, deve prevalecer a regra; (b) não existe diferença de hierarquia entre os diplomas normativos em conflito, devendo-se aplicar os critérios da especialidade e cronológico ao caso: em havendo modificações da Convenção posteriores ao CDC, é posterior; ademais, é norma especial; (c) as restrições previstas na Convenção não se aplicam aos contratos de transporte nacionais nem incidem sobre a reparação por dano moral.

Por sua vez, o relator do outro recurso, Ministro Luís Roberto Barroso, disse estar substancialmente de acordo com as ideias do colega, ressaltando que, nos casos em apreciação, não se aplicam os critérios tradicionais de solução de antinomia do direito brasileiro da hierarquia, da cronologia e da especialidade, ainda que a Convenção internacional seja regra especial por tratar especificamente de uma relação de consumo, pois, caso contrário, não competiria ao STF apreciar a questão. No seu entender, o que de fato legitima a prevalência da Convenção é o disposto no artigo 178 da Constituição Federal, verdadeiro critério para solução da antinomia (norma de sobredireito que indica como deve solucionar a controvérsia) que visa

¹¹⁵ Em sustentação oral, o representante dos *amici curiae* ponderou que a Convenção é absolutamente constitucional, sendo aplicável à indenização sem que isso implique em ofensa ou ruptura das normas constitucionais pertinentes à proteção do consumidor, porquanto a Constituição Federal não dimensiona o grau de proteção, sendo que a interpretação constitucional não implica na inexorável conclusão da incidência do CDC. Aduziu ainda que a lei consumerista somente é norma especial diante do CC, sendo que, diante de normas especiais que regulam normas particulares, o CDC passa a ser regra geral de defesa do consumidor. Referiu que a limitação imposta não é absoluta, pois permite declaração de valor e que resolve problema interessante no campo probatório (como provar o conteúdo de uma bagagem extraviada e não declarada?). Ao final, salientou que a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões permitem cálculo mais preciso dos custos operacionais das empresas.

¹¹⁶ Referiu o Procurador-Geral que a Convenção de Varsóvia data de 1931, época em que sequer havia referência ao voto feminino. Sustentou que o processo civilizatório brasileiro evoluiu e que a realidade constitucional atual dá à relação de consumo e ao consumidor *status* de proteção constitucional: o inciso XXXII, do artigo 5º, traz um imperativo (“o Estado promoverá”), ou seja, o constituinte de 1988 reconhece a situação de vulnerabilidade do consumidor e determina que o estado brasileiro equilibre e intervenha de modo a promover sua defesa; por sua vez, o artigo 150, § 5º, reconhece a vulnerabilidade ao determinar esclarecimento ao consumidor sobre tributos; já o artigo 170, V, reconhece a defesa do consumidor como princípio fundante da estrutura econômica da sociedade brasileira. Nesse novo contexto constitucional do consumidor, em que há reconhecimento da vulnerabilidade e hipossuficiência pelo constituinte originário, deve-se escolher, na aplicação das normas infraconstitucionais, aquela que atribui maior proteção. Ponderou que a Convenção e o CDC têm o mesmo *status*, mas que o *status* do consumidor é constitucional.

uniformizar regras, assegurar isonomia entre consumidores e impor ao país o respeito aos compromissos internacionais assumidos. Sustentou que, entre o princípio constitucional de proteção do consumidor (artigo 5º, XXXII) e a regra referida no citado artigo, esta se sobrepõe àquele por se tratar de opção claramente manifestada pelo constituinte. Ao final, afirmou que, por força do artigo 178, em caso de conflito, as normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre o CDC, sugerindo tese nesse sentido.

O Ministro Teori Zavascki acompanhou os dois votos anteriores, observando apenas uma importante diferença entre eles: no primeiro, a antinomia se resolve pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ao passo que na segunda a prevalência da Convenção se dá em função do artigo 178 da Constituição Federal. O Ministro não é adepto da tese de que em qualquer circunstância a norma de direito internacional de transporte aéreo prevalece sobre a lei nacional.

Ao final, a Ministra Rosa Weber, sentindo-se desconfortável com a tese proposta, alegando inclusive que optaria pela aplicação da norma mais favorável ao consumidor em vista da desigualdade que decorre da hipossuficiência e vulnerabilidade, e ainda em virtude do precedente anterior que firmou tese no sentido de ser vedado o retrocesso social, requereu vista regimental.

O processo foi pautado para o dia 25 de maio de 2017. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC¹¹⁷ – pleiteou sua admissão como *amicus curiae*, tendo o pedido sido negado pelo Ministro Gilmar Mendes porquanto já liberado os autos para pauta, porém permitiu a apresentação de memoriais, dos quais se destacam os seguintes pontos¹¹⁸:

[...] cuida-se de aparente conflito de normas no caso de indenização devida por extravio de bagagens e atrasos de voos internacionais, de modo que o cerne do debate se encontra na discussão entre a aplicação da Convenção de Varsóvia e suas posteriores atualizações, e o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

[...] o desprovimento do presente Recurso Extraordinário é medida que se impõe [...]

[...] Quando do advento da Constituição Federal de 1988, a Convenção de Varsóvia estava em pleno vigor no País, haja vista que o Brasil a assinou em 1929, e de lá para cá só houve atualizações tão somente no que diz respeito ao valor e a moeda que disciplinaria o Direito Especial de Saque (DES). De outra banda, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi sancionado em setembro de 1990, em atenção ao que dispôs a Constituição Federal dois

¹¹⁷ Entidade sem fins lucrativos que atua na defesa dos consumidores brasileiros.

¹¹⁸ IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Memoriais no Recurso Extraordinário 636.331**. Disponível em: <goo.gl/rqJHok>. Acesso em: 26 maio 2017.

anos antes, em 1988, sendo, portanto, alçada a defesa do consumidor a status de direito fundamental, o que nunca antes se tinha ocorrido no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, tanto o CDC quanto à Convenção de Varsóvia (e suas correspondentes difusões e atualizações), no que é pertinente ao tema em debate, são tratados como leis ordinárias, e como tal, deveriam ser, a princípio, observados quando da aplicação do direito ao fato.

Em outras palavras, no tocante à limitação da indenização em caso de transporte aéreo internacional, a Convenção de Montreal, ratificada em 2006 por meio do Decreto n. 5.910, de 05 de setembro, não inovou, mas atualizou a norma ao sistema financeiro posterior.

Ocorre que por ter a defesa do consumidor sido prevista na Constituição Federal — no rol dos direitos fundamentais —, e de outra banda, por prever o Código de Defesa do Consumidor a não possibilidade de limitação da responsabilidade nas relações de consumo, esta previsão, qual seja, a não limitadora de direitos fundamentais, é a que deve prevalecer. [...]

Retomado o julgamento¹¹⁹, a Ministra Rosa Weber acompanhou o voto dos relatores, salientando que ambas as Convenções possibilitam a reparação integral e ilimitada desde que atendidas as condições razoáveis e proporcionais estipuladas, quais sejam, caracterização do dolo ou culpa grave do prestador de serviços ou seus prepostos, ou prévia declaração especial de conteúdo feita pelo passageiro mediante pagamento. Os Ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Luiz Fux votaram neste mesmo sentido, salientando este último que seu voto possui quatro fundamentos, um constitucional (em vista da redação do artigo 178 da Constituição da República), um jurídico-dogmático (o CDC é lei posterior geral que não revogou a Convenção de Varsóvia, anterior e especial), um jurisprudencial (precedentes da Corte que prestigiam o entendimento – RE 214.349 e RE 297.901) e, por fim, um fundamento legal (o disposto no artigo 1º do Código Brasileiro de Aeronáutica: “O Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar”).

Inaugurou a divergência o Ministro Marco Aurélio, salientando que as decisões dos tribunais *ad quem* que julgaram os recursos das partes envolvidas não podem ser consideradas contrárias à Constituição Federal porque aplicaram o CDC em detrimento das Convenções internacionais. Acompanhou o entendimento o Ministro Celso de Mello, assim referindo em trecho de seu voto:

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Incide contribuição previdenciária sobre remuneração de agentes políticos**. Vídeo em meio eletrônico (2h08min05s), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xz4S0OZ9FmE&t=2430s>>. Acesso em: 28 maio 2017.

Tenho para mim que a proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos representam compromissos inderrogáveis que o Estado brasileiro conscientemente assumiu no plano do nosso ordenamento constitucional. O relevo indiscutível desse compromisso estatal, considerada irrecusável importância jurídica, econômica, política e social de que se revestem os direitos do consumidor, tanto mais se acentua quando se tem presente que a Assembleia Nacional Constituinte em caráter absolutamente inovador, elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental [...], atribuindo-lhe ainda condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem econômica [...], cuja eficácia, segundo penso, permite reconhecer a precedência do Código de Defesa do Consumidor [...] sobre a Convenção de Varsóvia [...] bem assim sobre a Convenção de Montreal de 99.

[...]

Com claro objetivo de dar concreção e significado a essas proclamações constitucionais, a Carta Política fez instaurar um estado de comunhão solidária entre as diversas pessoas políticas inclusive, que compõem a estrutura institucional da federação brasileira, congregando-as em torno de uma finalidade comum, impregnado no mais elevado sentido social. Vale referir [...] a primazia que a Carta Política do Brasil conferiu tanto à defesa do consumidor quanto à preservação da integridade das prerrogativas jurídicas que em seu favor foram reconhecidas pelo ordenamento positivo, podendo-se afirmar, a partir de tal asserção, que os direitos do consumidor qualificam-se como valores essenciais e condicionantes de qualquer processo decisório que vise a compor situações de antagonismo resultantes das relações de consumo que se processam no âmbito da vida social de modo tão estruturalmente desigual marcadas, muitas vezes, pela nota de indisfarçável conflituosidade ao opor prestadores de serviços como as empresas prestadoras de serviços aéreos internacionais [...] de um lado e consumidores de outro. E com esse propósito, Senhora Presidente, e para não degradar o compromisso de defesa do consumidor à condição inaceitável de uma promessa constitucional irresponsavelmente vã, ou de uma proclamação constitucional meramente retórica ou ainda de um discurso político inconsequente, a lei fundamental, visando a promover o bem de todos, veio a instituir normas vocacionadas à especial tutela e proteção do consumidor. Daí justificar-se o reconhecimento de que a proteção ao consumidor se traduz numa prerrogativa fundamental do cidadão. O fato dessa proteção qualificar-se como valor constitucional inerente à própria conceptualização da perspectiva do nosso sistema de direito positivo, o Estado Democrático e Social de Direito, razão pela qual incumbe ao poder judiciário extrair dos direitos assegurados ao consumidor a sua máxima eficácia.

Ao final, o plenário do STF, por maioria e nos termos do voto dos dois relatores, deu provimento a ambos os recursos: no de número 636331, foi reduzido o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores; já no de número 766618, foi reconhecido que o prazo prescricional incidente no caso concreto é aquele previsto na Convenção internacional em

detrimento do prazo disciplinado pelo CDC. Foi fixada a seguinte tese em virtude da repercussão geral¹²⁰:

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.

Em vista dessa tese recentemente criada pela Corte Suprema nacional, ressurge a necessidade de discussão sobre a questão e, principalmente, acerca da forma de coexistência no plano jurídico-normativo interno destas três principais fontes legislativas incidentes sobre o contrato de transporte aéreo: o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e as Convenções de Varsóvia e de Montreal. O Diálogo das Fontes surge, então, como o mecanismo que melhor permite a aplicação harmônica entre estas diferentes leis, tema que será abordado no capítulo seguinte.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 636.331. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4040813>>. Acesso em: 26 maio 2017.

3 O DIÁLOGO DAS FONTES COMO MECANISMO DE APLICAÇÃO HARMÔNICA DA LEGISLAÇÃO NACIONAL E DA CONVENÇÃO DE MONTREAL

Ao longo da modernidade, a qual rompeu com o pensamento medieval e veio a se consolidar a partir da Revolução Francesa, o direito se afirmou sobre a noção de autoridade da lei. O homem moderno, por sua vez, fundou-se na razão individual. Bruno Miragem assim leciona¹²¹:

Os países do sistema de direito continental construíram, com base no direito posto (direito escrito), o fundamento da estabilidade de suas instituições e da segurança das relações jurídicas. O pressuposto do sistema de direito que surge a partir daí, e a própria associação entre direito e sistema, decorrem de uma concepção abrangente do fenômeno jurídico, a lhe exigir uma coerência interna e externa em tal grau, de modo a assegurar na lei o instrumento de antecipação de condutas estabelecidas no meio social e, com isso, permitir a solução de conflitos segundo um determinado critério de correção ao qual se confere a autoridade.

Esta ordem de acontecimentos, que é objeto de aprofundado exame nos campos diversos da história, filosofia e da teoria geral do direito, reflete – em síntese – uma nova compreensão do fenômeno jurídico. O direito havido da tradição romana, associado à noção do justo (*us ars aequi et boni*), gradualmente passa a admitir novos sentidos, como expressão de autoridade da razão ou de poder da vontade individual. A partir daí, ganha espaço a sensação crítica em relação ao caráter assistemático dos textos romanos como fonte do direito, bem como um movimento de renovação da jurisprudência [...]. Passa-se a propor um conhecimento afeto à realidade, purificando e refinando os métodos de interpretação do direito romano, e terminando por constituir a tradição clássica decadente em fins da Idade média, com uma nova forma de pensar centrada na razão. Trata-se de um novo período histórico, que avança dos séculos XVI a XVIII e representa a antítese do mundo antigo, a partir da formação de um novo tipo de homem forjado na Renascença.

Miragem refere ainda que neste período surgiu a escola do direito natural (jusracionalismo), a qual compreendia o direito como um sistema interno coerente dotado de um método dogmático específico construído através de conceitos gerais, a partir de soluções prescritivas, que estabelece, por meio de regras gerais, a aplicação aos casos concretos. O direito privado passa a ser visto como um conjunto de princípios que formam uma construção lógica rigorosa, surgindo então a ideia de sistema jurídico. O juiz era neutro e vinculado estritamente ao texto da lei (daí surge a expressão “juiz boca da lei”) e sua ingerência sobre as relações entre particulares

¹²¹ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012. p. 67-109. p. 67-68.

exigiu a formação de uma lógica rigorosa que pressupunha não somente a unidade do sistema normativo como também a não contradição entre normas pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico. Em virtude disso, foram criados critérios rigorosos para solucionar eventuais antinomias e também para preencher as lacunas da lei. Ocorre que, em virtude da complexidade da sociedade contemporânea e da afirmação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana como valores superiores, referidos critérios perdem sua atualidade¹²².

Efetivamente, no decorrer das últimas quatro décadas, ocorreram profundas transformações sociais que representaram – e ainda representam – uma verdadeira quebra de paradigma em relação à modernidade, sendo comumente chamada pela doutrina de pós-modernidade.

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman, em entrevista realizada pelo Fronteiras do Pensamento¹²³, Porto Alegre, refere que, no Século XX, ocorreu uma passagem de toda uma era da história mundial, marcada pela transição entre sociedade de produção e sociedade de consumo e, também, por processos de fragmentação da vida humana. Pondera ainda que há sempre uma ambivalência entre liberdade e segurança – segurança sem liberdade é escravidão, ao passo que liberdade sem segurança é um completo caos: “cada vez que você tem mais segurança, você entrega um pouco da sua liberdade. [...] Cada vez que você tem mais liberdade, você entrega parte da sua segurança”. Para ele, na modernidade se entregou muita segurança em prol de maior liberdade, e é por esta razão que acredita que as pessoas almejam atualmente um estado social, mais intervencionista, com poderes mais fortes e que assegure maior estabilidade.

Claudia Lima Marques pondera que tanto a modernidade quanto a pós-modernidade se baseiam no discurso dos direitos: a primeira, no discurso dos direitos adquiridos, na segurança e ordem (institucional); a segunda, nos direitos qualificados por sua origem, no discurso dos direitos humanos e fundamentais¹²⁴. Sustenta ainda

¹²² MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012. p. 67-109. p. 69-70.

¹²³ FRONTEIRAS DO PENSAMENTO. **Diálogos com Zygmunt Bauman**. Vídeo em meio eletrônico (30min25s), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>>. Acesso em: 23 maio 2017.

¹²⁴ MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 60.

que a abundância e rapidez da pós-modernidade abalam as certezas da modernidade, em especial a ideia de que homens livres e iguais serão fraternos e de que todos são iguais na lei porque perante a lei. Se antes o juiz deveria ser *a boca da lei*, as leis eram irretocáveis e representavam a institucionalização da vontade geral (remontando à ideia de lei como contrato social desenvolvida por Rousseau) e o executivo deveria tão somente executar a lei, há, a partir da pós-modernidade, em vista da complexidade da sociedade, uma quebra do sistema decorrente da crise institucional dos grandes discursos e da universalização das coisas e da ideia de que existem verdades únicas e absolutas¹²⁵.

Flávio Tartuce e José Antônio de Faria Martos, por seu turno, acrescentam que a pós-modernidade possui um traço marcante de duplo sentido das coisas, “pois o certo pode ser errado, o errado pode ser certo; o bem pode ser o mal e o mal pode ser o bem; o alto pode ser baixo e o baixo pode ser o alto; o belo pode ser o feio e o feio pode ser o belo”. Referem que a globalização trouxe a ideia de unidade mundial e de um direito unificado, e que esse caos contemporâneo pode ser visto sob diversas perspectivas, tais como o enfraquecimento das fronteiras entre as esferas do público e do privado, a pluralidade das fontes do direito, a proliferação de conceitos jurídicos indeterminados e a grande abertura para o intérprete estabelecer e reconstruir sua coerência¹²⁶¹²⁷.

