



FACULDADE CAMPO REAL
EXCELÊNCIA EM ENSINO SUPERIOR

CAMILA YUMI MATSUDA ROMARO

**LIMITES À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RELAÇÕES DE
CONSUMO, ANTE AS CONVENÇÕES DE MONTREAL E VARSÓVIA**

GUARAPUAVA

2017

CAMILA YUMI MATSUDA ROMARO

**LIMITES À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RELAÇÕES DE
CONSUMO, ANTE AS CONVENÇÕES DE MONTREAL E VARSÓVIA**

Monografia de Direito apresentada à Faculdade
Campo Real, como requisito para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. João Paulo Falavinha Marcon

GUARAPUAVA

2017

CAMILA YUMI MATSUDA ROMARO

LIMITES À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RELAÇÕES DE CONSUMO, ANTE AS CONVENÇÕES DE MONTREAL E VARSÓVIA

Trabalho de Curso aprovado com média _____, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em DIREITO, no Curso de DIREITO da Faculdade Campo Real, pela seguinte banca examinadora:

Orientador (a) Presidente (a): _____

Membro: _____

Membro: _____

Guarapuava, _____ de _____ de 2017.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer a minha família, que me deu total apoio, e incentivo para que eu pudesse concluir minha monografia, sem eles nada disso estaria sendo possível, inclusive e principalmente ao meu querido avô, que infelizmente já não está mais entre nós, mas sei que de onde ele estiver, está feliz e orgulhoso de mim, fica a minha singela homenagem.

Quero agradecer também aos meus amigos e amigas, que me ajudaram bastante, em todos os sentidos.

Agradeço ao meu professor orientador Ms. João Paulo Falavinha Marcon, pelas orientações e pela ajuda

*“Aprender é a única coisa de que a mente nunca se cansa ,nunca tem medo e nunca se arrepende.”
(Leonardo da Vinci)*

RESUMO

O presente trabalho busca mostrar de quem é a responsabilidade diante do dano causado, em casos de extravio de bagagens em viagens aéreas internacionais, já que, quando uma pessoa física ou jurídica causa um prejuízo, ou seja, um dano, a outrem, este deve ser reparado, sendo o dano tanto material quanto moral. O dano material é bem mais fácil de ser percebido, vez que são feitos cálculos de acordo com aquilo que a pessoa perdeu, porém, os danos morais já não são tão fáceis assim, visto que, uma vez que se perca um compromisso importante pelo motivo do transtorno que o extravio causou, difícil fica de verificar qual foi o tamanho, em dinheiro, do dano. Apesar do Código de Defesa do Consumidor abordar o assunto, se faz necessário mostrar que quando houver extravio de bagagens em viagens aéreas internacionais, o tema será discutido e analisado tendo como base os tratados internacionais, os quais também abordam o assunto, porém, de forma mais específica, utilizando-se da regra de que a norma mais específica prevalece sobre a geral.

Palavras-chave: Dano, Consumidor, Transporte Aéreo Internacional, Código de Defesa do Consumidor, Tratados Internacionais.

ABSTRACT

The present work seeks to show who is responsible for the damage caused in cases of loss of baggage in international air travel, since when a physical or legal person causes a loss, that is, damage to another, this should be repaired, both material and moral damage. The material damage is much easier to perceive, since calculations are made according to what the person lost, but the moral damages are not so easy since, once a major commitment is lost for the reason disorder that caused the loss, it is difficult to verify what was the size, in cash, of the damage. Although the Consumer Defense Code addresses the issue, it is necessary to show that when there is a loss of baggage in international air travel, the topic will be discussed and analyzed based on international treaties, which also address the issue, but more specific, using the rule that the more specific standard prevails over the general one.

Keywords: Damage, Consumer, International Air Transport, Consumer Protection Code, International Treaties.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB/88 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP Código Penal

TJ-DF Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJ-RS Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TRF Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL | 12 |
| 2.1 CONCEITO | 12 |
| 2.2 ELEMENTOS | 13 |
| 2.2.1 Ação e Omissão | 13 |
| 2.2.2 Dano | 14 |
| 2.2.3 Nexo de causalidade | 15 |
| 2.3 MODALIDADES | 16 |
| 2.3.1 Objetiva | 16 |
| 2.3.2 Subjetiva | 18 |
| 2.4 OBJETIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL (REPARAÇÃO) | 19 |
| 2.4.1 Dano emergente | 20 |
| 2.4.1.1 Dano material | 21 |
| 2.4.1.2 Dano moral | 22 |
| 2.4.2 Lucro cessante | 23 |
| 3 DOS TRATADOS E DAS RELAÇÕES DE CONSUMO | 25 |
| 3.1 DOS TRATADOS | 25 |
| 3.1.1 Conceito | 25 |
| 3.1.2 Etapas: da celebração à vigência..... | 26 |
| 3.1.3 Hierarquia no direito brasileiro | 31 |
| 3.1.3.1 Lei ordinária | 32 |
| 3.1.3.2 Emenda Constitucional art. 5º, §3º CF | 33 |
| 3.2 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR | 33 |
| 3.2.1 Conceito de relações de consumo | 34 |
| 3.2.2 Garantia Constitucional | 36 |
| 3.2.3 Conceito de prestação de serviços: art. 2º, CDC | 37 |