¹²⁵ MARQUES, Claudia Lima. Aula “O FUTURO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NA PÓS-MODERNIDADE”. 25 nov. 2016 (aula ministrada no curso de pós-graduação em direito do Consumidor e Direitos Fundamentais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.).

¹²⁶ TARTUCE, Flávio; MARTOS, José Antonio de Faria. O Diálogo Das Fontes e a Hermenêutica Consumerista no Superior Tribunal De Justiça. In: XXII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/NINOVE. **Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do direito na contemporaneidade**. 1. ed. v. 1. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 156-188.

¹²⁷ Em outra obra, Tartuce faz uma excelente observação acerca da pós-modernidade: “o fenômeno pós-moderno, com enfoque jurídico, pode ser identificado por vários fatores. O primeiro a ser citado é a globalização, a ideia de *unidade mundial*, de um modelo geral para as ciências e para o comportamento das pessoas. Fala-se hoje em linguagem global, em economia globalizada, em *mercado uno*, em doenças e epidemias mundiais e até um *Direito unificado*. Quanto ao modo de agir, o ocidente se aproxima do oriente, e vice-versa. [...] no caso do CDC brasileiro, tal preocupação pode ser notada pela abertura constante de seu art. 7º, que admite a aplicação de fontes do Direito Comparado, caso dos tratados e convenções internacionais [...] A par dessa *unidade mundial* [...], os Estados não seriam mais os centros do poder e da proteção da pessoa humana, cedendo espaço, em larga margem, aos mercados. [...] De toda sorte [...] é preciso que os Estados busquem, em sua integração, para uma crescente unificação do direito, a conservação da identidade cultural das pessoas, para proteger e garantir a sua personalidade individual. [...] nesse contexto, surge a proteção dos direitos dos consumidores, fazendo um *cabo de guerra* contra a excessiva proteção mercadológica. [...] [nesse contexto da pós-modernidade] a realidade é de um *Big Bang Legislativo*, na qual se verifica uma explosão de normas jurídicas [...]. No caso brasileiro, convive-se com mais de 40 mil leis, a deixar o aplicador do Direito desnordeado a respeito de sua incidência no *tipo (fatispecie)*. [...] No que concerne aos sujeitos pós-modernos, reconhece-se um *pluralismo*, o que é intensificado pela valorização dos direitos humanos e das liberdades. Inúmeras são as preocupações

Nesse contexto de grandes mudanças sociais e jurídicas, os critérios clássicos de solução de conflitos disciplinados pela legislação brasileira, assim como os critérios existentes em outros sistemas jurídicos ao redor do mundo, não se mostram mais adequados em vista de tamanha complexidade presente nos casos concretos. E, em vista disso, Erik Jayme desenvolve e cria o método do Diálogo das Fontes.

3.1 O MÉTODO DO DIÁLOGO DAS FONTES

3.1.1 Características Gerais

O jurista e doutrinador Erik Jayme, nascido no Canadá e de nacionalidade alemã, analisando a complexidade advinda com a pós-modernidade, desenvolve na Alemanha o método do Diálogo das Fontes, o qual foi posteriormente trazido ao Brasil por intermédio da também jurista e doutrinadora Claudia Lima Marques.

Jayme ensina que, diante do pluralismo pós-moderno de fontes legislativas, a coordenação entre leis existentes em um mesmo ordenamento jurídico é exigência de um sistema eficiente e justo¹²⁸, sendo esta a verdadeira razão da criação de seu método. Por meio dele, propõe a coordenação flexível e útil das normas em conflito – em vista do campo de incidência convergente a um mesmo fato – a fim de restabelecer sua coerência¹²⁹.

Marques pondera que o Diálogo das Fontes, no direito pós-moderno, sobressai como método que permite a conjugações de valores constitucionais e de diferentes microssistemas, assegurando, assim, um verdadeiro diálogo entre as diversas fontes

legais em se tutelar os vulneráveis, a fim de se valorizar a pessoa humana, nos termos do que consta do art. 1º, III, da Constituição Federal [...] Como decorrência do pluralismo, há uma abundância de proteção legislativa na pós-modernidade, a gerar situações de colisão entre esses direitos, conflitos estes que acabam por ser resolvidos a partir da interpretação da Norma Constitucional, repouso comum da principiologia dessa tutela fundamental. Na realidade pós-moderna há o *duplo sentido* das coisas (*double sense*). Nesse contexto, o certo pode ser o errado, e o errado pode ser o certo [...], o jurídico pode ser antijurídico, e o antijurídico pode ser o jurídico; [...] Essas variações chocam aquela visão maniqueísta que impera no Direito, particularmente a de que sempre haverá um vitorioso e um derrotado nas demandas judiciais. Na realidade, aquele que se julga o vitorioso pode ser o maior derrotado. [...] A realidade pós-moderna é marcada pela *hipercomplexidade*.” (TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do consumidor**: direito material e processual. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016. p. 5-9.)

¹²⁸ *Apud* MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 27.

¹²⁹ BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

do direito. Esclarece que ele pode ser usado na aplicação de todos os ramos do direito e que se insere dentro desta nova perspectiva humanista, sobre a relação entre normas¹³⁰:

A teoria do diálogo das fontes é, em minha opinião, um método da nova teoria geral do direito muito útil e pode ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, que não parece diminuir no século XXI. Método é caminho. Metodologia é um processo, uma técnica que generosamente nos guia, nos ajuda a avançar de forma segura, neste esforço de acertar e alcançar uma decisão justa. [...] Mais do que teoria é método, que encontrou eco no Brasil, pois se trata de um dos instrumentos mais importantes e sensíveis aos desafios dos novos tempos, criado no direito nos últimos tempos. Sua profundidade e sua ciência é proporcional à sua utilidade e praticidade nos dias de hoje. [...] A teoria de Erik Jayme do diálogo das fontes insere-se nesta grande tradição da visão sistemática e funcional da ordem jurídica, atualizada por uma visão internacional e cultural do direito e uma nova perspectiva mais humanista sobre a relação entre as normas, como se o sistema interno e externo de Philippe Heck [...] pudesse ser transplantado para uma visão unitária e coerente do direito internacional, ordenado pelos direitos humanos, valores maiores e fundantes desta ordem. Transferindo esta ideia para o direito interno, os direitos fundamentais e o direito privado, a DRITTWIRKUNG e a interpretação conforme a Constituição guiarão o sistema. Ou, nos conflitos entre o direito interno e o direito internacional público, os valores-guias seriam a valorização dos direitos humanos e a interpretação *pro homine*.

Acerca da expressão escolhida por Erik Jayme para dar nome ao seu método, esclarece Marques que a mesma é autoexplicativa, pois a expressão *diálogos* significa duas lógicas, isto é, duas leis que coordenam um só encontro na letra *a* (di-a-logos), sendo que uma não mais revoga a outra (o que seria um monólogo, pois somente uma lei “falaria”), já que ambas dialogam entre si¹³¹:

A bela expressão do mestre de Heidelberg é semiótica e autoexplicativa: di-a-logos, duas “lógicas”, duas “leis” a seguir e a coordenar um só encontro no “a”, uma “coerência” necessariamente “a restaurar” os valores deste sistema, desta “nov-a” ordem das fontes, em que uma não mais “re-vo-ga” a outra (o que seria um mono-logo, pois só uma lei “fala”), e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos direitos humanos.

¹³⁰ MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 21-24.

¹³¹ MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 26-27.

Em outras palavras, diálogo das fontes é uma expressão simbólica, simbólica de um novo paradigma de coordenação e coerência restaurada de um sistema legal, sistema hoje de fontes plúrimas, com diversos campos de aplicação, a criar, na era pós-descodificação, uma grande complexidade no ato simples fato – ou ato – de o aplicador da lei “escolher” entre as fontes (em aparente conflito) a lei ou leis a serem aplicadas no caso concreto.

Também explana que a antiga expressão utilizada de *conflitos de leis no tempo* pressupunha uma colisão entre o campo e aplicação de duas ou mais leis e que, em razão disso, uma lei prevaleceria sobre as demais, e estas seriam excluídas do sistema (ab-rogação, derrogação, revogação). Nesta visão moderna, existia a tese (lei antiga), a antítese (lei nova) e a síntese (revogação), e os critérios tradicionais de solução destes conflitos eram a anterioridade, especialidade e hierarquia. Todavia, a seu ver (e também para Erik Jayme), não se sustenta mais esse tipo de *monossolução*, posto que a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, e a revogação é substituída pela convivência das leis com campos de aplicação diferentes, mas convergentes, dentro de um mesmo sistema jurídico. E é exatamente por isso que Jayme propõe uma nova solução por meio da coordenação destas fontes: o diálogo das fontes¹³².

Fabiana D'Andresa Ramos traz uma interessante reflexão sobre a questão¹³³:

[...] hoje vivemos reconhecidamente um tempo de pluralidade de normas, que afetou sobremaneira a solução dos conflitos de lei, tanto no tempo como espaço. Atualmente, considera-se que as relações jurídicas raramente estão submetidas a um único corpo de normas, mas que, ao contrário, são regidas por um conjunto difuso de regras e princípios, que, ao invés de se excluírem mutuamente, se completam e dialogam entre si, sendo a missão daquele que diz o direito traduzir esse diálogo e encontrar para cada conflito, a partir de técnicas contemporâneas de hermenêutica, uma solução que favoreça a harmonia interativa do sistema, e não a sua fragmentação. Assim, a técnica jurídica hodierna para solução de conflitos privilegia a inclusão, e não a exclusão de normas. Dessa forma, a aplicação da Convenção de Montreal não exclui a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao contrário, ambos se aplicam a relação jurídica decorrente do contrato de transporte aéreo internacional, devendo aparente antinomias serem solucionadas através de uma interpretação integrativa e harmônica do sistema, que comporte a preservação dos princípios e fundamentos que o sustentam.

¹³² MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 27-28.

¹³³ RAMOS, Fabiana D'Andrea. Normas de transporte aéreo internacional devem favorecer vulneráveis. **Conjur**. 04 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-04/garantias-consumo-normas-transporte-aereo-internacional-favorecer-vulneraveis>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

Flavio Tartuce, por sua vez, assim refere¹³⁴:

[...] diante do pluralismo pós-moderno, com inúmeras fontes legais, surge a necessidade de coordenação entre as leis que fazem parte do mesmo ordenamento jurídico. A expressão é feliz justamente pela adequação à realidade social da pós-modernidade.

[...] há um *diálogo* diante de influências recíprocas, com a possibilidade de aplicação concomitante das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, de forma complementar ou subsidiária. Há, assim, uma solução que é flexível e aberta, de interpenetração ou de busca, no sistema, da norma que seja mais favorável ao vulnerável.

[...] Simbolicamente, pode-se dizer que, pela teoria do diálogo das fontes, supera-se a *interpretação insular do direito*, segundo a qual cada ramo do conhecimento jurídico representaria uma ilha. [...] O Direito passa a ser visualizado, assim, como um sistema solar (*interpretação sistemática e planetária*) em que os planetas são os Códigos, os satélites são os estatutos próprios (caso do CDC) e o Sol é a Constituição Federal, irradiando seus raios solares – seus princípios – por todo o sistema [...].

Claudia Lima Marques acrescenta que o método do Diálogo das Fontes é iluminado pelos valores constitucionais e pelos direitos humanos, sendo que seu *leitmotiv* é o restabelecimento da coerência entre as normas em conflito no sistema por meio da valorização dos valores constitucionais que colocam a pessoa humana no centro da questão (concretização do princípio *pro homine*), substituindo a ideia de simples revogação de uma das normas em conflito, que era consequência do uso dos critérios tradicionais de superação de antinomias¹³⁵.

Esses critérios tradicionais são a hierarquia (norma de hierarquia superior prevalece sobre norma inferior), a especialidade (norma especial prevalece sobre norma geral) e a anterioridade – também chamada de critério cronológico – (norma posterior prevalece sobre norma anterior).

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), de 1942, disciplina, no seu artigo 2º, §1º, o critério da anterioridade:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

¹³⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do consumidor**: direito material e processual. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016. p. 17-19.

¹³⁵ MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 29.

Tal critério (do brocardo latino *lex posteriori derogat priori*) somente era utilizado em caso de conflito de leis de mesma hierarquia e com a mesma especialidade no tocante à matéria abordada, sendo, pois, subsidiário aos demais.

Já o critério da especialidade (do brocardo latino *lex specialis derogat legi generali*) era utilizado quando, em comparação a uma norma, outra poderia ser considerada especial em virtude de seu conteúdo, prevalecendo esta em relação àquela de caráter geral. A questão, como bem coloca o professor e jurista francês Gilles Paisant¹³⁶, é que, muitas vezes, é deveras difícil saber qual é efetivamente a lei especial e qual é a lei geral. Como exemplo, cita um caso de locação de imóvel em que se discute qual o prazo prescricional a ser aplicável: o do *Code de la Consommation* ou aquele previsto na *Loi de bail à l'usage d'habitation*. De um lado, o código consumerista é específico em relação à pessoa (consumidor), ao passo que a lei de locação é específica em relação ao contrato (de locação para moradia). De frisar que a LINDB apenas ressalva, no §2º de seu artigo 2º, que a lei nova que estabelecer disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Por fim, o critério da hierarquia era o primeiro a ser apreciado pelo intérprete na medida em que, num conflito entre leis de hierarquias diferentes, deveria prevalecer aquela hierarquicamente superior. Hans Kelsen esclarece que a ordem jurídica é uma construção escalonada de diferentes níveis, dentro da qual a norma fundamental, isto é, a Constituição Federal, é a de maior hierarquia, pois é fundamento de validade *ultima ratio* que constitui a unidade desta interconexão de normas¹³⁷:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental [...] é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas materiais.

¹³⁶ PAISANT, Gilles. Aula ministrada em março de 2017 no curso de extensão sobre direito comparado e europeu dos contratos e de consumo feito em parceria entre a Université Savoie Mont-Blanc e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹³⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMS Martins Fontes, 2009. p. 247.

O doutrinador pondera ainda que, em caso de conflito entre norma de diferentes hierarquias, aquela de hierarquia inferior, ou seja, escalonada num plano inferior à outra norma em conflito, aquela seria nula justamente em virtude da contrariedade com norma de hierarquia superior¹³⁸:

Como a ordem jurídica apresenta uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, e como uma norma só pertence a uma ordem jurídica porque e na medida em que se harmoniza com a norma superior que define a sua criação, surge o problema de um possível conflito entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, isto é, a questão: *quid juris*, se uma norma não está em harmonia com a norma que determina a sua produção, especialmente se não corresponde à norma que preestabelece o seu conteúdo? Um tal conflito parece apresentar-se quando se tomem ao pé da letra certas expressões que são usuais na jurisprudência tradicional. Com efeito, esta fala de decisões judiciais “ilegais” e de leis “anticonstitucionais” e, assim, dá a impressão de ser possível algo como uma norma contrária às normas em geral e uma norma jurídica antijurídica em especial. Sim, o próprio Direito parece contar com direito antijurídico e conformar a sua existência pelo fato de tomar muitas disposições que se consideram ter como fim a anulação de direito antijurídico. Se, porém, existisse tal coisa como um direito antijurídico, desapareceria a unidade do sistema de normas que se exprime no conceito de ordem jurídica (ordem do Direito). Mas uma “norma contrária às normas” é uma contradição nos termos; e uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside à sua criação não poderia ser considerada como norma jurídica válida – seria nula, o que quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica. O que é nulo não pode ser anulado (destruído pela via do Direito. Anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é o sentido. [...] anular uma norma significa, portanto, retirar um ato, que tem por sentido subjetivo uma norma, o sentido objetivo de uma norma. E isso significa pôr termo à validade desta norma através de outra norma. Se a ordem jurídica, por qualquer motivo, anula uma norma, tem de [...] considerar esta norma primeiramente como norma jurídica objetivamente válida, isto é, como norma jurídica conforme ao direito.

Kelsen ordena as normas de acordo com sua hierarquia por meio da conhecida *pirâmide*, a qual, aplicada à realidade jurídica hoje em vigor, está escalonada da seguinte forma: no topo, localizam-se a Constituição Federal (constituente originário), as emendas constitucionais (constituente derivado) e os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (que têm força de emenda constitucional em virtude do disposto no artigo 5º, §3º, da CF). Em seguida, estão as leis complementares (que têm por fim complementar dispositivo constitucional – reserva material estabelecida pela própria Constituição Federal), as leis ordinárias (cuja matéria é residual em relação às leis ordinárias), as leis delegadas (elaboradas pelo

¹³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMS Martins Fontes, 2009. p. 295-296.

Presidente da República consoante disposto pelo artigo 68 da CF), as medidas provisórias (editadas pelo Presidente da República em caso de relevância e urgência na forma estabelecida pelo artigo 62 da CF), os decretos legislativos e as resoluções (ambos editados pelo Congresso Nacional).

Estes três critérios, consoante referido alhures, não mais se prestam para solucionar as aparentes antinomias entre fontes normativas na pós-modernidade, já que não mais se pensa em um monólogo e sim em um diálogo entre elas.

Nos dizeres de Claudia Lima Marques, o critério da hierarquia agora significa a coerência dada pelos valores constitucionais e a prevalência dos direitos humanos sobre os demais; o da especialidade passa a trazer a ideia de complementação ou aplicação subsidiária de normas especiais entre si, aplicando-se primeiro a mais valorativa e, depois, no que couberem, as demais; por fim, o critério da anterioridade deixa de ter relação com o tempo da promulgação da lei e passa a se referir à necessidade de adaptação do sistema cada vez que uma nova lei é inserida. “Influências recíprocas guiadas pelos valores constitucionais vão guiar este diálogo de adaptação sistemático¹³⁹”.

Marques disciplina que três são os diálogos possíveis: o diálogo sistemático de coerência, o de complementaridade e subsidiariedade e o de coordenação e adaptação sistemática¹⁴⁰:

a) uma lei pode servir de base conceitual para outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microssistema específico; b) uma lei pode complementar a aplicação de outra, a depender de seu campo de aplicação (diálogo de complementaridade e subsidiariedade), tanto suas normas, quanto seus princípios e cláusulas gerais podem encontrar uso subsidiário ou complementar, “diálogo” este exatamente no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era superada e “retirada” do sistema pela outra; e, por fim, c) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como a redefinição do campo de aplicação, a transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei para outra, influência do sistema especial no geral e do geral no especial (diálogo de coordenação e adaptação sistemática).

¹³⁹ MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 30-31.

¹⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 32.

Flávio Tartuce explica os três diálogos desenvolvidos por Marques da seguinte forma¹⁴¹:

- a) havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base conceitual para a outra, estará presente o *diálogo sistemático de coerência*. Exemplo: os conceitos dos contratos de espécie podem ser retirados do Código Civil, mesmo sendo o contrato de consumo, caso de uma compra e venda [...]
- b) Se o caso for de aplicação coordenada de duas leis, uma norma pode completar a outra, de forma direta (*diálogo de complementaridade*) ou indireta (*diálogo de subsidiariedade*). O exemplo típico ocorre com os contratos de consumo que também são de adesão. Em relação às cláusulas abusivas, pode ser invocada a proteção dos consumidores constante do art. 51 do CDC e, ainda, a proteção dos aderentes constantes do art. 424 do CC.
- c) Os *diálogos de influências recíprocas sistemáticas* estão presentes quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências da outra. Assim, o conceito de consumidor pode sofrer influências do próprio Código Civil. [...]

Em breves linhas, ocorre o diálogo sistemático de coerência quando uma das leis serve de base conceitual à outra, sendo que normalmente uma delas possui caráter geral e outra especial, que não é materialmente completa. Cita-se, como exemplo, a possibilidade de diálogo entre Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, no qual aquele traz diversos conceitos que são aplicáveis também às relações de consumo.

Já os diálogos de complementaridade ou de subsidiariedade também costumam ocorrer entre uma regra geral e outra especial, aplicando-se aquela naquilo em que compatível com esta para fins de suprir eventuais lacunas, seja direta ou indiretamente. Este diálogo também é bastante comum entre o Código Civil e o Consumerista como, por exemplo, para fundamentar a necessidade de probidade e boa-fé dos contratantes em todas as fases contratuais de uma relação de consumo, cuja previsão é do artigo 422 da Lei Civil. Todavia, também entre duas leis especiais é possível ocorrer esta espécie de diálogo.

Por sua vez, as fontes normativas realizam diálogo de influência recíproca sistemática naqueles casos em que uma influencia reciprocamente a outra. Cita-se como exemplo as influências entre o Código de Defesa do Consumidor, lei especial em virtude do sujeito tutelado, e a Lei sobre Planos de Saúde, lei especial quanto à

¹⁴¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do consumidor**: direito material e processual. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016. p. 20.

matéria. Ambas realizam influências de forma recíproca em vista da incidência de aplicação diferente, mas convergente.

Benjamin, Marques e Bessa ponderam, em relação às leis especiais, que raramente é o legislador quem determina a aplicação simultânea e coerente destas normas, sendo que geralmente este diálogo é deixado aos cuidados do intérprete e aplicador da lei¹⁴². O primeiro doutrinador, inclusive, salienta o seguinte¹⁴³:

O direito contemporâneo se orienta no sentido da busca pela efetividade. Para isso, não basta interpretar as normas de forma isolada, senão identificar sua finalidade e relacionar seu sentido e alcance com outras normas do sistema jurídico. Neste sentido, não bastam leis bem elaboradas e que resultem das melhores intenções do legislador. É preciso interpretá-las e aplicá-las concretamente, o que exige não apenas prudência, mas a visão do conjunto de outras normas, possíveis contradições que possam existir entre elas, e o sentido constitucionalmente adequado à aplicação ao caso concreto, a reconstrução da coerência que os valores constitucionais impõem.

Alguns críticos do método referem que este confere ao julgador grande poder de criação do direito, pois este poderia conjugar diversas leis para decidir o caso concreto que lhe é submetido a juízo, o que geraria, em última análise, insegurança jurídica nas relações sociais.

Todavia, referida crítica não prospera na medida em que a possibilidade de diálogo entre as mais diversas fontes jurídicas em prol da pessoa humana nada mais faz do que concretizar a *ratio* da própria Constituição Federal – que, no seu artigo primeiro, pondera que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana (inciso III). No mais, o julgador está obrigado, também por força do texto constitucional, a fundamentar todas as suas decisões sob pena de nulidade (artigo 93, inciso IX). O juiz e doutrinador José Ricardo Alvarez Vianna ressalta que, para uma solução jurídica ser razoável, prudente e justa, o intérprete deve sempre perseguir o núcleo de proteção que reveste e caracteriza o bem jurídico em conflito, sempre partindo das regras e princípios constitucionais. No mais, faz um importante contraponto às críticas suscitadas, veja-se¹⁴⁴:

¹⁴² BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 141.

¹⁴³ BENJAMIN, Antonio Herman. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 6.

¹⁴⁴ VIANNA, José Ricardo Alvarez. A teoria do diálogo das fontes. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2755, 16 jan. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18279>>. Acesso em: 28 maio 2017.

Visto sob esse ângulo, tem-se que não procedem as críticas no sentido de que a Teoria do Diálogo das Fontes confere ao juiz subjetividade em demasia e, com isso, insegurança jurídica. Primeiro porque, não há objetividade absoluta. Sempre – e felizmente – haverá subjetividade em todas as atividades humanas. É isso, a propósito, que inviabilizam os avanços nos estudos da chamada Inteligência Artificial (IA), os quais tentam reproduzir o pensamento humano, porquanto entre o "0" e o "1", próprios dos códigos binários e da linguagem computacional, que, na lógica booleana, representam o *sim* e o *não*, o *falso* e o *verdadeiro*, *tudo* ou o *nada*, o *ligado* e o *desligado*, pode haver, ainda, metaforicamente, o "000000,777775555412001", conforme, *mutatis mutandis*, preconizam a lógica paraconsistente e a Teoria da *quase verdade* ou da *verdade parcial*, ambas do brasileiro Newton Carneiro Affonso da Costa, somente apreensíveis pela mente humana, por vezes até intuitivamente.

Segundo porque, a bem da verdade não há um juiz em cada caso, mas, em regra, vários juízes. Sim, porque todas as decisões judiciais, além de submetidas ao crivo do contraditório e ao devido processo legal, dialéticos por excelência, ainda comportam reexames pelas vias recursais. Neste cariz, o Judiciário, valendo-se das palavras de Maria Francisca Carneiro, é "*unitas-multiplex* (conseguindo assim ser o paradoxo do um e do múltiplo ao mesmo tempo)".

Nessa ordem de ideias, percebe-se que a Teoria do Diálogo das Fontes emerge como mais um instrumento para uma boa aplicação do Direito. Não o único e muito menos infalível, até porque fruto da atividade humana (*errare humano est*), mas, seguramente, de utilidade inquestionável, ao permitir e viabilizar um olhar mais afiado para a realidade dos casos concretos como mais um instrumento de Justiça, objetivo, por excelência, da atividade judiciária.

Ainda que existam algumas críticas ao método do Diálogo das Fontes, certo é que ele tem sido amplamente utilizado pela jurisprudência pátria nos casos em que há uma aparente antinomia entre duas ou mais normas, nos mais diversos campos de atuação. Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Leonardo Roscoe Bessa mencionam que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os demais Tribunais nacionais e até mesmo os Juizados Especiais Cíveis consolidaram o uso deste método como caminho para assegurar a prevalência do princípio *pro homine*, assegurando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁴⁵.

Um exemplo do uso da teoria na seara tributária ocorreu no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.184.765 realizado pelo Superior Tribunal de Justiça em 24/11/2010, cujo relator foi o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho¹⁴⁶. A menção ao método consta inclusive na própria ementa do acórdão, tendo sido crucial para o deslinde da questão. Veja-se:

¹⁴⁵ BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 133.

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.184.765/PA. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrida: Correa Sobrinho Importação Exportação e Navegação Ltda. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 24 nov. 2010. DJe 03 dez. 2010.

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA BACEN-JUD. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. ARTIGO 11, DA LEI 6.830/80. ARTIGO 185-A, DO CTN. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 11.382/2006. ARTIGOS 655, I, E 655-A, DO CPC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI DE ÍNDOLE PROCESSUAL. [...]

9. A antinomia aparente entre o artigo 185-A, do CTN (que cuida da decretação de indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os artigos 655 e 655-A, do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a **aplicação da Teoria pós-moderna do Diálogo das Fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Claudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil.**

10. Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo.

11. Deveras, a *ratio essendi* do artigo 185-A, do CTN, é erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente "colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)" (REsp 1.074.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008).

12. Assim, a interpretação sistemática dos artigos 185-A, do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80 e 655 e 655-A, do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do esaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente. [...]

19. Recurso especial fazendário provido, declarando-se a legalidade da ordem judicial que importou no bloqueio liminar dos depósitos e aplicações financeiras constantes das contas bancárias dos executados. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. [grifou-se]

Sua maior esfera de aplicação, porém, indubitavelmente ocorre nos casos que envolvem relações de consumo, conforme será a seguir abordado.

3.1.2 A aplicação do Diálogo das Fontes pela jurisprudência brasileira na proteção aos direitos do consumidor

É deveras bastante lógico que o método do Diálogo das Fontes seja amplamente utilizado pelos julgadores e intérpretes do Direito para solucionar questões relativas às relações de consumo.

Ora, se o consumidor é a parte fraca da relação em virtude de sua vulnerabilidade¹⁴⁷ – que pode ser técnica, jurídica, informacional, entre outras – frente ao fornecedor de serviços e produtos (sendo que a pessoa física é presumidamente vulnerável nos termos da jurisprudência¹⁴⁸), e, se o ponto central e objetivo almejado pelo Diálogo das Fontes é justamente o restabelecimento da coerência entre normas *supostamente* em conflito por meio da promoção dos valores constitucionais que colocam a pessoa humana no centro da questão (concretização do princípio *pro homine*), nada mais coerente do que usar este método para solucionar conflitos de leis na área consumerista.

Claudia Lima Marques, acerca do uso deste método na relação consumerista, destaca o seguinte: “efetivamente, em matéria de relações de consumo no Brasil, o diálogo das fontes permitiu assegurar à pessoa humana, consumidora e leiga, uma tutela especial e digna, conforme aos valores e aos princípios constitucionais de proteção especial do art. 5º, XXXII, da CF/1988¹⁴⁹”.

¹⁴⁷ Princípio-chave da proteção do consumidor em vista do que dispõe o artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2017.)

¹⁴⁸ A Ministra Nancy Andrighi, ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança n. 27.512, inclusive, ponderou que a pessoa jurídica também tem presunção relativa de vulnerabilidade. Veja-se o trecho de seu voto: “No âmbito do STJ, apesar de já reconhecida em diversas oportunidades a vulnerabilidade das pessoas jurídicas para efeitos de aplicação do CDC, a análise tem sido realizada caso a caso, o que não permite extrair uma definição quanto ao fato dessa fragilidade poder ou não ser genericamente presumida. A meu ver, a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implica uma restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência. [...] Com efeito, atribuir ao próprio consumidor, ainda que pessoa jurídica, o ônus de demonstrar sua vulnerabilidade, mesmo que não caracterize um empecilho à obtenção da tutela jurisdicional, poderá, em várias hipóteses, desestimular ou ao menos dificultar o acesso ao Judiciário, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Ressalto, por oportuno, que a presunção de vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica não é inconciliável com a teoria finalista; ao contrário, harmoniza-se com a sua mitigação, na forma que vem sendo reiteradamente aplicada por este STJ: prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, conforme doutrina finalista, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 27.512/BA. Recorrente: Banco Safra S.A. Recorrido: Plascalp Produtos Cirúrgicos Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 20 ago. 2009. DJe 23 set. 2009.)

¹⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 39.

De frisar ainda que o próprio artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor enuncia a possibilidade de um verdadeiro diálogo entre o Código e outras diversas fontes normativas¹⁵⁰:

Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Em outros termos, este diálogo é permitido sempre que outra fonte assegure direitos aos consumidores, pois a ideia é somar direitos, e não retirar aqueles já assegurados pelo CDC.

Pois bem. Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591 no ano de 2006, o método ganhou grande repercussão nacional, vez que o STF entendeu ser constitucional a aplicação do CDC às atividades bancárias embora existisse lei complementar regulamentadora de tais relações (suposto conflito entre duas leis especiais), aplicando o Diálogo das Fontes para a resolução do caso. O acórdão restou assim ementado¹⁵¹:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.
2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.
3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência.
4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro.
5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de

¹⁵⁰ BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 28 mai. 2017.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 07 jun. 2006. DJ 29 set. 2006.

juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia.

6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO.

7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade.

8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA.

9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro.

10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional.

11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa¹⁵² referiu que “o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver”, assim complementando:

Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis. Um exemplo corriqueiro disso é a aplicabilidade tanto de normas do Código Civil como do Código Penal a um mesmo fato, sem que se possa falar em antinomias ou colisões.

A Emenda Constitucional 40, na medida em que conferiu maior vagueza à disciplina constitucional do sistema financeiro (dando nova redação ao art. 192), tornou ainda maior esse campo que a professora Claudia Lima Marques denominou “diálogos entre fontes” – no caso, entre a lei ordinária (que disciplina as relações consumeristas) e as leis complementares (que disciplinam o sistema financeiro nacional). Não há, *a priori*, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em “*influências recíprocas*”, em “*aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao*

¹⁵² Páginas 210-212 do acórdão.

mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente”.

Por essas razões, meu voto é no mesmo sentido do proferido pelo ministro Néri da Silveira. É dizer, a técnica da interpretação conforme não me parece aplicável ao caso em exame, pois, numa análise em abstrato, inexistente a ser pronunciada no art. 3º §2º, do CDC. A Lei 8.078/1990 será sempre aplicável às relações de consumo, como exatamente diz o texto legal [...].

O Superior Tribunal de Justiça também adota o método do Diálogo das Fontes para solucionar aparentes antinomias de fontes normativas com campos de aplicação convergentes nas relações consumeristas. Como exemplo, cita-se o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.483.780, em que o Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ponderou que o Direito deve ser compreendido “como um sistema de vasos comunicantes, ou de diálogo das fontes (Erik Jayme), que permita a sua interpretação de forma holística”. Esclareceu que a divisão em ramos serve apenas para fins didáticos e metodológicos e não para ilhar determinados fatos a certas normas jurídicas em exclusão das demais: “deve-se buscar, sempre, evitar antinomias, ofensivas que são aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como ao próprio ideal humano de Justiça”. O acórdão restou assim ementado¹⁵³:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADUANEIRO. AUTOMÓVEL FABRICADO NO EXTERIOR E ADQUIRIDO NO MERCADO INTERNO, COM NOTA FISCAL DA EMPRESA IMPORTADORA, DESEMBARAÇO ADUANEIRO E REGISTRO NO DETRAN. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO CONSUMIDOR QUE NÃO FOI AFASTADA. ILEGITIMIDADE DA PENA DE PERDIMENTO DO BEM. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. O Direito deve ser compreendido, em metáfora às ciências da natureza, como um sistema de vasos comunicantes, ou de diálogo das fontes (Erik Jayme), que permita a sua interpretação de forma holística. Deve-se buscar, sempre, evitar antinomias, ofensivas que são aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como ao próprio ideal humano de Justiça.

2. A pena de perdimento, fundada em importação supostamente irregular de bem de consumo usado, não pode ser aplicada quando não se afasta categoricamente a presunção de boa-fé do consumidor, que adquiriu o bem de empresa brasileira, no mercado interno.

Precedentes: AGRG NO AG. 1.217.747/SP, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 8.10.2010; AGRG NO AG. 1.169.855/SP, REL. MIN. BENEDITO GONÇALVES, DJE 10.12.2009 E ERESP. 535.536/PR, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJ 25.9.2006.

3. Agravo Regimental da FAZENDA NACIONAL desprovido.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.483.780/PE. Recorrente: Sena e Ramos Serviços e Consultoria. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 23 jun. 2015. DJe 05 ago. 2015.