| | |
|--|-----------|
| 3.2.4 Da possibilidade de indenização por danos morais no CDC | 37 |
| 3.2.5 Da hipossuficiência | 39 |
| 4 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR VERSUS CONVENÇÕES DE MONTREAL E DE VÁRSÓVIA..... | 43 |
| 4.1 DO JULGAMENTO PELO STF | 43 |
| 4.2 DO RE 636.331 | 44 |
| 4.3 DO ARE 766.618..... | 47 |
| 4.4 DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS | 48 |
| 4.4.1 Da convenção de Montreal..... | 50 |
| 4.4.2 Da convenção de Varsóvia | 53 |
| 4.4 PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE | 55 |
| 4.5 DA RECIPROCIDADE..... | 55 |
| 4.6 DOS ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS | 57 |
| 5 CONCLUSÃO | 59 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 60 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre o extravio de bagagens em aeroportos, em casos de viagens internacionais, tendo como objetivo discutir, analisar e mostrar o que acontece após o extravio, de quem é a responsabilidade, como deve-se proceder quando ocorre tal fato, se há ou não a possibilidade ou até mesmo o dever de indenizar a vítima, etc.

O primeiro capítulo tem como base mostrar, a princípio, para que se possa entender melhor sobre o tema abordado, o conceito de responsabilidade civil, ou seja, mostrará que para que haja responsabilidade civil para determinada parte, se faz necessário que haja um dano, vez que pode haver responsabilidade sem culpa, porém não pode haver responsabilidade sem dano, como se verificará no decorrer da leitura do trabalho em questão. Bem como irá ser abordado sobre o nexo de causalidade, ou seja, explicar-se-á a importância do nexo de causalidade em cada caso concreto, já que deve haver uma ligação entre o fato ocorrido e o motivo pelo qual lhe deu causa. Será abordado também, os tipos existentes de dano, bem como se analisará a possibilidade de reparação desse dano, se há dever de reparar/indenizar a vítima, ou seja, quem sofreu o dano.

No segundo Capítulo, será debatido um pouco sobre os tratados internacionais, falando um pouco sobre cada um deles, quais sejam: Tratado de Varsóvia, Tratado de Viena e Tratado de Montreal, bem como será explanado a respeito de suas etapas.

Também será explanado a respeito do Código de Defesa do Consumidor, já que o assunto em questão é exatamente este, debater sobre o que prevalecerá quando houver extravio de bagagem em aeroportos: os tratados ou o Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o terceiro e último capítulo, trará alguns julgados, mostrando argumentos favoráveis e argumentos desfavoráveis em relação ao assunto abordado, fazendo com que se possa entender um pouco melhor sobre o tema em casos concretos, verificando de quem será a responsabilidade, portanto, no caso do extravio de bagagens em viagens nos aeroportos, se o assunto será analisado com base nos tratados ou no Código de Defesa do Consumidor.

2.DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 CONCEITO

A responsabilidade civil prevê a obrigação de reparar o prejuízo independentemente de culpa ou dolo do agente. Descreve (COELHO, 2010, 268) sobre:

A responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência de ato ilícito do devedor ou de fato jurídico que o envolva. Classifica-se como obrigação não negocial.

Ou seja, conforme a citação acima, evidente fica a necessidade de e a obrigação de reparar um dano causado em detrimento do prejuízo causado a terceiros tendo a obrigação de indenizar o ato causado. Discorre, ainda, Gagliano & Pamplona (2009, p. 9) sobre o conceito de responsabilidade civil:

De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar).

Trazendo esse conceito para âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil derivada da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas.

Existem, para o doutrinador, práticas de medidas para reparar o dano causado a terceiros, que buscam a reparação para obter equilíbrio entre as partes lesadas assumindo as conseqüências que este dano tenha causado.

Conceitua VENOSA (2011, p.1) responsabilidade civil:

[...] buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

Descreve o doutrinador Cavalieri Filho (2012, p. 2), que a “essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela

engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem”.

No que tange ao efeito da responsabilidade civil pode ser considerado como o dever de reparação, assumindo as consequências que este dano tenha causado que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros.

2.2 ELEMENTOS

2.2.1 Ação e Omissão

A conduta é gênero de que são espécies a ação e a omissão dano são na maioria das vezes cometidas por uma ação que se originam de um fazer, ou seja, um movimento corpóreo comissivo, uma ação voluntária que causa um prejuízo, dano ou lesão a alguém.

Gagliano & Pamplona (2009, p. 9) asseveram sobre o dispositivo legal que:

Ao consultarmos art. 186 do Código Civil (art.159, CC-16), base fundamental da responsabilidade civil, consagradora do princípio de que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem (*neminem laedere*), temos que: art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Conforme mencionado pelos doutrinadores sobre o dispositivo legal, que ação ou omissão do agente a responsabilidade pode derivar de ato e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Dispõe Cavalieri Filho (2010, p.24) que:

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. Ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo. A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o

seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer.

Mediante a conduta exterioriza ação ou omissão que conseqüências jurídicas pelos atos que possa lesar alguém.

Para Noronha (2007, p. 469) ação e omissão:

O fato humano consistirá na maioria das vezes numa conduta comissiva (ação), mas também pode acontecer ser uma omissão. A ação ou omissão pode ou não resultar de culpa da pessoa que estiver envolvida, mas isto é questão que diz respeito a outro pressuposto da responsabilidade, o nexo de imputação. Quanto ao fato natural, considerado independentemente de qualquer ação ou omissão que pudesse influir, obviamente ele é independente de culpa.

Entende-se ação ou omissão pode ser toda causa ou condição do evento e também atos conscientes ou não, no qual resulta culpa da pessoa mediante ação e a omissão são formas de conduta material da vontade humana.

2.2.2 Dano

Pode-se dizer que dano, é todo e qualquer prejuízo causado por alguém, em outra pessoa, seja ele um dano material ou moral. Uma vez causado o dano, este deve ser reparado, indenizado.

Descreve Venosa (2011, p.39) que:

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico ou não. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano.

Entende-se que o dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo moral ou material, patrimonial ou extrapatrimonial, se ato ilícito ocasionar o dano.

Discorre doutrinador Sampaio (2003, p.99):

Os prejuízos suportados foram vinculados à determinada causa necessária (ação ou omissão, incluindo-se a inexecução da obrigação por parte do devedor). Isto é, dispõe o artigo 403 Código Civil o seguinte: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo no disposto na lei processual.

A obrigação de reparar danos no que determina a quantia indenizatória, tem a forma de não proporcionar lucros cessantes a vítima, mas deve ser uma quantia satisfatória, que corresponda exatamente ao prejuízo sofrido.

Conforme ensinam Gagliano & Pamplona (2009, p. 35):

Indispensável a existência de dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil. Mesmo em se tratando de responsabilidade contratual, o comportamento da parte inadimplente que deixa de cumprir obrigação convencionalizada carrega em si a presunção de dano.

Ou seja, deve necessariamente haver um prejuízo ou um dano para que se configure a responsabilidade civil, no entanto não se faz necessária a culpa, já que independentemente de haver ou não a culpa, uma vez havendo dano, este deverá ser reparado.

2.2.3 Nexos de Causalidade

A relação de causalidade entre o dano e a conduta ilícita do agente. Se houver dano, mas sua causa não estiver relacionada com o comportamento do agente, não haverá obrigação de indenizar

Na esteira de seus ensinamentos Venosa (2011, p. 56):

Conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos que foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal.

Entende-se, assim, que deve haver sempre o nexo causal, ou seja, a ligação entre a conduta do agente e o resultado danoso. Só assim pode-se encontrar o causador do prejuízo, de forma que o nexo de causalidade, portanto, é indispensável.

Discorre Rodrigues (2002, p. 17) em seus ensinamentos:

Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou de determinado fato, comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela deverá ser julgado improcedente.

Diante do exposto a obrigação de indenizar, em norma, não supera os limites descritos pela causalidade entre ação ou omissão, mas a indenização do dano poderá resultar de fato como sua consequência entre conduta culpável do agente e o dano provocado.

Para o doutrinador Noronha (2007, p. 475):

O nexo de causalidade é o elo que liga o dano ao fato gerador, é o elemento que indica quais são os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado. Causa de um dano só pode ser um fato que tenha contribuído para provocá-lo, ou para agravar os seus efeitos; tudo parece simples, mas não é: na responsabilidade civil, o nexo causalidade é talvez o requisito que mais dificuldades suscita.

E, ainda, complementa Fiúza (2010, p. 744), que nexo causal é a relação de causa e efeito entre a conduta culpável do agente e o dano por ela provocado. O dano deve ser fruto da conduta reprovável do agente. Não havendo essa relação, não se pode falar em ato ilícito.

Conforme o art 186 do Código Civil: Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

2.3 MODALIDADES

2.3.1 Objetiva

Responsabilidade Civil Objetiva está vinculada à Teoria do Risco, na qual aquele que, através de sua atividade ou conduta, cria uma situação de risco de dano para outrem, deve ser obrigado a repará-lo, bastando a simples ocorrência, sem cogitação de intenção do agente, ou seja, é suficiente que seja necessário investigar se o agente praticou um ato ilícito.

Discorrem a respeito da Responsabilidade Civil Objetiva Gagliano & Pamplona (2009, pp. 14 e 15) que:

[...] não é necessário sequer ser caracterização da culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de “responsabilidade civil objetiva”. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

As teorias objetivistas procuram reparar o dano pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes da atividade exercida pelo agente, havendo diversas disposições esparsas que procuram reparar o que as contemplam, tendo a obrigação de reparar os danos que daí decorrem.