Outro exemplo ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº 1.037.759 da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, cujo objeto era indenização por danos materiais e morais em face de recusa na realização de exames radiológicos em criança de três anos de idade. A Ministra reconheceu que crianças fazem jus à indenização de cunho extrapatrimonial, sendo que o CDC pressupõe a efetiva reparação do dano sem distinção quanto à idade do consumidor, podendo-se somar aos direitos previstos no CDC aqueles provenientes de outros microssistemas¹⁵⁴:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE.

- A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02.

- Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microssistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.

- Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia.

- Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido. [grifou-se]

Também o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul adota em seus julgados o referido método para resguardar os interesses do consumidor em virtude de sua vulnerabilidade. Ao julgar a Apelação Cível nº 70067010983¹⁵⁵, o Desembargador

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.037.759/RJ. Recorrente: L.C.T.A. de S. Recorrido: GEAP Autogestão em Saúde. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 23 fev. 2010. DJe 05 mar. 2010.

¹⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível N. 70067010983. Apelante: Adalberto Machado dos Santos. Apelado: Lanchonete e Restaurante Rota 80 LTDA. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 16 dez. 2015. Disponível em: <goo.gl/dhDT2K>. Acesso em: 28 maio 2017.

Eugênio Facchini Neto ponderou que a responsabilidade objetiva de empresa prestadora de serviço é objetiva em vista de disposições do Código de Defesa do Consumidor e também por força dos artigos 931 e 932 do Código Civil em virtude do Diálogo das Fontes, do disposto no artigo 7º, *caput*, da lei consumerista¹⁵⁶ e no enunciado nº 378 do Conselho da Justiça Federal¹⁵⁷. Eis a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE CONSUMO. REFRESCO. CONTEÚDO DA EMBALAGEM DIVERSO DO FABRICADO PELA RÉ VONPAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EXCLUSIVA DO COMERCIANTE - CDC, ARTS. 12 E 13, E CC, ART. 931. **Tratando-se de responsabilidade civil por defeito em produto adquirido para consumo, a controvérsia deve ser analisada sob a ótica das normas do CDC, a iniciar pelo disposto no seu artigo 12, caput e §3º, sem excluir normas outras mais benéficas ao consumidor, conforme método do diálogo das fontes e em conformidade com o art. 7º, caput, do CDC.** Caso em que o próprio autor reconhece que o problema no produto não ocorreu durante o processo de fabricação, pois afirma que preposto da lanchonete co-ré, ao reutilizar embalagem do refresco, inseriu produto diverso (alvejante) e, por equívoco, serviu-o ao requerente. Incidência do disposto no art. 12, §3º, I, do CDC relativamente à ré Vonpar S.A. Diversa, porém, é a solução a ser adotada contra a ré Lanchonete e Restaurante Rota 80 Ltda., cuja responsabilidade objetiva decorre não apenas do disposto nos arts. 12 e 13 do CDC, como também do disposto nos artigos 931 e 932, III, do CC/02. Entendimento conforme enunciado do CJF e doutrina. Na hipótese, as provas produzidas nos autos são suficientes à demonstração da ocorrência do acidente de consumo, do qual decorreu lesão à saúde do autor, que necessitou de atendimento médico hospitalar em duas ocasiões, sendo uma imediatamente após o evento danoso. Danos materiais consubstanciados nas despesas com medicamentos prescritos por ocasião do atendimento médico hospitalar. Danos morais decorrentes da lesão a direitos da personalidade do autor, com indenização fixada em R\$ 5.000,00, conforme parâmetros adotados pela Câmara e peculiaridades do caso. Apelo provido em parte. [grifou-se].

Da mesma forma, a Juíza Vivian Cristina Angonese Spengler, analisando Recurso Cível nº 71005374699¹⁵⁸ (Recurso Inominado para as Turmas Recursais), referiu que, nas relações de consumo, incide o Diálogo das Fontes porquanto as

¹⁵⁶ “Art. 7º. Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como os que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.” (BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 mai. 2017).

¹⁵⁷ “Aplica-se o art. 931 do Código Civil, haja ou não relação de consumo.” (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 378**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/515>>. Acesso em: 28 maio 2017).

¹⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL, Turmas Recursais. Recurso Cível N. 71005374699. Recorrente: BBOM Embrasystem. Recorrida: Enilda Teresinha Pioner. Relatora: Vivian Cristina Angonese Spengler. Porto Alegre, 21 jul. 2015. Disponível em <googl/1iMTr4>. Acesso em: 28 maio 2017.

normas se complementam e não mais se excluem, razão pela qual aplica-se a norma mais favorável ao consumidor mesmo que esta esteja fora da legislação específica, *verbis*:

RESOLUÇÃO DE CONTRATO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. COMPRA DE RASTREADORES DE VEÍCULOS. PRODUTO NÃO ENTREGUE. VIA ELEITA ADEQUADA. APLICABILIDADE DO CDC. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. DEVOLUÇÃO DO VALOR INVESTIDO. STATUS QUO ANTE.

1. A autora adquiriu da demandada 20 rastreadores veiculares pela quantia de R\$3.000,00. Todavia, jamais recebeu o equipamento ou qualquer outra contraprestação. Postulou a condenação da demandada ao cumprimento do contrato ou a devolução do valor investido. A sentença foi de parcial procedência para condenar os demandados a restituição do valor de R\$3.000,00. Recorreu a demandada BBOM EMBRASYSTEM.

2. No recurso, repisou a demandada os argumentos de inadequação da via eleita, inaplicabilidade do CDC e incompetência do juízo a quo. Pugnou pela improcedência dos pedidos do autor.

3. No tocante a legislação incidente no caso, é caso de aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, a qual menciona que as normas jurídicas não se excluem, mas se completam. Por tal razão, é possível a aplicação da norma mais favorável ao consumidor, mesmo que esta se encontre fora da legislação específica. 3. Ainda, não procede a alegação de inadequação da via eleita. Para análise do pedido do autor de restituição do valor pago é desnecessária a prova pericial. No mesmo sentido, é a incompetência territorial, porquanto, versando a causa sobre matéria consumeirista, competente o foro de domicílio da autora.

4. Assim, diante do não cumprimento do contrato, cabível a sua resolução, devendo as partes retornar ao status quo ante, fins de não se caracterizar o enriquecimento ilícito da outra parte.

SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO [grifou-se].

Em alguns casos, porém, o método é utilizado de forma errônea. Um exemplo disso é o Recurso Especial nº 1.216.673. No feito em comento, a Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor (ANADEC) ajuizou ação civil pública em face do UNIBANCO requerendo a declaração de ilegalidade de cláusula constante de contratos de capitalização negociados pelo banco que institui prazo de carência de 12 meses para devolução da importância recolhida pelo aplicador que desiste do plano de capitalização. O Relator, Ministro João Otávio de Noronha, deu provimento ao recurso da instituição financeira, entendendo que, com base no Diálogo das Fontes, o Código de Defesa do Consumidor e o Decreto-Lei nº 261 de 28 de fevereiro de 1967 – que dispõe sobre as sociedades de capitalização e define os planos de capitalização – devem conviver harmonicamente entre si, não violando os preceitos do código

consumerista a cláusula objeto da demanda. Vejam-se os fundamentos de seu voto¹⁵⁹:

[...] no caso concreto, a normatização da atividade desenvolvida pelas sociedades de capitalização tem um objetivo maior, tal qual previsto no já mencionado art. 2º do Decreto-Lei n. 261/1967, que não pode ser obstado pela atitude de algumas pessoas que, mesmo cientes das condições do contrato que celebram, buscam formas de fugir aos compromissos assumidos.

O formato desenhado para os títulos de capitalização, com suas cláusulas de devolução apenas parcial do capital investido e de prazo de carência para que ocorra essa devolução, além de estar revestido de legalidade, como se viu, tem raízes também em fundamentos econômicos que justificam o modelo adotado. A desistência, a qualquer tempo, dos investidores com a devolução imediata dos recursos por eles vertidos para o plano de capitalização prejudica os demais aplicadores que pretendam manter o plano estabelecido [...].

Não tenho dúvidas em afirmar, na mesma linha do acórdão recorrido e da jurisprudência desta Corte, que as operações dessa natureza estão submetidas às regras do Código de Defesa do Consumidor.

Pondero, no entanto, que a incidência das normas consumeristas não se deve dar de forma tal que obrigue o fornecedor a desnaturar completamente os seus produtos, principalmente quando elaborados em conformidade com a legislação vigente. O que deve ser assegurado ao consumidor, em casos que tais, é a informação clara a respeito das características do produto, a perfeita explicitação dos seus termos e condições, a fim de que não haja surpresa para aquele que o adquire.

[...] Não pode ser considerada abusiva cláusula contratual que apenas repercute norma legal em vigor, sem fugir aos parâmetros fixados para sua incidência.

Assim, se há norma jurídica a permitir a celebração de cláusula de carência de até 24 meses para devolução dos valores investidos, não se pode anular, por abusiva, aquela que prevê prazo inferior, de 12 meses, para dita devolução, sem que haja a evidência de que o investidor tivesse sido levado a erro quanto a essa circunstância.

Como já acentuei anteriormente, nas relações jurídicas existentes entre a recorrente e seus clientes incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor. Tal não induz, porém, ao alijamento das demais normas legais que sejam aplicáveis a dado negócio jurídico realizado entre as partes, uma

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.216.673/SP. Recorrente: Unibanco Companhia de Capitalização S.A. Recorrida: Associação Nacional de Defesa do Consumidor – ANADEC. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 02 jun. 2011. DJe 09 jun. 2011. O acórdão restou assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TÍTULOS DE CAPITALIZAÇÃO. CLÁUSULA INSTITUIDORA DE PRAZO DE CARÊNCIA PARA DEVOLUÇÃO DE VALORES APLICADOS. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. [...] 2. Não pode ser considerada abusiva cláusula contratual que apenas repercute norma legal em vigor, sem fugir aos parâmetros estabelecidos para sua incidência. 3. Nos contratos de capitalização, é válida a convenção que prevê, para o caso de resgate antecipado, o prazo de carência de até 24 (vinte e quatro) meses para a devolução do montante da provisão matemática. 4. Não pode o juiz, com base no CDC, determinar a anulação de cláusula contratual expressamente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio se não houver evidência de que o consumidor tenha sido levado a erro quanto ao seu conteúdo. No caso concreto, não há nenhuma alegação de que a recorrente tenha omitido informações aos aplicadores ou agido de maneira a neles inculcar falsas expectativas. **5. Deve ser utilizada a técnica do "diálogo das fontes" para harmonizar a aplicação concomitante de dois diplomas legais ao mesmo negócio jurídico; no caso, as normas específicas que regulam os títulos de capitalização e o CDC, que assegura aos investidores a transparência e as informações necessárias ao perfeito conhecimento do produto.** 6. Recurso especial conhecido e provido.[grifou-se].

vez que é perfeitamente factível sua compatibilização. No caso em julgamento, é preciso, de um lado, preservar a identidade do produto concebido em conformidade com legislação especificamente prevista para abrangê-lo e, de outro, proteger o interesse do consumidor.

[...] De minha parte, considero perfeitamente possível, sem desprezar os princípios do Código de Defesa do Consumidor, mas, até mesmo, harmonizando-os com outras normas legais que entendo aplicáveis ao caso em tela, reconhecer a validade da cláusula inquinada de abusiva nos contratos de capitalização por meio da qual se estipula prazo de carência para devolução dos valores investidos por quem desiste do plano a que aderiu.

Diz-se que o uso do método é equivocado não por permitir o diálogo entre diversas legislações – o que, de fato, caracteriza esta técnica – mas sim em virtude da não prevalência das disposições legais e constitucionais que valorizam a dignidade da pessoa humana e preconizam a interpretação *pro homine*, fato que, por si só, desnatura toda a lógica e coerência que o método pretende manter dentro do sistema.

O método também estava sendo utilizado pelos tribunais brasileiros nas questões pertinentes ao transporte aéreo. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, aplicando o diálogo de coerência e subsidiariedade, entendeu prevalecerem as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica nas relações de transporte aéreo nacional conforme se vê nas ementas dos julgados abaixo colacionados:

Direito do Consumidor. Lei nº 8.078/90 e Lei nº 7565/86. Relação de consumo. Incidência da primeira. Serviço de entrega rápida. Entrega não efetuada no prazo contratado. Dano material. Indenização não tarifada.

I – Não prevalecem as disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica que conflitam com o Código de Defesa do Consumidor.

II – As disposições do Código de Defesa do Consumidor incidem sobre a generalidade das relações de consumo, inclusive as integradas por empresas aéreas.

III – Quando o fornecedor faz constar de oferta ou mensagem publicitária a notável pontualidade e eficiência de seus serviços de entrega, assume os eventuais riscos de sua atividade, inclusive o chamado risco aéreo, com cuja consequência não deve arcar o consumidor.

IV - Recurso especial não conhecido¹⁶⁰.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte aéreo. Extravio da bagagem. Dano material. Dano moral.

A indenização pelos danos material e moral decorrentes do extravio de bagagem em viagem aérea doméstica não está limitada à tarifa prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica, revogado, nessa parte, pelo Código de Defesa do Consumidor.

Recurso conhecido e provido¹⁶¹.

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 196.031/MG. Recorrente: Viação Aérea São Paulo S.A. Recorrida: Microtécnica Cema. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 24 abr. 2001. DJ 11 jun. 2001.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 156.240/SP. Recorrente: Gisele Resende Benevino. Recorrida: Viação Aérea São Paulo S.A. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 23 nov. 2000. DJ 12 fev. 2001.

Nos dizeres de Claudia Lima Marques, o Superior Tribunal de Justiça “aplica o CDC em caso de transporte nacional prevalentemente em relação ao Código Brasileiro de Aeronáutica (diálogo de subsidiariedade)¹⁶²”.

A questão ganha relevo, porém, nos contratos de transporte aéreo internacional, em especial após a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal e da tese recentemente criada no sentido de que “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” por força do artigo 178 da Constituição Federal. Conforme será adiante analisado, referida tese contraria toda a lógica do método do Diálogo das Fontes e subverte o princípio-motriz de priorizar os interesses do vulnerável nas relações de consumo.

3.2 A APLICAÇÃO DO MÉTODO DO DIÁLOGO DAS FONTES PARA HARMONIZAR O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A CONVENÇÃO DE MONTREAL NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

3.2.1 A Posição Hierárquica do Código de Defesa do Consumidor e da Convenção de Montreal no Ordenamento Jurídico Pátrio

O doutrinador e jurista Adalberto Pasqualotto refere que, a partir da segunda metade do Século XX, doutrina e jurisprudência deram-se conta de que o Código Civil de 1916 não mais respondia às condições sociais e econômicas do país, pois o direito privado necessitava de soluções mais adequadas às novas questões de fato que se apresentavam diante das inúmeras inovações advindas a partir daquele período. A partir de então, pensou-se na elaboração de um novo Código Civil, cujo projeto arrastou-se no Congresso Nacional em vista da crise política que não oportunizava discussão de outros temas. Nesse meio tempo, a Europa retomara sua normalidade política e econômica e, em 1973, o Conselho da Europa aprovou a Carta dos

¹⁶² MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 36.

Consumidores, a qual serviu de inspiração para a Resolução 39/248 editada pela ONU em 1985¹⁶³.

No ano de 1988, foi promulgada a nova Constituição Federal brasileira, que passou a disciplinar diversos temas historicamente vinculados ao direito privado e regulados pelo Código Civil de 1916, fenômeno este comumente chamado de constitucionalização do direito civil. Bruno Miragem faz uma importante observação sobre a questão¹⁶⁴:

A consagração de direitos fundamentais para sujeitos de relações privadas [...] choca-se com o conceito liberal clássico de Constituição, e sua definição como documento de organização e limitação do poder político.

Todavia, é animada por uma nova concepção sobre o sentido e a função da Constituição, construído a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz – de acordo com o preconizado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 10 de dezembro de 1948.

E, em face deste novo significado de Constituição, [...] um novo fenômeno de aproximação entre as esferas pública e privada passa a ser realizado. A separação entre o público e o privado [...] é superada, sobretudo, pela elevação ao nível constitucional de inúmeras matérias tradicionalmente reguladas por normas ordinárias. A partir deste fenômeno, então, cada uma das categorias fundantes do direito privado (*pessoa, família, propriedade e contrato*), passa a estar presente – em maior ou menor grau – na Constituição. E em relação à pessoa, sujeito de direitos, ou seja, em relação a quem as Constituições passam a afirmar expressamente sua dignidade e a disciplinar, em detalhes, seus respectivos direitos, esta transformação será de tal relevância que dará causa a entendimentos identificando o próprio direito civil como espécie de direito constitucional da pessoa, tal a importância de sua tutela.

Essa nova Constituição Federal brasileira, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I), trouxe em seu bojo a defesa do consumidor como sendo garantia fundamental e princípio da ordem econômica e social, prevendo, ainda, a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor. Seu artigo 5º, inciso XXXII¹⁶⁵, dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, ou seja, consagra referido dever

¹⁶³ PASQUALOTTO, Adalberto. Reflexões na frente do espelho: memória e autocrítica aos 25 anos. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord). **25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 15-31. p. 15-17.

¹⁶⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 46-47.