O presente dispositivo legal define a responsabilidade civil objetiva no parágrafo único do art. 927 Código Civil (BRASIL, 2002):

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

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

Como já deve ter observado, o sistema material civil brasileiro o adota originalmente a teoria subjetivista conforme correspondente ao art. 186 do Código Civil de 2002, que fixa a regra geral da responsabilidade civil. As teorias objetivas, por sua vez, não foram de todo abandonadas, havendo diversas disposições esparsas que as contemplam.

Conforme entendimento de Noronha (2007, p.484):

A responsabilidade civil objetiva, ou pelo risco, é obrigação de reparar danos, independentemente de qualquer ideia de dolo ou culpa. Ela nasce da prática de fatos meramente antijurídicos, geralmente relacionados com determinadas atividades (e por isso ainda sendo riscos de atividades

“normalmente desenvolvidas pelo autor do dano” Cód. Civil, art. 927, parágrafo único). Como sabemos a antijuridicidade é dado de natureza objetiva: existe sempre que o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao direito, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente ser referido a alguém.

Define o doutrinador, que a ideia de dolo ou culpa está atrelada ao fato da ação, omissão, no qual aquele que, através de sua atividade ou conduta, cria uma situação de risco de dano para outrem, deve ser obrigado a repará-lo, porventura também possa estar presente ser referido a alguém.

Nessa esteira Venosa (2011, p. 13) comenta que:

Na responsabilidade objetiva, há, em princípio, pulverização do dever de indenizar entre um número amplo de pessoas. A tendência prevista é de que no contrato de seguro se encontrará a solução para a amplitude de indenização que se almeja em prol da paz social. Quanto maior o número de atividades protegidas pelo seguro, menor será a possibilidade de situações de prejuízo restarem irressarcidas.

Menciona o interesse em indenizar em sentido amplo o qual almeja à tutela do interesse da coletividade, visando assegurar o direito à reparação se comprovado o dano através de sua atividade ou conduta, se esta cria uma situação de risco de dano para outrem, deve ser obrigado a repará-lo, bastando a simples ocorrência.

2.3.2 Subjetiva

Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isso.

A Responsabilidade Civil subjetiva é a proveniente do dano causado em função de ato doloso (com dolo, com vontade, com intenção) ou culposo (sem dolo, sem vontade, sem intenção). Gagliano & Pamplona (2009, pp. 13 e 14) esclarecem que:

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos. [...] A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuique sua culpa nocet*. Por caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu. Todavia, há situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi causado diretamente por ele mas sim por um terceiro com quem mantém algum tipo de relação jurídica.

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuiquesua culpa nocet*. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu.

Todavia Venosa (2011, p. 25) entende na responsabilidade subjetiva, o centro de exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito.

Como observa a doutrinadora Diniz (2016, p. 71):

Na responsabilidade subjetiva o ilícito é o seu fato gerador, de modo que o imputado, por ter-se afastado do conceito de *bonus pater familias*, deverá ressarcir o prejuízo, se provar que houve dolo ou culpa na ação. A responsabilidade será individual, podendo ser direta ou indireta. Será direta quando o agente responder por ato próprio. Será indireta, apenas nas situações previstas em lei, nas quais se admite culpa presumida *júris et de jure*, operando-se, conseqüentemente, conforme o caso, a inversão do *ônus probandi*, ou ainda, gerando responsabilidade civil objetiva (CC, art.933).

Todavia, há situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi causado diretamente por ele, mas sim por um terceiro com quem mantém algum tipo de relação jurídica.

Dispõe Cavalieri Filho (2015, p. 35) que versa os pressupostos apresentados, da maneira de encarar o dano. Conceitua o autor que “há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade”. Sendo indispensável a prova do agente causador do dano.

2.4 OBJETIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL (REPARAÇÃO)

2.4.1 Dano emergente

Mensuração do dano emergente consiste déficit real e efetivo de diminuição do patrimônio do lesado.

Para Gagliano & Pamplona (2012, p. 41):

Dano emergente corresponde ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, “o que ela perdeu”. [...] claro está que o dano emergente e os lucros cessantes devem ser devidamente comprovados na ação indenizatória ajuizada contra o agente causador do dano, sendo de bom alvitre exortar os magistrados a impedirem que vítimas menos escrupulosas, incentivadoras da famigerada “indústria da indenização”, tenham êxito em pleitos absurdos, sem base real, formulados com o nítido propósito, não de buscar ressarcimento, mas de obter lucro abusivo e escorchante.

Conforme o doutrinador o dano emergente deve ser comprovado para ações de ressarcimento, o qual busca indenizar sem lucro abusivo e sim reparar o dano causado.

Comenta Venosa (2011, p. 44) que:

O dano emergente, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu. Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos. Em um abaloamento de veículo, por exemplo, o valor do dano emergente é o custo para repor a coisa no estado anterior: Será o veículo, se a perda for total.

No que tange ao dano emergente há diminuição de patrimônio por parte da vítima através de dados concretos para que possa ser ressarcido o valor do dano e mensurado o custo para repor a coisa no estado anterior.