¹⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2017.

estatal como garantia fundamental que, como tal, é cláusula pétrea (artigo 60, §4º, inciso IV). Já o artigo 24, VIII, refere que esta promoção da defesa do consumidor é de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal. Por sua vez, o artigo 170, V, assinala que a defesa do consumidor é também princípio norteador da ordem econômica e financeira. Por fim, o artigo 48 do Ato das Disposições Finais Transitórias determina que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor no prazo de cento e vinte dias da promulgação da Constituição Federal¹⁶⁶.

Em comentário ao artigo 5º da Constituição, Nelson Nery Junior ressalta que os direitos fundamentais englobam não somente os direitos humanos universais como também os direitos nacionais dos cidadãos constitucionalmente assegurados. Refere que ambas as classes de direitos, ainda que com intensidade diferente, são parte integrante necessária da cultura jurídica do Estado, sendo que, dada sua magnitude universal, têm natureza constitucional e prevalecem sobre os interesses público, particular e do próprio Estado, salvo possibilidade excepcional de mitigação permitida apenas se preenchidos cumulativamente cinco requisitos¹⁶⁷:

(a) a restrição deva estar constitucionalmente autorizada, que qualquer restrição a direito fundamental necessariamente precisa ter fundamento constitucional, não basta apenas o fundamento legal infraconstitucional.

¹⁶⁶ Apenas a título informativo, seguindo esta mesma linha, e em virtude das mesmas questões enfrentadas nos âmbitos jurisdicional e social, a Argentina promulgou a *Constitución de la Nación Argentina* (Lei n. 24.430) em janeiro de 1995, arrolando em seu capítulo segundo, intitulado *Nuevos derechos y garantías*, o direito à proteção dos consumidores e usuários de bens e serviços no que concerne à sua saúde, segurança e interesses econômicos, bem como o direito à informação adequada e verdadeira, à liberdade de escolha e a condições de trato equitativo e digno. Para o doutrinador Ricarto Lorenzetti, isto significa que a principal fonte do direito consumerista, antes de ser a *Ley de Defensa del Consumidor* (Lei n. 24.240), é a própria Constituição: “El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el Derecho des consumidor [...]. En los casos que presentan colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley, sino la Constitución Nacional, la que es fuente principal del Derecho consumerista. Se trata de uno de los denominados “derechos civiles constitucionalizados”, que tienen una historia de ascensos en el sistema de fuentes del Derecho: nacen en las luchas sociales, ingresan por los umbrales normativos que son las decisiones jurisprudenciales aisladas, luego vienen las leyes especiales, los tratados, en algunos casos son reconocidos en el Código Civil y en la Constitución. ¿Cual es el sentido de este término? La interpretación dominante es que no es necesaria una ley que reglamente el derecho para poder invocar su aplicación al caso concreto. En este sentido se ha dicho que la norma del artículo 42 de la Constitución Nacional pone en cabeza de los consumidores y usuarios derechos plenos, los cuales son operativos sin necesidad de que se dicte una ley que los instrumente, lo que significa que el juez puede aplicarlos en el caso concreto y que su eficacia no está condicionada”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**: segunda edición actualizada. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 42-44.)

¹⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 216-217.

Ainda que a restrição possa ser feita legislativamente, seu fundamento, necessariamente, deverá ser algum dispositivo constitucional que autoriza a referida restrição. Desse modo, qualquer limitação realizada por ato administrativo ou por legislação ordinária que não tenha previsão constitucional será nula, na medida em que estará eivada de inconstitucionalidade; **(b)** a limitação deve ser proporcional. Toda limitação a direito fundamental deverá ser proporcional, mas especificamente precisará observar a proibição de excesso, a fim de impedir que a restrição ao direito fundamental culmine no aniquilamento daquele direito; **(c)** restrição deve atender ao interesse social, privilegiando assim outros direitos fundamentais. A restrição deve ocorrer para amparar e conferir maior tutela e proteção para a sociedade civil, ao passo que o interesse público novamente nos remete a uma doutrina *estatalista* que subjuga a sociedade (autonomia social). Daí que a restrição fundada no interesse social somente pode ocorrer a partir da explicitação de que direitos fundamentais da sociedade estarão sendo privilegiados. **(d)** o ato do poder público que restringe direito fundamental deve ser exaustivamente fundamentado. Todo ato do poder público que restringe direito fundamental deve ser exaustivamente fundamentado. Tal assertiva encontra absoluto respaldo na CF 93 IX. No Estado Constitucional, não há mais espaço para o ato administrativo puramente discricionário. A discricionariedade não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez que todo ato do Poder Público, principalmente aquele restritivo de direitos, deve ser amplamente fundamentado, expondo com exatidão os fundamentos fáctico-jurídicos a fim de demonstrar porque aquela escolha da Administração Pública é a melhor possível; **(e)** o ato do poder público que restringe direito fundamental pode ser amplamente revisado pelo Poder Judiciário, em razão dos fundamentos principais. Primeiro porque nessa matéria inexiste discricionariedade administrativa que não possa ser sindicada pelo Judiciário; segundo, porque, em última instância, é tarefa do próprio Judiciário examinar se existe ilegalidade e principalmente a (in)constitucionalidade do citado ato; qualquer restrição a esse direito configurará flagrante violação ao disposto na CF 5.º XXXV. [...]

Já em relação ao artigo 170, Nery Junior reforça a ideia de que a ordem econômica está subordinada à construção de um Estado Democrático de Direito e de uma sociedade justa, livre e solidária, reforçando o respeito e proteção da dignidade humana como dever jurídico fundamental do Estado, que nada mais é do que a norma fundamental do Estado. Assim leciona sobre a matéria¹⁶⁸:

A dignidade humana possui uma dupla direção protetiva; isso significa que ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo *contra* o Estado (e contra a sociedade) e ela é, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade (ou de seus grupos). O Estado deve criar as condições para levar isso a cabo, de tal sorte que a dignidade humana não seja violada por terceiros (integrantes da sociedade). Esse dever constitucional pode ser cumprido classicamente, portanto jurídico-defensivamente, mas também pode ser desempenhado jurídico-prestacionalmente; ele pode ser realizado por caminhos jurídico-materiais e por vias processuais (no sentido de um *status activus processualis*), bem como por meios ideais e materiais. [...] A dignidade

¹⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 845-846.

humana constitui fundamento da atuação estatal no domínio econômico em um duplo aspecto. No primeiro aspecto, fixa uma garantia do particular contra abusos e arbitrariedades da intervenção estatal. No segundo aspecto, a dignidade humana orienta toda a atuação estatal na economia, estabelecendo o parâmetro dessa atuação, que somente será legítima se buscar promover e proteger a dignidade humana.

Em 11 de setembro de 1990, é editado então o Código de Defesa do Consumidor, cuja entrada em vigor se deu em cento e oitenta dias a contar de sua publicação (artigo 118). Sua edição é vista como um divisor de águas no direito interno, já que trouxe solução a diversas questões já não mais abarcadas pelo obsoleto Código Civil então vigente. Oscar Ivan Prux assinala que a lei consumerista, em sendo instrumento direcionado à fundamental proteção da parte mais frágil da relação de consumo (o consumidor), corporifica o reconhecimento da instituição no direito brasileiro do ramo que mais se aproxima dos direitos humanos, sendo um marco para a proteção da dignidade humana e para a viabilização do exercício da cidadania. Conclui o doutrinador assim referindo¹⁶⁹:

Por todos esses fatores, não representa exagero classificar-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor com a norma mais importante surgida na segunda metade do século passado na seara do Direito Privado. Afinal, ela realmente modificou a configuração do direito brasileiro (vide o quanto influenciou para as alterações no projeto de Código Civil que foi iniciado em 1975 e acabou aprovado, entrando em vigência em 2002), bem como, foi além e demonstrou cabalmente ser norma decisiva para a ordem econômica do país, provocando uma verdadeira transformação/revolução social ao induzir empresas para uma significativa evolução de patamar de eficiência (sendo que muitas até já competem internacionalmente).

Por seu turno, Sérgio Cavalieri Filho destaca que o Código de Defesa do Consumidor foi a lei mais revolucionária do Século XX em virtude das inovações que introduziu no ordenamento jurídico, especialmente porque adotou avançada técnica legislativa baseada em princípios e cláusulas gerais, razão pela qual pode ser considerado uma **lei principiológica**. Esclarece o doutrinador¹⁷⁰:

Diferentemente das regras, princípios são, pois, enunciações normativas de valor genérico, contêm relatos com maior teor de abstração, não especificam a conduta a ser seguida, e incidem sobre uma pluralidade de situações.

¹⁶⁹ PRUX, Oscar Ivan. Os 25 anos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sua história e as novas perspectivas para o Século XXI. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord). **25 anos do Código de Defesa do Consumidor**: trajetória e perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33-80. p. 36.

¹⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25-27.

Enquanto as regras [...] veiculam mandados de **definição**, os princípios são mandados de **otimização**, vale dizer, devem ser realizados da forma mais ampla possível. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de **tudo ou nada**, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância.

[...] A dimensão dos princípios não é a validade ou invalidade como as regras, mas sim a do *peso* ou *importância*. Quando as regras estão em conflito, não é possível afirmar que uma é mais importante do que a outra. A solução do conflito (antinomia jurídica) terá que ser encontrada com base na **hierarquia** – *lex superior derogat inferiori* –, na **especialidade** – *Lex specialis derogat generali* –, ou na **temporiedade** – *Lex posterior derogat priori*. Já os princípios, quando se entrecruzam, a solução deve ser encontrada com base na importância de cada um deles. Essa valoração, por não ser exata, gera divergências quanto à maior importância de um princípio em relação a outro, mas é o caminho para a solução do problema – a *ponderação de valores*. Em face do caso concreto, caberá ao intérprete ponderar os valores em jogo, preservando o máximo de cada um, na medida do possível.

[...] Os princípios da vulnerabilidade, da boa-fé, da transparência, da informação, da segurança e outros permeiam todas as disposições do Código do Consumidor porque são **verdades estruturantes** de todo o seu sistema, que lhe dão unidade, harmonia, estabilidade e credibilidade.

Outra relevante função dos princípios é a de **condicionar a atividade do intérprete**. Funcionam como grandes nortes, diretrizes magnas do sistema jurídico, **fió condutor do intérprete, lente de exame de toda e qualquer questão submetida ao julgador**. [...]

O Direito, sabemos todos, não pode ser interpretado em tiras, nem aplicado aos pedaços. Exige interpretação harmoniosa com todo o sistema e isso só se consegue por meio dos princípios que iluminam e indicam o caminho a ser seguido na atuação hermenêutica de descoberta do valor que está sendo resguardado pela regra. Traduzem o núcleo básico do sistema jurídico, indicando as finalidades e objetivos a serem alcançados.

O Ministro Ayres Britto, julgando o RE 351.750, através do qual o STF havia consolidado entendimento no sentido de que se afastam as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pela lei consumerista, assinalou que o CDC, por densificar um princípio constitucional, ganha uma nova qualidade: ele é uma **lei duplamente principiológica**. Esclareceu aos demais Ministros que a defesa do consumidor é direito fundamental e princípio da ordem econômica; uma lei ordinária que densifique esses dois princípios, por consequência, ganha um *status diferenciado*. Veja-se o trecho da discussão realizada entre os julgadores na ocasião¹⁷¹:

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – É preciso refundir aqueles três veículos tradicionais de resolução de antinomia de normas: o hierárquico, o temporal e o da especialidade em face da nova Constituição.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 351.750. Recorrente: Varig S.A. – Viação Aérea Rio-Grandense. Recorrida: Ana Maria da Costa Jardim. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Carlos Brito. Brasília, 17 mar. 2009. DJe 25 set. 2009.

É por isso que se concebeu a tese da proibição do retrocesso. A lei é ordinária, sim, mas é excepcionalmente qualificada pelo fato de versar, no caso, tanto um direito fundamental quanto um princípio da ordem econômica. Ela não pode sequer ser revogada. Aliás, parece-me que o Ministro Sepúlveda Pertence tem esse ponto de vista da impossibilidade da revogação.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – É uma matéria que a Constituição encomendou a uma lei especialíssima. [...]

Antonio Herman Benjamin, Leonardo Rescoe Bessa e Claudia Lima Marques sustentam que a Constituição Federal é a origem da codificação tutelar dos consumidores e do Código de Defesa do Consumidor, em virtude desta origem constitucional, recebe uma hierarquia superior e de ordem pública¹⁷².

Efetivamente, não há dúvidas de que o Código de Defesa do Consumidor tem origem constitucional emanada diretamente da vontade manifestada pelo constituinte originário. Igualmente, não restam dúvidas acerca do seu caráter principiológico, já que, de acordo com seu artigo primeiro, estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, XXXII e 170, V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias. Em outros termos, codifica o direito fundamental e o princípio de ordem econômica.

As normas nele estabelecidas, conforme expresso no artigo introdutório, são de **ordem pública** e de interesse social. Normas de ordem pública são aquelas necessárias à manutenção das garantias fundamentais e que visam assegurar a igualdade material entre as duas partes em uma relação jurídica. Elas emanam da intervenção do Estado, na medida em que ditas relações se dão no plano da esfera privada, na qual vigora, via de regra, a liberdade contratual das partes¹⁷³. É justamente por isso que se reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo como princípio norteador da Política Nacional das Relações de Consumo (artigo 4º, I, do CDC). A esse respeito, leciona Claudia Lima Marques¹⁷⁴:

[...] para realizar a igualdade, como ideal do justo, o direito privado necessitava de um pouco do *imperium* ou da intervenção do Estado, típica do

¹⁷² BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 39.

¹⁷³ Bruno Miragem assinala que leis de ordem pública “expressam um conteúdo afeto aos valores e preceitos fundamentais do sistema jurídico a que pertencem, e por isso terão prevalência de sua aplicação em relação a outras normas”. MIRAGEM, Bruno. CDC deve ser aplicado aos contratos de transporte aéreo internacional. **Conjur**. 09 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-09/garantias-consumo-cdc-aplicado-aos-contratos-transporte-aereo-internacional>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

¹⁷⁴ BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 44-46.

direito público, da hierarquia de suas normas (normas de ordem pública) e da força igualizadora dos direitos humanos. Em outras palavras, para realizar a igualdade material era necessário limitar também a liberdade de alguns, impor uma maior solidariedade no mercado (*favor debilis*) e assegurar direitos imperativos (indisponíveis por vontade das partes, direitos de ordem pública) aos mais fracos. Era necessário valorizar as desigualdades, as diferenças de poder, de informação, de especialização e de posição entre os sujeitos livres do mercado de consumo, e aplicar normas e princípios, como a boa-fé e a função social da propriedade e dos contratos, que ajudassem a reequilibrar com equidade as situações diferenciadas, como as de consumo.

[...] a máxima *favor debilis* foi o início desta evolução em direção à identificação de grupos de sujeitos de direito ou pessoas consideradas e presumidas como vulneráveis [...], incluindo nestes os consumidores, que receberam normas especiais, assegurando direitos de ordem pública, logo indisponíveis (veja art. 1º do CDC), em face do interesse social naquela relação privada.

Por seu turno, Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes assinalam que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações de consumo é imperativa justamente por se tratar de norma de ordem pública informada por princípios constitucionais¹⁷⁵. E Cavalieri Filho complementa assinalando que a observância do CDC é necessária em virtude de suas normas serem de ordem pública e de interesse social, sendo que o mesmo deve ser interpretado e aplicado a partir dele próprio e da Constituição Federal¹⁷⁶.

Resta evidente, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor, embora seja formalmente uma lei ordinária, certo é que materialmente possui um *status* diferenciado das demais leis ordinárias na medida em que sua criação emanou diretamente da vontade do constituinte originário e que consagra o princípio constitucional e o dever do Estado de promover a defesa do consumidor, estabelecendo normas de ordem pública e de interesse social. Outrossim, em sendo lei principiológica que estabelece normas de interesse público e social, sua aplicação impera quando se está diante de uma relação de consumo.

Oportuno aqui traçar um paralelo ao que se denomina na União Europeia de lei de polícia (ou norma de aplicação imediata): o Regulamento CE nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia de 17 de junho de 2008, também chamado de ROMA I, estabelece uma padronização das leis de conflito para

¹⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin De. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 522.

¹⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 14.

determinar qual lei será aplicável a um contrato civil ou comercial firmado na Europa em caso de conflito de leis. Seu artigo 9º assim disciplina¹⁷⁷:

Artigo 9.º

Normas de aplicação imediata

1. As normas de aplicação imediata são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou econômica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento.

2. As disposições do presente regulamento não podem limitar a aplicação das normas de aplicação imediata do país do foro.

3. Pode ser dada prevalência às normas de aplicação imediata da lei do país em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas, na medida em que, segundo essas normas de aplicação imediata, a execução do contrato seja ilegal. Para decidir se deve ser dada prevalência a essas normas, devem ser tidos em conta a sua natureza e o seu objeto, bem como as consequências da sua aplicação ou não aplicação.

A jurista francesa Laurence Clerc-Renaud, em aula ministrada no mês de maio de 2017 ao curso de extensão sobre direito comparado e europeu dos contratos e de consumo feito em parceria com a Université Savoie Mont Blanc e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul referiu que, toda vez que o julgador se deparar com uma lei de polícia de seu país, sequer necessita descobrir qual seria a lei aplicável por meio das regras de conflito disciplinadas pelo Regulamento Roma I e compará-la com a lei de polícia nacional, já que esta tem aplicação imediata. A grosso modo, a lei de polícia corresponde aos casos em que o juiz constata que os interesses sociais da causa são de importância tamanha que a lei do foro deve se aplicar segundo suas próprias disposições.

Para Clerc-Renaud, uma regra de direito será considerada lei de polícia quando proteger regras fundamentais e sua eficácia sobre o território nacional for condicionada à sua aplicação às relações internacionais que produzem efeitos no próprio território nacional. Se a regra não for aplicada, ela perde a eficácia. Como exemplo, cita que a Corte de Cassação francesa, em janeiro de 2004, considerou que a lei francesa de 1967, que trata dos estatutos dos navios e prevê a redação de um contrato com menções obrigatórias para a venda de navios, é sim uma lei de polícia, já que a exigência dos requisitos impostos pela lei francesa tem como objetivo

¹⁷⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008R0593>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

assegurar o controle da segurança dos navios a partir do momento em que entram no país, tratando-se de motivo imperioso de interesse geral.

É possível facilmente comparar o Código de Defesa do Consumidor com uma *loi de police* francesa, já que, como referido alhures, a lei consumerista tem como principal fonte normativa a própria Constituição Federal, é lei principiológica que disciplina normas de ordem pública e de interesse social, razão pela qual, ainda que seja uma lei formalmente ordinária, tem *status* superior às demais. Até mesmo porque o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro refere que “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes¹⁷⁸”.

Por sua vez, as Convenções de Varsóvia e de Montreal, recepcionadas pelo ordenamento jurídico interno por meio da promulgação dos Decretos de números 20.407, de 24 de novembro de 1931, e 5.910, de 27 de setembro de 2006, respectivamente, como não tratam sobre direitos fundamentais, foram internalizados com força de lei ordinária, já que o artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, assegura equivalência de emenda constitucional apenas aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Acerca do tema, o Juiz Federal Frederico Augusto Leopoldino Joehler leciona que existem quatro possíveis níveis hierárquicos que se podem atribuir a tratados e convenções internacionais: hierarquia supraconstitucional; hierarquia constitucional; hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e paridade hierárquica entre tratado e lei federal. Assinala que o Brasil, segundo entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal desde 1977, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, atribui paridade hierárquica entre tratados, convenções e lei federal, corrente esta denominada de monismo nacionalista moderado¹⁷⁹.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480, o Supremo reforça esta ideia, restando o acórdão assim ementado¹⁸⁰:

¹⁷⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 04 jun. 2017.

¹⁷⁹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno. Um estudo sobre a jurisprudência do STF. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1557, 6 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10491>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480 MC. Requerente: Confederação Nacional do Transporte e Outros. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 set. 1997. DJ 18 maio 2001.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - **POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA** - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - **POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO** - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. [...]

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder

Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. **Precedentes.** No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. [...] [grifou-se]

Em que pese o reconhecimento pelos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal acerca da importância do Código de Defesa do Consumidor no âmbito nacional e de que as Convenções internacionais limitadoras de responsabilidade do transportador aéreo têm força de lei ordinária, ainda assim formularam a tese de que estas têm prevalência em relação àquela em virtude do artigo 178 da Constituição Federal, desconstruindo o entendimento anteriormente firmado, ainda que nenhuma alteração legislativa ou constitucional tenha ocorrido entre um e outro julgamento.

3.2.2 Análise sobre a tese recentemente firmada pelo Supremo Tribunal Federal e a aplicação do Diálogo das Fontes como método de harmonização coerente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Montreal no transporte aéreo internacional

O fato de o Supremo Tribunal Federal ter aprovado uma tese, após reconhecer a repercussão geral sobre o tema, no sentido de que as Convenções Internacionais que regulam o transporte aéreo internacional têm prevalência sobre o Código de Defesa do Consumidor, considerando praticamente de forma isolada o disposto no artigo 178 da Constituição Federal, isto é, sem sequer dialogar com os demais artigos da Lei Maior, subverte toda a lógica constitucional que eleva a defesa do consumidor ao *status* de garantia fundamental e de princípio norteador da ordem econômica do país. Outrossim, como não limitou o alcance deste entendimento, apesar de as ações versarem sobre extravio de bagagem e de prazo prescricional, diversas dúvidas

surgem acerca do alcance que esta tese terá sobre os direitos dos passageiros-consumidores brasileiros.

É de se salientar, inclusive, que o método do Diálogo das Fontes, indubitavelmente o mais apto a sanar aparentes antinomias entre fontes normativas, já que não mais se pensa em exclusão de uma lei em relação à outra e sim em um diálogo entre todas aquelas que eventualmente incidam sobre uma mesma relação jurídica de forma convergente, teve aplicação afastada pela Ministra Rosa Weber, que assim se pronunciou:

A teoria do diálogo das fontes, superando modelos tradicionais de resolução de conflitos de normas volta-se à melhor concretização possível de um comando constitucional, e nessa perspectiva, embora no geral, por força do artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V, da Magna Carta a teoria do diálogo das fontes legitime a aplicação do microsistema impregnado de maior aptidão para promover a defesa do consumidor, em discussão envolvendo transporte aéreo internacional, entendo que, por injunção do artigo 178 da Constituição, deve ser dada prevalência à concretização do comando de observância das Convenções de Varsóvia e de Montreal. Parece-me, aliás, que conquanto referidos tratados não versem sobre direitos humanos, a eles o Poder Constituinte conferiu excepcional *status* supralegal ao erigir no texto magno regra segundo a qual as leis internas devem observar os acordos internacionais sobre transporte aéreo, aquático e terrestre firmados pela República Federativa do Brasil.

Ao que se vê, houve uma verdadeira inversão dos valores constitucionais no julgamento destes dois recursos: ao invés de se tentar promover um diálogo entre os princípios e regras constitucionais (vistos de maneira uniforme e dentro de um sistema coordenado), bem como entre as disposições da lei consumerista e das Convenções de Varsóvia e de Montreal, optaram os Ministros por conferir uma **ampla interpretação ao artigo 178 da Constituição Federal**, fragmentando-o e isolando-o de todo o ordenamento jurídico pátrio. Efetivamente, a redação deste artigo foi o fundamento mais forte para justificar a tese desenvolvida pelo STF.

Dispõe o referido artigo o seguinte: “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 entender de Rui Stoco, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, a razão fundamental que impede o afastamento das disposições das Convenções de Varsóvia e de Montreal é justamente a redação deste artigo, o qual

traduz a preocupação do constituinte em honrar acordos e tratados firmados com outras nações. Conclui o raciocínio da seguinte forma¹⁸¹:

Assim, *tollitur quaestio*: se a comunidade internacional, representada por mais de cem países que aderiram à Convenção de Varsóvia e demais pactos posteriores, convencionou um sistema tarifado de indenização, impõe-se obediência a esse preceito, por determinação expressa do art. 178 da Constituição da República, posto que esta sim sobrepõe-se a todas as leis, sejam ou não normas de ordem pública e interesse social, até porque toda lei regularmente posta em vigor e projetada *erga omnes* está impregnada de interesse público e social, na consideração de que todo o Direito tem função social e é parte da estrutura da sociedade.

Este foi o exato raciocínio adotado pelo Ministro Luis Roberto Barroso ao analisar os recursos submetidos ao crivo do STF: para ele, tal dispositivo constitucional legitima a aplicação das Convenções Internacionais e afasta a lei consumerista pátria, pois faz as vezes de uma típica regra de conexão de direito público interno, porém, dentro do próprio texto constitucional. Igualmente, Rosa Weber refere que este artigo estabelece uma regra especial de solução de antinomias e expressa a vontade não somente do constituinte originário como do derivado em vista da edição da Emenda Constitucional nº 7 em 1995¹⁸².

Salientou Weber que o vocábulo *ordenação* foi utilizado pelo constituinte de maneira ampla, de modo a prestigiar os compromissos assumidos pelo Brasil em instituir sistema uniforme de tratamento de demandas envolvendo consumidores e fornecedores, cujo objetivo é conferir segurança jurídica aos fornecedores de serviço por meio da previsibilidade da atividade econômica e conceder tratamento igualitário aos consumidores no plano internacional através do estabelecimento de regras uniformes. Concluiu, conforme já mencionado, pelo afastamento da aplicação do método do Diálogo das Fontes à matéria:

[...] Dentro dessa moldura, ante o peremptório comando constitucional no sentido de que na ordenação do transporte aéreo internacional a legislação

¹⁸¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 429.

¹⁸² A Ministra ainda, analisando o artigo 178 da Constituição Federal e o disposto no artigo 732 do Código Civil, o qual estabelece que os tratados e convenções internacionais se aplicam aos contratos de transporte *desde que* não contrariem as disposições da lei civil assim se pronunciou: “A despeito de o artigo 732 do Código Civil preconizar a primazia dos preceitos do Código Civil sobre os das convenções internacionais que lhe sejam contrários, eu entendo, forte no artigo 178 da Constituição, que tal diretriz não teve o condão de afastar o regime de responsabilidade do transportador aéreo previstos nesses tratados. Não me parece viável que o aludido artigo subverta a lógica do comando esculpido no artigo 178 da Constituição, estabelecendo a prevalência de lei interna em relação a tratados internacionais”.

doméstica deve observar os tratados, determinação a abarcar inclusive eventuais normas voltadas a disciplinar relações de consumo, entendendo, com a devida vênia, indevido, mesmo sob o pretexto de promover o denominado diálogo das fontes, dar prevalência ao Código de Defesa do Consumidor em detrimento das normas de convenções internacionais sobre transporte aéreo.

Em que pesem os referidos entendimentos, como bem salienta Fabiana D'Andresa Ramos, o artigo 178 da Constituição Federal não é uma norma da Direito Internacional Privado tampouco uma regra de conexão, vez que seu objetivo não é o de indicar qual lei será aplicável em caso de aparente conflito de leis em matéria de transporte aéreo internacional. No entender da doutrinadora, o texto é deveras simples e contém apenas o mandamento dirigido ao legislador brasileiro de que, ao legislar sobre o tema, deverá observar os tratados internacionais porventura existentes. Não existe, pois, qualquer sentido em criar uma interpretação desconforme com o contemporâneo Direito Internacional Privado “que desde o século passado abandonou as regras de conexão rígidas e indiferentes ao resultado material da solução do conflito de leis e passou a adotar conexões flexíveis, sempre buscando a melhor proteção da pessoa humana¹⁸³”.

Nelson Nery Junior, em comentário a este artigo, salienta que a Convenção de Varsóvia, ao ingressar no direito brasileiro com *status* de lei ordinária, jamais poderia prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor, que é lei principiológica¹⁸⁴, já que não somente foi editado a mando do constituinte originário como contém normas de ordem pública que visam assegurar princípios estabelecidos pelo próprio texto constitucional.

O Ministro Celso de Mello, em seu brilhante voto, ressaltou que, acima do artigo 178 da Constituição Federal, está a própria Constituição, salientando que a proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos são compromissos inderrogáveis assumidos pelo Estado brasileiro. Veja-se o trecho relativo à questão:

[...] Tenho para mim que a proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos representam compromissos inderrogáveis que o estado brasileiro conscientemente assumiu no plano do nosso ordenamento constitucional. O relevo indiscutível desse compromisso estatal, considerada irrecusável importância jurídica, econômica, política e social de que se revestem os direitos do consumidor, tanto mais se acentua quando se tem

¹⁸³ RAMOS, Fabiana D'Andresa. Normas de transporte aéreo internacional devem favorecer vulneráveis. **Conjur**. 04 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-04/garantias-consumo-normas-transporte-aereo-internacional-favorecer-vulneraveis>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

¹⁸⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 864.

presente que a Assembleia Nacional Constituinte em caráter absolutamente inovador, elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental [...], atribuindo-lhe ainda condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem econômica [...], cuja eficácia, segundo penso, permite reconhecer a precedência do Código de Defesa do Consumidor [...] sobre a Convenção de Varsóvia [...] bem assim sobre a Convenção de Montreal de 99.

[...] Com claro objetivo de dar concreção e significado a essas proclamações constitucionais, a Carta Política fez instaurar um estado de comunhão solidária entre as diversas pessoas políticas inclusive, que compõem a estrutura institucional da federação brasileira, congregando-as em torno de uma finalidade comum, impregnado no mais elevado sentido social. Vale referir [...] a primazia que a Carta Política do Brasil conferiu tanto à defesa do consumidor quanto à preservação da integridade das prerrogativas jurídicas que em seu favor foram reconhecidas pelo ordenamento positivo, podendo-se afirmar, a partir de tal asserção, que os direitos do consumidor qualificam-se como valores essenciais e condicionantes de qualquer processo decisório que vise a compor situações de antagonismo resultantes das relações de consumo que se processam no âmbito da vida social de modo tão estruturalmente desigual marcadas, muitas vezes, pela nota de indisfarçável conflituosidade ao opor prestadores de serviços como as empresas prestadoras de serviços aéreos internacionais [...] de um lado e consumidores de outro.

E com esse propósito, Senhora Presidente, e para não degradar o compromisso de defesa do consumidor à condição inaceitável de uma promessa constitucional irresponsavelmente vã, ou de uma proclamação constitucional meramente retórica ou ainda de um discurso político inconsequente, a lei fundamental, visando a promover o bem de todos, veio a instituir normas vocacionadas à especial tutela e proteção do consumidor. Daí justificar-se o reconhecimento de que a proteção ao consumidor se traduz numa prerrogativa fundamental do cidadão. O fato dessa proteção qualificar-se como valor constitucional inerente à própria conceptualização da perspectiva do nosso sistema de direito positivo, o Estado Democrático e Social de Direito, razão pela qual incumbe ao poder judiciário extrair dos direitos assegurados ao consumidor a sua máxima eficácia.

Importante sempre reafirmar a vocação tutelar, eminentemente protetiva, resultante da cláusula constitucional de defesa do consumidor que se projeta também na esfera regulativa da ordem econômica na medida em que essa diretriz básica se apresenta como um insuprimível princípio conformador da atividade econômica.

Essas atividades econômicas, inclusive a exploração dos serviços de transporte aéreo, estão sujeitas a essa normatividade subordinante plasmada no texto da constituição, que reconhece o direito do consumidor como um direito impregnado de essencial fundamentalidade.

Ora, forte nos argumentos acima referidos, é inviável aceitar-se que o Código de Defesa do Consumidor tenha aplicação afastada sobre uma relação de consumo em virtude do que dispõe o artigo 178 da Lei Maior tal qual pretende o STF, ainda mais sem se estabelecer de forma clara sobre quais relações haveria a prevalência das Convenções, isto é, se apenas sobre aquelas que foram efetivamente julgadas ou sobre todas as relações consumeristas na seara do transporte aéreo internacional.

Um segundo argumento utilizado pelos Ministros da Corte Suprema para justificar a aplicação das Convenções internacionais foi **a necessidade de unificação**

do Direito quanto aos valores indenizatórios pagos e o respeito aos acordos, tratados e convenções firmados pelo Brasil. O Ministro Gilmar Mendes, relator de um dos *leading cases*, assinalou que o tema é complexo em decorrência da globalização, referindo também que muitas companhias aéreas podem vir a considerar o encerramento das atividades no país caso as Convenções internacionais não sejam cumpridas internamente. Luis Roberto Barroso, relator do outro feito, disse também que a uniformização das regras gera isonomia entre consumidores nacionais e internacionais, ideia esta que foi integralmente repetida por Rosa Weber.

Rui Stoco¹⁸⁵, corroborando com tal entendimento, salienta que o CDC não derroga nem expressa nem tacitamente os dispositivos que estabelecem a responsabilidade limitada, bem como que os sistemas tarifado e limitado são uma tendência, prevalecendo no ordenamento jurídico pátrio sobre o que denomina de sistema aberto, assim abordando o tema¹⁸⁶:

Essa tendência foi recentemente reafirmada com a edição da Lei nº 9.503, de 23.09.1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, ao estabelecer em suas disposições penais multa reparatória, em favor da vítima, através de sistema de margens mínima e máxima, calculada com base no disposto no §1º do art. 49 do Código Penal (art. 297) [...]

A Lei 9.610, de 19.02.1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais, dispõe, no art. 103, *caput*, que, “quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido”. E no parágrafo único esclarece: “Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos”.

Portanto, limitou a indenização e é posterior ao Código do Consumidor.

Também o Projeto de Lei 257/96, do Senado Federal, dispo sobre o direito de resposta, *tarifou* a multa ou sanção pecuniária, em favor do ofendido, em valor correspondente a 1% (um por cento) ao dia do faturamento bruto verificado no balanço do ano anterior do veículo de comunicação, corrigido monetariamente (art. 5.º, §1.º).

¹⁸⁵ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 429.