Descreve o art. 402 CC (BRASIL, 1988), “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”. O dano emergente caracteriza-se como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu.

E, ainda complementa Cavalieri Filho (2010, p. 74) sobre:

O dano emergente, também chamado positivo, este, sim, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito.

[...]

A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito.

Entende-se que o dano emergente mensura a perda pecuniária real que a pessoa sofre com o perecimento da coisa ou por inexecução da obrigação de outrem que corresponde à diminuição patrimonial.

2.4.1.1 Dano material

Dano causado ao bem jurídico de valor econômico. Pode ser uma agressão diretamente à vítima e com isso, causar despesas médicas ou uma avaria a um bem que faz parte do seu patrimônio.

Expõem em seu entendimento Venosa (2011, p. 332) sobre:

A indenização em geral, por danos materiais ou não, possui em si própria um conteúdo que extrapola, ou mais propriamente, se desloca da simples reparação de um dano. Costumamos afirmar que a indenização, qualquer que seja sua natureza, nunca representará a recomposição efetiva de algo que se perdeu, mas mero lenitivo (substitutivo, diriam os mais tradicionalistas) para a perda, seja esta de cunho material ou não.

Conforme explanado que a indenização mede-se pela extensão do dano para a perda, seja esta de cunho material ou não.

Explica Noronha (2007, p.557) sobre a expressão "dano material" que:

Fala-se em danos a coisas, ou danos materiais, quando se atingem objetos do mundo externo (objetos materiais ou coisas incorpóreas). A expressão dano material é, todavia equívoca, devido a ser frequentemente usada como sinônima de "dano patrimonial", que é realidade diversa: como veremos melhor nas duas seções seguintes, existem danos patrimoniais ligados a ofensa à pessoa e ainda existem danos extrapatrimoniais resultantes de lesões a coisas (ainda eu neste caso tais danos se traduzam em reflexos anímicos para as pessoas ligadas a essas coisas, e portanto, em danos ainda pessoais).

A classificação é fundamental, porque mostra todos os prejuízos resultantes de lesões materiais que dividem-se em patrimonial e extrapatrimonial, sua distinção entre lesões a pessoas e às coisas.

E, ainda Cavalieri Filho (2010, p. 73) entende que:

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. [...] o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento. Por isso, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.

Conforme mencionado pelo doutrinador o dano patrimonial é o que diminui o patrimônio da vítima, não apenas o patrimônio já existente, mas também o que está por vir, quando se trata por exemplo de dano emergente ou lucro cessante, quando o indivíduo deixa de ganhar.

2.4.1.2 Dano moral

Danos morais consistem em perdas sofridas por uma agressão moral e à dignidade das pessoas, caracterizados como uma ofensa à reputação da vítima no qual verifica-se a indenização quanto à valoração.

Para Gagliano & Pamplona (2009, p. 55):

Dano moral consiste na lesão de direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade) violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

No que se refere ao dano moral a lesão com ofensa pode haver dor, vexame que sujeita a devida reparação onde o juiz a fixará analisando a extensão do dano.

Conforme versa Venosa (2011, p. 45):

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de estabelecer a justa recompensa pelo dano.

O dano moral pode ser entendido, assim, como aquele em que a pessoa sofre um prejuízo ao qual o dinheiro não pode pagar, ou não pode compensar, como por exemplo quando relaciona-se com a honra e a boa fama do indivíduo, ou como no presente trabalho, uma pessoa perde uma viagem importante, ou chega atrasada para um compromisso inadiável, por exemplo, são casos em que o dinheiro não pode pagar ou reparar totalmente, porém deve ser feito um cálculo justo para que esse dano seja ao menos amenizado, diminuído.

Na mesma esteira o doutrinador Fiuza (2010, P. 740) entende que:

O dano moral consiste em constrangimento que alguém experimenta, em consequência de lesão a direito personalíssimo, como a honra, a boa fama etc., ilicitamente produzida por outrem. Aqui não se fala em indenização, mas em compensação. Se dúvida havia em relação ao dano moral e sua compensabilidade, a Constituição sanou-a, ao admitir, expressamente, no art.5º, V, a indenização por danos morais.

Para o doutrinador o dano moral pode resultar em indenização ou compensação expressa na Constituição, onde toda a pessoa que sofre um dano moral poderá ensejar ação na Justiça, em busca de indenização, desde que tenha como comprovar o dano.

2.4.2 Lucro cessante

As perdas e danos abrangem tudo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar em razão da conduta do agente.

Dispõem Gagliano & Pamplona (2009, p. 41) que:

Os lucros cessantes, correspondente àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, “o que ela não ganhou”. [...]

A expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar”, constante do art.1059 do código civil, deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que obteria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes. (Acórdão da lavra do culto Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no Resp. 320417/RJ, DJ de 20-05-2002).

Os lucros cessantes apenas repõem no patrimônio do credor os mesmos ganhos que teria na hipótese de adimplemento da obrigação o que a vítima deixou de ganhar.

Para Venosa (2011, p. 45):

O lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano.