¹⁸⁶ “[...] O Código do Consumidor não derogou, expressa ou tacitamente, os dispositivos que estabelecem a responsabilidade limitada. O art. 14 do CDC dispõe apenas que o fornecedor de serviços responde pela reparação dos danos causados aos consumidores, por defeitos relativos à prestação dos serviços, sem nada estipular quanto aos limites da reparação. Traduz-se, pois, em regra genérica que não basta por si mesma. É, portanto, lei geral. As disposições do art. 6º, incisos I e VI, do CDC constituem regras meramente programáticas, de eficácia contida e dependentes de regulamentação por lei específica. Enquanto o seu art. 25 não pode ser interpretado como impeditivo de indenização tarifada, posto coibir apenas a estipulação contratual que impossibilite, exonere ou atenuar a obrigação de indenizar, cabendo considerar que “atenuar obrigação” não é o mesmo que “limitar o quantum da indenização”. A primeira locução pertine ao direito em si, enquanto a segunda traduz mero reflexo ou consequência do reconhecimento do direito, ou seja, sua expressão econômica”. (STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 429).

A legislação civil em vigor mostrou-se plena de exemplos de indenizações limitadas, por força mesmo do princípio da socialização dos encargos, considerando-se que a partir do revogado Código Civil de 1916 – prevendo limites indenitários em inúmeras hipóteses – tantas outras leis importantes assim também procederam, de que são exemplos:

- a) o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62, art. 84 – revogado): de 5 a 100 salários mínimos;
- b) a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67, artigos 51 e 52): máximo de 200 salários mínimos;
- c) a Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98, art. 103): valor de 300 exemplares;
- d) a Lei 6.453/77 (dispõe sobre danos nucleares, art. 9.º): 1.500.000 ORTN;
- e) o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86, art. 257): morte: 3.500 OTN. Extravio: 150 OTN;
- f) o Código de Defesa do Consumidor (art. 19): I – o abatimento proporcional do preço; II – complementação do peso ou medida; III – a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; IV – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- g) a Convenção de Varsóvia e demais tratados que lhe sucederam (tarifação como tendência internacional): até 16.600 DES (Direitos Especiais de Saque).

[...] o Código Civil de 2002 também adotou esse sistema em algumas passagens, como, por exemplo:

- a) no art. 940 (demanda por dívida já paga: o dobro do que houver cobrado);
- b) no art. 952 (restituição da própria coisa no esbulho, ou seu valor correspondente).

Data maxima venia, o argumento não procede. Isto porque a própria Constituição Federal assegura como garantia fundamental a indenização por dano moral, material ou à imagem, assim como o direito de resposta proporcional ao agravo (artigo 5º, inciso V). Por sua vez, o CDC aponta ser direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (artigo 6º, inciso VI). Já o Código Civil dispõe que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (artigo 944), sempre lembrando que o artigo 732 deste mesmo Diploma Legal condiciona a aplicação de preceitos constantes de legislação especial, tratados e convenções internacionais aos contratos de transporte *desde que não contrariem* as disposições da própria Lei Civil. Resta evidente, pois, que toda a legislação nacional tem como regra o princípio da reparação integral do dano¹⁸⁷.

¹⁸⁷ O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, acerca da questão, assim leciona: “O Código Civil de 2002 positivou, em seu art. 944, o princípio da reparação integral do dano, estatuinto que a indenização deve ser medida pela extensão dos prejuízos sofridos pelo lesado. Essa norma, embora pareça óbvia, apresenta significativa importância teórica e prática, bastando observar que o legislador do CC/2002 poderia ter valorizado outros critérios para a quantificação da indenização, como o grau de culpa do agente (dolo ou culpa “stricto sensu”), como faz o Direito Penal, ou a situação econômica do ofensor e do ofendido. A opção, porém, foi pela extensão do dano, não importando se os prejuízos sofridos pelo lesado resultaram de um ato doloso, culposo ou se a responsabilidade é objetiva. A origem desse princípio é o Direito francês, tendo sido sintetizado pela doutrina com um adágio: *tout le dommage, mais rien que le dommage* (“todo o dano, mas nada mais do que o dano”). Extrai-se desse enunciado que o princípio da reparação integral possui dupla função: a) piso indenizatório (todo o dano); b) teto indenizatório (não mais que o dano). Na função de piso indenizatório, também chamada

Herman Benjamin¹⁸⁸ pondera que esta questão da limitação de responsabilidade civil das transportadoras aéreas das Convenções de Varsóvia e de Montreal (assim como do Código Brasileiro de Aeronáutica) não foi recepcionada pela Constituição Federal, pois seus dispositivos “nessa matéria, são contrários à ordem pública constitucional brasileira, posto que o *quantum debeatur* máximo (teto) [...] é simples valor simbólico, não propriamente indenização justa pelos danos sofridos”.
 Continua:

A Constituição Federal de 1988 é, abertamente, welfarista: tem por fundamento "a dignidade da pessoa humana" e por objetivo a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária".

Devemos, pois, com os olhos postos na Constituição, analisar a legitimidade a) do próprio teto indenizatório, quando instituído *ope legis* (em contraposição ao decorrente de contrato, quando a cláusula não for considerada abusiva), e b) dos valores do teto. Sem maior digressão, é lícito afirmar que os limites indenizatórios do transporte aéreo não passam pelo teste constitucional da dignidade humana nem, muito menos, da justiça e solidariedade social. É, não há como negar, um critério antidignidade (em particular porque abstrai o valor real da vida humana), iníquo (viola os mais comezinhos traços da justiça, já que desequipara) e antisolidarista (impõe o ônus do risco à parte que não o criou, precisamente o sujeito vulnerável na relação).

A cláusula de limitação tem um efeito destruturador do sistema indenizatório, pois frustra ou restringe a apreciação do dano pelo juiz, que passa a ser impedido de julgar ou a julgar parcialmente as lesões sofridas pela vítima. Por isso mesmo, há violação do art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), garantia moldada em norma pétrea.

Em conclusão, podemos dizer que, no que tange à limitação da responsabilidade civil, tanto a Convenção, como o Código Brasileiro de Aeronáutica padecem de doença incurável, posto que de fundo constitucional. O resultado é que, havendo relação jurídica de consumo, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se, inteiramente, ao transporte aéreo, doméstico ou internacional, na medida em que, tacitamente (por incompatibilidade), revogou ele os privilégios estatutários da indústria, principalmente quando garante, como direito básico do consumidor, "a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

de função compensatória, busca-se assegurar a reparação da totalidade dos prejuízos sofridos pelo lesado. Já sua função de piso, denominada de função indenitória, o objetivo é evitar o enriquecimento sem causa do lesado, pois a responsabilidade civil não deve ser pretexto para a obtenção de vantagens indevidas a partir no ato ilícito (art. 884 do CC/2002)" (SANSEVERINO, Paulo de Tarso. O Princípio da Reparação Integral e os Danos Pessoais. **Carta Forense**. 02 out. 2009. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>>. Acesso em: 10 jun. 2017).

¹⁸⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, n. 77, 1999. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1666.htm>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

Alerta ainda que, em sendo relação de consumo, a responsabilidade civil não pode ser limitada por força dos artigos 25, §1º e 51, inciso I, do CDC, que assim dispõem:

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonorem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

Oportuno referir que a Ministra Rosa Weber, em seu voto, disse que as Convenções de Varsóvia e de Montreal não são contrárias à indenização integral ao passageiro em caso de perda, atraso e extravio de bagagem, na medida em que este pode fazer declaração especial de conteúdo para assegurar indenização no valor correspondente ao declarado, ou, independentemente desta declaração, nos casos em que comprovado dolo ou culpa grave do transportador ou seus prepostos. Afirmou não ver óbice para aplicação da inversão do ônus da prova na forma do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, para fins de imputar à companhia aérea a prova de culpa grave ou dolo. Assinalou, ainda, que as Convenções impõem condicionantes razoáveis à indenização integral e ilimitada (prova da culpa grave ou dolo da prestadora de serviço ou declaração especial de bagagem), razão pela qual não vislumbrou incompatibilidade entre elas e a Constituição Federal sob o ângulo da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com o devido respeito, as condicionantes impostas pelas Convenções internacionais não se mostram razoáveis nem proporcionais porquanto ou oneram o consumidor a um pagamento prévio para efetuar declaração de conteúdo a fim de assegurar reparação não ilimitada e sim nos limites do valor declarado, ou então contrariam a regra estipulada pela lei consumerista de que a responsabilidade civil do prestador de serviço é objetiva, isto é, independe de prova de culpa ou dolo, pois decorre do exercício de sua atividade, bastando ao consumidor provar o dano e o nexo causal entre ele e a atividade empresarial.

Um terceiro argumento utilizado pelos Ministros do STF foi o de que **o CDC é lei geral por abarcar todas as relações de consumo, ao passo que as Convenções de Varsóvia e Montreal são leis especiais por tratar especificamente das relações de transporte aéreo internacional**, razão pela qual, em virtude do critério da especialidade, estas prevalecem sobre aquele.

Novamente, o argumento carece de fundamento não somente em virtude do fato de não mais ser possível utilizar o critério de especialidade para afastar uma regra, como principalmente em razão de o Código de Defesa do Consumidor ser lei especial em relação ao sujeito protegido: o consumidor. Nesse sentido, a lição de Claudia Lima Marques¹⁸⁹:

O CDC é uma lei especial, subjetivamente, isto é, no que diz respeito aos sujeitos (*ratione personae*), no que diz respeito a consumidores, definidos de forma ampla pelo art. 2º, *caput* e parágrafo único, pelo art. 29 e pelo art. 17 do CDC, em suas relações jurídicas com fornecedores, é lei especial. O CDC, porém, é lei geral, materialmente (*ratione materiae*), pois se aplica a todas as relações, contratuais e extracontratuais, do sujeito consumidor no mercado de consumo.

Antônio Herman Benjamin, por seu turno, pondera que a lei consumerista é uma lei horizontal que perpassa todas as disciplinas jurídicas na medida em que não rege uma matéria especificamente, mas sim protege um titular de direito específico, sendo, pois, norma *especialíssima*¹⁹⁰:

O Código de Defesa do Consumidor pertence àquela categoria de leis denominadas "horizontais", cujo campo de aplicação invade, por assim dizer, todas as disciplinas jurídicas, do Direito Bancário ao Direito de Seguros, do Direito Imobiliário ao Direito Aeronáutico, do Direito Penal ao Direito Processual Civil.

São normas que têm por função, não rege uma determinada matéria, mas proteger sujeitos particulares, mesmo que estejam eles igualmente abrigados sob outros regimes jurídicos. Daí o caráter "especialíssimo" do Direito do Consumidor. Enquanto que o Direito Aeronáutico é disciplina especial em decorrência da modalidade de prestação, o Direito do Consumidor é disciplina especial em razão do sujeito tutelado. E, como é curral, prepondera o sistema protetório do indivíduo em detrimento do regime protetório do serviço ou produto. É a fisionomia humanista que informa todo o Direito do Welfare State.

¹⁸⁹ BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 138.

¹⁹⁰ BENJAMIN, Antonio Herman. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, n. 77, 1999. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1666.htm>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

A conclusão lógica é que, em havendo relação de consumo, e, por consequência, pelo menos um consumidor integrando esta relação, o Código de Defesa do Consumidor deverá ser sempre aplicado pelo intérprete do direito. E, em existindo outras normas que também incidam sobre esta relação, deve o julgador resolver a questão de forma harmônica por meio de um diálogo entre elas, no intuito de promover sempre os interesses da pessoa humana.

Isto porque a vulnerabilidade do consumidor se presume em virtude de a relação entre ele e o fornecedor, conceito dentro do qual se inserem as empresas prestadoras de serviço de transporte aéreo, já nascer desequilibrada, seja esta vulnerabilidade de ordem técnica, jurídica, econômica, científica ou decorrente de qualquer outro fator. E é justamente esta vulnerabilidade presumida que faz nascer a interpretação favor *debilis*, que visa reequilibrar esta relação jurídica.

Ademais, os direitos consagrados à pessoa humana pela Constituição Federal não podem ser desconsiderados ou marginalizados pelo julgador (salvo possibilidade de mitigação em casos excepcionais desde que a restrição esteja constitucionalmente autorizada, a limitação seja proporcional, atenda a interesse social, privilegiando outro direito fundamental, o ato do poder público seja exaustivamente fundamentado e possa ser apreciado pelo Poder Judiciário), sendo justamente por essa razão que se fala em proibição de retrocesso social. Sobre a questão, leciona Nelson Nery Junior¹⁹¹:

[...] os direitos *sociais* e *econômicos*, tais como dos trabalhadores e os relativos à educação, quando atingem determinado grau de realização passam a constituir, simultaneamente, *garantia institucional* e *direito subjetivo* [...]. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido e não pode ser restringido por outras medidas sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios.

Efetivamente, a lei consumerista atua em prol de pessoas que estão em desigualdade, buscando atribuir igualdade material entre consumidor e fornecedor. Todavia, isto não significa que ela também exclua a aplicação conjunta e harmônica de outras leis, tanto que o *caput* do seu artigo 7º refere expressamente que os direitos previstos no CDC não excluem outros *direitos* decorrentes de outras fontes normativas. Igualmente, para a manutenção deste paralelismo, a aplicação das

¹⁹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 219.

Convenções de Varsóvia e de Montreal não deve excluir a incidência do CDC sobre as relações de consumo nos contratos de transporte aéreo internacional, devendo a solução aparentemente conflituosa ser solucionada de forma harmônica, sempre no sentido *favor debilis*. Veja-se a respeito a lição de Fabiana D'Andresa Ramos¹⁹²:

Diante da pluralidade de fontes aparentemente antagônicas entre si o caminho que se tem encontrado tanto no Direito interno como no Direito estrangeiro e internacional é o de se perquirir o objetivo material concreto das normas, em última instância, uma interpretação axiológica das normas e do conflito em si. Esse caminho é especialmente importante para aquelas situações em que se almeja a melhor proteção da pessoa humana, sobretudo dos mais vulneráveis.

No DIPr, esse caminho se tornou evidente a partir de duas técnicas legislativas distintas, mas complementares entre si. A primeira foi a utilização, na redação das normas indiretas, de múltiplos elementos de conexão, subordinados ou alternativos, viabilizando assim a flexibilização da até então rígida norma de conflito. A segunda técnica é a da redação de normas narrativas, expressão cunhada pelo emérito professor da Universidade de Heidelberg Erik Jayme para se referir a normas de DIPr que não têm por objetivo indicar a lei aplicável, mas descrever o objetivo material concreto que se almeja garantir na solução do conflito de leis.

No Direito interno, deve-se à professora Claudia Lima Marques a difusão da técnica do diálogo das fontes, especialmente no âmbito do Direito do Consumidor, uma vez que as relações de consumo não raras vezes estão submetidas a estatutos jurídicos diferentes. As relações de crédito entre um consumidor idoso e uma instituição financeira, por exemplo, estão submetidas simultaneamente, no nível infraconstitucional, ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao Estatuto do Idoso e às leis que regem o sistema financeiro nacional, as quais devem ser conjuntamente interpretadas e aplicadas conforme os limites impostos pelos princípios e normas constitucionais. [...]

Em virtude de tudo o quanto exposto, tem-se que a tese do Supremo Tribunal Federal, tal como redigida, contraria a lógica constitucional que confere certa superioridade hierárquica aos direitos e garantias fundamentais, elevando-os a cláusulas pétreas, na medida em que afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre uma relação tipicamente de consumo, na qual há, de um lado, uma parte presumidamente vulnerável que necessita da proteção estatal para que seja reequilibrada esta relação que já nasce desigual.

De frisar, como bem apontou Herman Benjamin, que, se o legislador consumerista pretendesse excluir da aplicação do CDC as relações entre consumidor e transportadoras aéreas – já que a Convenção de Varsóvia é muito anterior à lei do consumo –, teria expressamente assim estipulado, tal como ocorre em outros

¹⁹² RAMOS, Fabiana D'Andresa. Normas de transporte aéreo internacional devem favorecer vulneráveis. **Conjur**. 04 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-04/garantias-consumo-normas-transporte-aereo-internacional-favorecer-vulneraveis>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

países¹⁹³. Como exemplo, cita-se a experiência argentina, na qual a lei de *Defensa del Consumidor* (Lei nº 24.240) dispõe em seu artigo 63 que, para o contrato de transporte aéreo, aplicam-se as normas do Código Aeronáutico, os tratados internacionais e, apenas de forma supletiva, a lei consumerista¹⁹⁴. Este artigo foi inicialmente derogado pela Lei nº 26.361 e posteriormente voltou a vigorar em virtude do Decreto nº 565/2008¹⁹⁵.

Na experiência brasileira, porém, o legislador não somente restou silente quanto a esta questão, como também previu expressamente que os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor não excluem outros *direitos* decorrentes de tratados ou convenções internacionais. Benjamin, sobre o ponto, acentua que os tratados e convenções são válidos “desde que sirvam para ampliar os direitos dos consumidores, nunca para reduzi-los¹⁹⁶”.

Dessa forma, tem-se que a solução mais adequada é a utilização do método do Diálogo das Fontes para estabelecer um verdadeiro diálogo de coerência e de influência recíproca sistemática entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Montreal, última atualização da Convenção de Varsóvia.

De fato, não se deve falar em aplicação exclusiva do CDC ou da Convenção de Montreal: deve-se, sim, realizar um diálogo entre as duas leis, aplicando-se ambas de forma conjunta e harmoniosa, sempre considerando os valores constitucionais e, em especial, os direitos humanos. Fala-se em diálogo de coerência porque uma e

¹⁹³ BENJAMIN, Antonio Herman. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, n. 77, 1999. Disponível em:

<<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1666.htm>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

¹⁹⁴ Tradução Livre. No original: “ARTICULO 63. — Para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley”. (ARGENTINA. Decreto 565/2008. **Información Legislativa**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/139253/norma.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2017).