O lucro cessante consiste na frustração de um ganho que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. No qual o dano do valor deverá ser reembolsado ao prejudicado o valor equivalente ao dano.

Todavia Cavalier Filho (2010, p. 74):

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode ocorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessão dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.

Portanto o lucro cessante é a consequência futura de um fato já ocorrido, serve também exclusivamente à recomposição patrimonial da vítima. Seu pagamento não pode ocasionar, contudo o enriquecimento indevido do credor à custa do devedor.

Portanto, diante das informações expostas, pôde-se verificar que diante de um dano causado a um terceiro, independentemente de culpa o dano deve ser reparado, tendo ainda obrigatoriamente que ocorrer um nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Não se admitindo o locupletamento da vítima diante do autor do fato, o dano deve ser reparado no montante que causou o prejuízo a outrem.

3. DOS TRATADOS E DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Diante de diversos conflitos entre os consumidores e as companhias aéreas internacionais foi necessário a criação de uma norma que regulamentasse a situação diante da hipossuficiência dos consumidores e dos grandes prejuízos das empresas aéreas, dessa forma surgiu os tratados internacionais que por meio da ponderação visam compor os conflitos, para melhor compreensão, se faz necessário o estudo dos tratados.

3.1 DOS TRATADOS

3.1.1 Conceito

Conforme a Convenção de Viena referente ao Direito dos Tratados, de 1996, aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº496, de 17 de julho de 2009, em seu artigo 2º, alínea "a": "tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica", ainda, para Mazuolli (2013, p.186 e 187):

Tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

Esta definição de tratado na Convenção de 1969 está colocada, como não poderia deixar de ser, em termos eminentemente formais, sem levar em consideração o conteúdo ou a natureza das disposições convencionais. Assim, à luz do Direito Internacional Público o tratado nada mais é do que um instrumento de veiculação de regras jurídicas.

Dessa forma, nítida fica a importância dos tratados de forma geral, visto que se está diante da principal fonte do direito internacional, vez que representa a vontade das organizações Internacionais, é o que determina o artigo 11, da Convenção de Viena: "O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do

tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim for acordado”, partindo desta premissa, os participantes dos tratados serão regulamentadas em determinadas ocasiões por uma mesma norma jurídica, essa norma só recai aos sujeitos que aceitam fazer parte do tratado, uma vez que é um acordo firmando entre os envolvidos, um belo exemplo da democracia, conforme o que o texto acima demonstrou. Ainda, segundo Varella (2011, p.37):

O direito internacional é construído sobre a noção fundamental do consentimento dos Estados. Os Estados ou Organizações Internacionais não são obrigados a assinar ou ratificar os tratados. Eles o fazem como manifestação de seu poder soberano.

Ou seja, cada estado adotará ao seu ordenamento o que julgar pertinente, daí se entende a relevância do consentimento.

3.1.2 Etapas: da celebração à vigência

Conforme a Convenção de Viena, tratado internacional é:

“tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica

Já para Rezek (1989, p.14): "Tratado é o acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos"

Diante do exposto acima, fácil fica perceber que para celebrar um tratado se faz necessário o acordo mútuo entre os envolvidos, esse acordo deve ser formal, conforme Rezek, e realizado entre os Estados e regido pelo direito internacional, ou seja, para ter validade um tratado, deve ser firmando por livre vontade dos sujeitos envolvidos.

Segundo a Constituição Federal em seu artigo 84, inciso VIII, o ato de celebrar tratados, convenções, atos internacionais é competência privativa do Presidente da República, devendo passar pelo referendo do Congresso Nacional, para decidir concretamente sobre os acordos, tratados e atos internacionais.

Porém, para entrar em vigência um tratado se faz necessário respeitar um trâmite legal, conforme dispõe Mello (2004, p.108):

O tratado internacional, no seu processo de conclusão, atravessa diversas fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Cada uma dessas fases possui normas próprias e características específicas. E completa que em sentido estrito, os tratados possuem uma conclusão mediata com as seguintes fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, registro e publicação, e existe neles uma unidade de instrumento jurídico.

Dessa forma, se faz necessário entender cada fase da elaboração de um tratado até chegar em sua vigência, pois bem, de início, como acima citado, temos a negociação, que segundo a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 84, traz que “compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Ainda, no artigo 21, da Magna Carta, diz que: Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; dessa forma, tem o presidente da república o poder de agir em nome do Estado, nas relações internacionais. Porém, segundo Varella (2011, p.64):

Por celebrar tratados, deve-se entender todo o processo de negociação, até mesmo a assinatura, quando esta não for suficiente para engajar definitivamente o tratado. Somente pode ratificar o tratado após a autorização do Congresso Nacional.

Portanto, mesmo sendo o Presidente da República o titular para tratar de relações internacionais, segundo a Constituição Federal, é imprescindível o parecer final do Poder Legislativo

Ainda, é cabível a delegação do poder de negociar as convenções internacionais pelo Presidente da República, porém só para as pessoas específicas, visto que estas irão representar aquele, sendo elas: os Chefes de Missões Diplomáticas, sob a responsabilidade do Ministério das Relações Exteriores, retirando esse dever de negociação do Chefe do Estado. É o que determina o Decreto-lei 9.121 de abril de 1946, em seu artigo 2º.

Após a negociação vem a assinatura, que significa a manifestação de consentimento, prevista no artigo 11 da Convenção de Viena, qual seja:

O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do

tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado.

Na sequência, conforme prevê o artigo 10 da Convenção de Viena

O texto de um tratado é considerado autêntico e definitivo:

- a) mediante o processo previsto no texto ou acordado pelos Estados que participam da sua elaboração; ou
- b) na ausência de tal processo, pela assinatura, assinatura ad referendum ou rubrica, pelos representantes desses Estados, do texto do tratado ou da Ata Final da Conferência que incorporar o referido texto.

Assinado o tratado pelo Presidente da República, e na sequência ser aprovado pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, o próximo passo é a ratificação do tratado.

Vale ressaltar que, conforme o artigo 49, inciso I, da CF/88: É da competência exclusiva do Congresso Nacional: “I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional ”. Dessa, é imprescindível a aprovação do Congresso Nacional, para que o tratado possa seguir adiante.

Ato contínuo, conforme o artigo 14, da Convenção de Viena:

1. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela ratificação:
 - a) quando o tratado disponha que esse consentimento se manifeste pela ratificação;
 - b) quando, por outra forma, se estabeleça que os Estados negociadores acordaram em que a ratificação seja exigida;
 - c) quando o representante do Estado tenha assinado o tratado sujeito a ratificação; ou
 - d) quando a intenção do Estado de assinar o tratado sob reserva de ratificação decorra dos plenos poderes de seu representante ou tenha sido manifestada durante a negociação.
2. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela aceitação ou aprovação em condições análogas às aplicáveis à ratificação.

Dessa forma, os tratados só serão válidos e obrigatórios no âmbito internacional, após sua ratificação. Aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República, na sequência ratificação, o tratado terá efeitos jurídicos também no âmbito interno.

Depois da ratificação é de suma importância a promulgação do tratado, que segundo Medeiros (1995, p. 470): “depois de ratificado devidamente, o

ato internacional precisa ser promulgado pelo presidente da República e só então se incorpora à legislação interna brasileira”. É o entendimento do STF, no julgamento da Carta Rogatória nº 8.279, em que determinou Celso de Melo, ministro relator o seguinte:

MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA - DENEGAÇÃO DE EXEQUATUR - PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) - INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL - ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL - PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA - AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A RECEPÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DOS ACORDOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL ESTÁ SUJEITA À DISCIPLINA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA . - A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do iter procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos - inclusive daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL - concluídos pelo Estado brasileiro. Precedente: ADI 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO . - Embora desejável a adoção de mecanismos constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, esse é um tema que depende, essencialmente, quanto à sua solução, de reforma do texto da Constituição brasileira, reclamando, em consequência, modificações de jure constituendo. Enquanto não sobrevier essa necessária reforma constitucional, a questão da vigência doméstica dos acordos celebrados sob a égide do MERCOSUL continuará sujeita ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL) . - A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno [...].

(STF - CR-AgR: 8279 AT, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 17/06/1998, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 10-08-2000 PP-00006 EMENT VOL-01999-01 PP-00042)

Pode-se concluir, dessa forma que não havendo o Decreto de promulgação do Presidente da República, os tratados firmados pelo Brasil não se mostram aptos a produzir efeitos algum no âmbito nacional, mesmo que ratificados no plano internacional, uma vez que não são validos no direito interno brasileiro.

Por fim, a publicação do tratado é condição necessária para que o acordo tenha aplicabilidade e eficácia no ordenamento jurídico do Estado Membro, devendo ser publicado no Diário Oficial da União o texto na integra do tratado, ainda o Decreto Presidencial, é o que determina o art. 80 da Convenção de Viena:

Art. 80 Registro e Publicação dos Tratados:

1. Após sua entrada em vigor, os tratados serão remetidos ao Secretariado das Nações Unidas para fins de registro ou de classificação e catalogação, conforme o caso, bem como de publicação
2. A designação de um depositário constitui autorização para este praticar os atos previstos no parágrafo anterior.

Ainda, seguindo os preceitos do art. 102 da Carta da ONU:

1. Todo tratado e todo acordo internacional, concluídos por qualquer Membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta, deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pelo Secretariado.
2. Nenhuma parte em qualquer tratado ou acordo internacional que não tenha sido registrado de conformidade com as disposições do parágrafo 1º deste Artigo poderá invocar tal tratado ou acordo perante qualquer órgão das Nações Unidas. ”

Dessa sorte, conclui-se que no Brasil, obrigatoriamente há 4 fases para a validação dos Tratados:

| | | | | |
|--------------------------|---|--|-------------|-------------------------------------|
| Negociação assinatura | + | Aprovação do Congresso Nacional | Ratificação | Publicação no Diário Oficial. |
|--------------------------|---|--|-------------|-------------------------------------|

Fonte: A autora

Fases essas que devem ser respeitadas, caso contrário não poderá o tratado ter validade no âmbito nacional, vez que são requisitos essenciais para a criação e aplicação de uma norma internacional no âmbito nacional, sendo um processo burocrático.