¹⁹⁵ A principal justificativa para observância daquele artigo decorre da ideia de que a derrogação acarretaria insegurança jurídica ao setor. Veja-se no original: “Que sumado a las razones técnico jurídicas antedichas, de aprobarse la derogación propuesta, acarrearía inseguridad jurídica tanto a las empresas nacionales, —un sector que se encuentra con declaración del Estado de Emergencia del Transporte Aerocomercial por el Decreto N. 1654 de fecha 4 de septiembre de 2002 y el Decreto N. 1012 de fecha 7 de agosto de 2006— como a las internacionales que operan en la REPUBLICA ARGENTINA, a las cuales se las pretendería alcanzar con normas de derecho interno inspiradas en un régimen infraccional, excluyendo a las normas uniformes, internacionales y vigentes, para el NOVENTA POR CIENTO (90%) del transporte aerocomercial del mundo, dentro de los cuales se encuentra adherida la REPUBLICA ARGENTINA”. (ARGENTINA. Decreto 565/2008. **Información Legislativa**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/139253/norma.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2017).

¹⁹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, n. 77, 1999. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1666.htm>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

outra lei podem servir de base conceitual recíproca; quanto ao diálogo de influência recíproca sistemática, fala-se porque ambas as legislações efetivamente se influenciam reciprocamente: enquanto uma trata de todos os procedimentos que devem ser adotados pelo consumidor-passageiro em caso de danos decorrentes da prestação do serviço aéreo internacional, outra trata da responsabilidade civil do prestador de serviço. De fato, é possível sim um verdadeiro diálogo entre normas procedimentais estabelecidas pela Convenção e normas materiais previstas no Código de Defesa do Consumidor relativas à responsabilidade civil do transportador aéreo.

Pensar de forma diversa é provocar um verdadeiro retrocesso social. Pensar em excluir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a uma relação tipicamente de consumo, é retroceder para antes da entrada em vigor da lei consumerista. É simplesmente ignorar toda a principiologia presente na Constituição Federal e o compromisso propositalmente e desejadamente assumido pelo Estado Democrático de Direito de proteger o consumidor nas relações em que for parte, cuja vulnerabilidade será sempre presumida.

Entre pessoa e sistema de transporte aéreo internacional, deve sempre aquela prevalecer justamente por ser a parte fraca da relação. Esta é a verdadeira vontade do constituinte originário, já que a República Federativa do Brasil tem como um de seus cinco fundamentos a dignidade da pessoa humana e como um de seus quatro objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. E, para que tal se concretize, o julgador não pode ficar adstrito à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, a qual inclusive extrapola os limites dos próprios *leading cases* que tratam sobre prescrição e extravio de bagagem ao deixar de especificar em quais ocasiões há esta prevalência das Convenções internacionais sobre as disposições da lei consumerista. É preciso analisar, concretamente, o verdadeiro dano sofrido pelo consumidor, para que se possa indenizá-lo nos exatos limites do prejuízo comprovadamente sofrido, realizando-se a cada julgamento um diálogo entre todas as normas incidentes sobre a relação para ao final, decidir com supedâneo na principiologia pretendida pelo constituinte.

4 CONCLUSÃO

A regulamentação do contrato de transporte aéreo internacional é um tema deveras complexo e seu estudo não foi esgotado por meio desse trabalho. Após o reconhecimento da repercussão geral do tema e a fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, em especial as Convenções de Varsóvia e de Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor nos termos do artigo 178 da Constituição Federal, muitos questionamentos são e serão ainda feitos, tais como de que maneira resolver questões relativas ao dano moral, a danos pessoais, a maus-tratos de passageiros decorrentes de *overbooking* entre muitos outros. Daí a importância de um estudo cada vez mais aprofundado sobre a questão.

Neste trabalho, procurou-se analisar de que forma está regulamentado o transporte aéreo nos planos interno e internacional por meio de um paralelo entre ambos e da análise da posição hierárquica das Convenções de Montreal e Varsóvia e do Código de Defesa do Consumidor dentro do ordenamento jurídico pátrio para, posteriormente, através do método do Diálogo das Fontes, oportunizar uma verdadeira conversa entre essas fontes normativas com âmbito de incidência convergente.

Diferentemente do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, acredita-se que os critérios clássicos de solução de antinomias (hierarquia, especialidade, anterioridade) não mais se prestam para apreciar os fatos da pós-modernidade, cuja complexidade está intrínseca na própria quebra de inúmeros paradigmas da modernidade, o que implica não no afastamento de uma norma para aplicação de outra, e sim na necessidade de se conciliar a aplicabilidade de normas, leis, convenções, regulamentos, acordos, tratados, decretos, dentre outras fontes normativas, que incidam sobre uma mesma relação jurídica.

No mais, sempre em que houver uma relação de consumo, dentro da qual há pelo menos um consumidor, inviável o afastamento dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor ainda que existam outras leis que tratem sobre a relação jurídica em apreciação. Isto porque o Estado Democrático de Direito pátrio tem como um de seus fundamentos a promoção da dignidade da pessoa humana e como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Outrossim, a

promoção da defesa do consumidor foi concebida pela Constituição Federal como uma garantia fundamental dos cidadãos e ainda como um princípio geral da atividade econômica, sendo compromisso inderrogável assumido pelo constituinte originário, o qual deve ser cumprido por todos os intérpretes e aplicadores do direito em vista da hierarquia da Carta Magna sobre todas as demais leis, sejam elas nacionais ou internacionais que forem posteriormente internalizadas e que não tratem de direitos humanos.

Afastar o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor para aplicar de forma exclusiva as Convenções de Varsóvia e de Montreal aos contratos de transporte aéreo internacional que também sejam relações de consumo não somente se trata de um verdadeiro retrocesso social como também contraria toda a principiologia que constitui e fundamenta a Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, os pilares do Estado Democrático de Direito nacional.

E é justamente por tais razões, e especialmente pela necessidade de reequilibrar esta relação que já nasce em desequilíbrio, na medida em que o consumidor pessoa física é presumidamente vulnerável em relação ao prestador de serviços de transporte aéreo, que o método do Diálogo das Fontes se mostra como o meio mais adequado para sanar estas aparentes antinomias entre as mais diversas fontes normativas, pois permite que todas conversem entre si, oportunizando ao aplicador do direito analisar, concretamente, os dispositivos de lei que mais protegem a parte frágil da relação, fazendo valer o princípio da interpretação *pro homine* e, assim concretizando a real vontade do constituinte, qual seja, a promoção da dignidade da pessoa humana.

Entre o receio de o país sofrer uma represália das companhias aéreas, que podem vir a encerrar suas atividades, e o concreto e flagrante retrocesso social que retira direitos constitucionalmente assegurados aos consumidores, deve-se sempre indagar qual o maior interesse em jogo e qual o maior interesse em jogo e qual a vontade primordial que emana da Constituição Federal: a perda/liberdade de mercado ou a perda de direitos fundamentais?

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Organização da Aviação Civil Internacional (OACI)**. 07 mar. 2016. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/A_Anac/internacional/organismos-internacionais/organizacao-da-aviacao-civil-internacional-oaci>. Acesso em: 06 maio 2017.

ARGENTINA. Decreto 565/2008. **Información Legislativa**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/139253/norma.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

AZEVEDO, Antonio Carlos do Amaral. **Dicionário de nomes, termos e conceitos históricos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BENJAMIN, Antonio Herman. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, n. 77, 1999. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1666.htm>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

BENJAMIN, Antonio Herman. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 378**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/515>>. Acesso em: 28 maio 2017.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm> acesso em 06/05/2017>. Acesso em: 06 maio 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 maio 2017.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 22, de 28 de maio de 1979. **Congresso Nacional**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1970-1979/decretolegislativo-22-28-maio-1979-364330-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 06 maio 2017.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 31, de 1963. **Congresso Nacional**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-31-12-dezembro-1963-350021-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 06 maio 2017.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 85, de 13 de setembro de 1965. **Congresso Nacional**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-85-13-setembro-1965-350552-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 07 maio 2017.

BRASIL. Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Decreto n. 20.704 de 24 de novembro de 1931. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20704.htm>. Acesso em: 06 maio 2017.

BRASIL. Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm>. Acesso em: 06 maio 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 90, de 15 de setembro de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em 17 jan. 2017.

BRASIL. Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565compilado.htm>. Acesso em: 7 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 28 mai. 2017.

BRASIL. Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 13 jan 2017.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer n. 13.002/PRC. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/texto_2017925.pdf>. Acesso em 20/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 303.132/PE. Agravante: Princesa do Agreste Viagens e Turismo Ltda.

Agravada: Ana Selma Dias de Oliveira. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 17 nov. 2016. DJe 30 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo n. 209.763/MG. Agravante: American Airlines Inc. Agravado: Randolpho Diniz Neto e cônjuge. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 18 abr. 2000. DJ 05 jun. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.421.155/SP. Agravantes: Log Paraná Logística Ltda. e outro. Agravado: Royal e Sunalliance Seguros Brasil S.A. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 12 abr. 2016. DJe 19 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.483.780/PE. Recorrente: Sena e Ramos Serviços e Consultoria. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 23 jun. 2015. DJe 05 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 27.512/BA. Recorrente: Banco Safra S.A. Recorrido: Plasalp Produtos Cirúrgicos Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 20 ago. 2009. DJe 23 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.037.759/RJ. Recorrente: L.C.T.A. de S. Recorrido: GEAP Autogestão em Saúde. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 23 fev. 2010. DJe 05 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.184.765/PA. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrida: Correa Sobrinho Importação Exportação e Navegação Ltda. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 24 nov. 2010. DJe 03 dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.216.673/SP. Recorrente: Unibanco Companhia de Capitalização S.A. Recorrida: Associação Nacional de Defesa do Consumidor – ANADEC. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 02 jun. 2011. DJe 09 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.354.369/RJ. Recorrente: Pluma Conforto e Turismo S.A. Recorrido: Reginaldo da Silva Maia. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 05 maio 2015. DJe 25 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 13.813/RJ. Recorrente: Sérgio da Silva Couto. Recorrido: Iberia Lineas Aéreas de España S. A. Relator: Min. Nilson Naves Tavares. Brasília, 25 ago. 1992. DJ 22 mar. 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 156.240/SP. Recorrente: Gisele Resende Benevino. Recorrida: Viação Aérea São Paulo S.A. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 23 nov. 2000. DJ 12 fev. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 196.031/MG. Recorrente: Viação Aérea São Paulo S.A. Recorrida: Microtécnica Cema. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 24 abr. 2001. DJ 11 jun. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 218.288/SP. Recorrente: Bradesco Seguros S.A. Recorrida: Transbrasil S.A. Linhas Aéreas. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 19 fev. 2001. DJ 16 abr. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 235.678/SP. Recorrente: Tower Air Incorporation. Recorrido: José Roberto Pernomian Rodrigues e outros. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 02 dez. 1999. DJ 14 fev. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 316.280/SP. Recorrente: Varig S.A. – Viação Aérea Rio-Grandense. Recorrida: América Latina Companhia de Seguros. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 06 fev. 2003. DJ 07 abr. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 58.736/MG. Recorrente: Wagner Bueno Cateb. Recorrido: Aerolineas Argentinas S. A. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 13 dez. 1995. DJ 29 abr. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 145. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=145&b=SUMU&p=false&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 37. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=37&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 762.184 RG. Agravante: Societé Air France. Agravada: Sylvia Regina de Moraes Rosolem. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 dez. 2009. DJe 18 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 07 jun. 2006. DJ 29 set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480 MC. Requerente: Confederação Nacional do Transporte e Outros. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 set. 1997. DJ 18 maio 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 766.618/SP. Recorrente: Air Canada. Recorrida: Cintia Cristina Giardulli. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 18 nov. 2013. DJe 25 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Incide contribuição previdenciária sobre remuneração de agentes políticos.** Vídeo em meio eletrônico (2h08min05s), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xz4S0OZ9FmE&t=2430s>>. Acesso em: 28 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Suspensão julgamento sobre regra de indenização em transporte aéreo internacional.** Vídeo em meio eletrônico

(2h49min08s), son., color. Disponível em:
<<https://www.youtube.com/watch?v=vOlrSbXWVwg>>. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 172.720. Recorrente: Sergio da Silva Couto. Recorrido: Iberia Lineas Aéreas de España S. A. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 fev. 1996. DJ 21 fev. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 27.561. Recorrente: Eugenio dos Santos Castro. Recorrida: Estrada de Ferro Leopoldina. Relator: Min. Rocha Lagoa. Relator para acórdão: Min. Sampaio Costa. Brasília, 26 abr. 1955. DJ 15 set. 1955.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 297.901. Recorrente: Viação Aérea São Paulo S.A. Recorrida: Janekelly Ribeiro Rêgo. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 07 mar. 2006. DJe 31 mar. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 351.750. Recorrente: Varig S.A. – Viação Aérea Rio-Grandense. Recorrida: Ana Maria da Costa Jardim. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Min. Carlos Brito. Brasília, 17 mar. 2009. DJe 24 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 591.874 RG. Recorrente: Viação São Francisco Ltda. Recorrida: Justa Servin Franco e outro. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 out. 2008. DJe 20 nov. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 636.331. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4040813>>. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 9.653. Recorrente: The Pernambuco Trainways and Power Comp. Limited. Recorrido: Luiz de Melo Reis. Relator: Min. Afrânio Costa. Brasília, 12 set. 1958. DJ 06 not. 1958.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 161. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=161.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 187. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28187%2E%2E%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/jtsz8en>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

FRONTEIRAS DO PENSAMENTO. **Diálogos com Zygmunt Bauman**. Vídeo em meio eletrônico (30min25s), son., color. Disponível em:
<<https://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>>. Acesso em: 23 maio 2017.

IATA. History. Disponível em: <<http://www.iata.org/about/pages/history.aspx>>. Acesso em: 06 maio 2017.

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Memoriais no Recurso Extraordinário 636.331**. Disponível em: <goo.gl/rqJHok>. Acesso em: 26 maio 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMS Martins Fontes, 2009.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno. Um estudo sobre a jurisprudência do STF. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1557, 6 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10491>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**: segunda edición actualizada. Santa Fe: Rubunzal-Culzoni, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

MIRAGEM, Bruno. CDC deve ser aplicado aos contratos de transporte aéreo internacional. **Conjur**. 09 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-09/garantias-consumo-cdc-aplicado-aos-contratos-transporte-aereo-internacional>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012. p. 67-109.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PASQUALOTTO, Adalberto. Reflexões na frente do espelho: memória e autocrítica aos 25 anos. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord). **25 anos do Código de Defesa do Consumidor**: trajetória e perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 15-31.

PEREIRA, Guttemberg Rodrigues. **Convenção Para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional**. 2000. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/artigos/anterior/07.htm>>. Acesso em: 06 maio 2017.

PRUX, Oscar Ivan. Os 25 anos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sua história e as novas perspectivas para o Século XXI. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord). **25 anos do**

Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33-80.

RAMOS, Fabiana D'Andrea. Normas de transporte aéreo internacional devem favorecer vulneráveis. **Conjur**. 04 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-04/garantias-consumo-normas-transporte-aereo-internacional-favorecer-vulneraveis>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 200700142990. Apelante: Société Air France e outro. Apelado: Sylvia Regina de Moraes Rosolem. Relator: Des. Roberto Guimarães. Rio de Janeiro, 05 dez. 2007. Disponível em: <goo.gl/SGfSkP>. Acesso em: 01 jul. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível N. 70067010983. Apelante: Adalberto Machado dos Santos. Apelado: Lanchonete e Restaurante Rota 80 LTDA. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 16 dez. 2015. Disponível em: <goo.gl/dhDT2K>. Acesso em: 28 maio 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Turmas Recursais. Recurso Cível N. 71005374699. Recorrente: BBOM Embrasystem. Recorrida: Enilda Teresinha Pioner. Relatora: Vivian Cristina Angonese Spengler. Porto Alegre, 21 jul. 2015. Disponível em <goo.gl/1iMTr4>. Acesso em: 28 maio 2017.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito Privado:** teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2013. [ebook]

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. O Princípio da Reparação Integral e os Danos Pessoais. **Carta Forense**. 02 out. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

SILVA, De Plácido E. **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord). **Código Civil Comentado**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOTO, Germán Delgado. Régimen de la responsabilidad contractual del transportista en el Derecho Internacional Privado Aéreo: pasado y futuro. **Revista de la Facultad de Derecho**, Caracas, n. 56, p. 71-117, 2001. p. 89-90. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=5qYu8ykfa0QC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 06 maio 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do consumidor:** direito material e processual. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio; MARTOS, José Antonio de Faria. O Diálogo Das Fontes e a Hermenêutica Consumerista no Superior Tribunal De Justiça. In: XXII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/NINOVE. **Sociedade global e seus impactos sobre o**

estudo e a efetividade do direito na contemporaneidade. 1. ed. v. 1. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 156-188.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Novo Código Civil.** Rio de Janeiro. Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin De. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008R0593>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie.** 12. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil.** 12. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2012.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. A teoria do diálogo das fontes. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2755, 16 jan. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18279>>. Acesso em: 28 maio 2017.