3.1.3 Hierarquia no Direito Brasileiro

Quando se depara com o tema Leis brasileiras e tratados, sempre surge a dúvida de qual norma prevalece quando ocorre conflito entre elas, segundo Varella (2011, p.87 e 88):

No Brasil, os tratados em geral têm força de norma infraconstitucional. Os tratados de direitos humanos, em particular, quando aprovados na forma de projeto de emenda constitucional, têm força de norma constitucional. A identificação da prevalência do tratado sobre outra norma de direito interno deve portanto, ser verificada em função da natureza do tratado, do modo de internalização, de sua coerência com o direito constitucional e em relação a existência ou não de normas infraconstitucionais posteriores aos tratados Assim:

- a) Tratados em geral revogam as normas de direito interno anteriores que lhes sejam contrárias;
- b) Tratados de direitos humanos, ratificados de acordo com o mesmo procedimento para aprovação de emenda constitucional, prevalecem sobre outras normas internas, mesmo posteriores, e somente poderão ser modificados por outras emendas constitucionais ou tratados da mesma natureza, desde que ratificados de acordo com o mesmo procedimento.

Ainda, conforme Mazzuoli (2013, pp.134 e 135) hierarquia entre costumes e tratados internacionais:

Não há diferença hierárquica entre os costumes e os tratados internacionais. O tratado em vigor é apto para derogar entre as partes que o concluem, certa norma costumeira anterior, na mesma proporção que o costume superveniente pode derogar norma proveniente de tratado (caso que normalmente se fala que o tratado caiu em desuso, por não ser mais observado ou por não mais satisfazer às necessidades correntes). Assim, se é certo que tanto os tratados como os costumes têm uma posição proeminente sobre as demais fontes do Direito Internacional Público, não é menos certo que ambos (tratados e costumes) desfrutam de idêntica autoridade nas ordens interna e internacional.

Portando, pode-se concluir que os tratados quando firmados, vêm para contribuir, melhorar e acrescentar no ordenamento jurídico pátrio, de uma forma geral, e quando em confronto com uma norma interna, logo irá prevalecer o tratado, este revogará a norma interna em contrário.

Visto que o tratado ratificado e internalizado pelo Brasil acaba integrando o direito interno, devendo ser respeitado como se fosse qualquer norma infraconstitucional. Porém, há exceções, quando a lei nacional for mais benéfica ao autor que o tratado, neste caso aplica-se a norma nacional. Resumidamente, havendo uma norma e um tratado específico, prevalece o tratado.

Porém, o tratado não pode ir contra um dispositivo constitucional, uma vez incorporados no ordenamento pátrio, os tribunais podem apreciar sua constitucionalidade, por meio do controle concreto e abstrato, ou por vício material e formal, vez que um tratado pode ser constitucional em um país e ser inconstitucional para o Brasil.

3.1.3.1 Lei Ordinária

Conforme a emenda constitucional de nº45, de 8 de dezembro de 2004, adicionou um terceiro parágrafo ao artigo 5º, estabelecendo que caso o tratado ou convenção de direitos humanos venha a ser aprovada pelo Congresso Nacional com o mesmo procedimento das emendas constitucionais, terão o mesmo valor delas.

Dessa forma, os tratados internacionais possuem status de uma lei ordinária, em contrapartida os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, caso aprovados nas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros, terão valor de emendas constitucionais.

Conforme o entendimento da Corte Suprema brasileira, reconhece os tratados como direito ordinário, diante da jurisprudência atual do STF pode-se afirmar essa condição de equivalência de lei ordinária.

Vem com exceção a essa regra o Direito Tributário, no seu artigo 98 do CTN, em que diz que os tratados de direito tributário possuem valor supralegal.

3.1.3.2 Emenda Constitucional art. 5º, §3º CF

Conforme o § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, juntamente com a Emenda Constitucional nº: 45, informou o caminho a seguir, veja-se: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes as emendas constitucionais”.

Perante tal posicionamento, tem-se que os tratados e convenções internacionais referentes aos direitos humanos e que tenham sido aprovados respeitando as formalidades inerentes, serão aplicáveis no âmbito das relações privadas, tem-se por exemplo as relações descritas no Código Civil. É claro que as normas em geral devem se harmonizar entre si.

3.2 Do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor foi criado com objetivo de proteger a parte hipossuficiente da relação jurídica, ou seja, o consumidor, direito este previsto no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal, que determina expressamente: “ O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Ainda, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, em seu artigo 38 diz que: “as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”. Ou seja, pode-se concluir que o Estado tem o dever de proporcionar a proteção ao consumidor, por meio do poder legislativo, tornando-se o garantidor de uma relação que não há igualdade.

Entende-se como relação de consumo aquela em que existem duas partes, ou seja, é uma relação bilateral, quais sejam: consumidor e fornecedor, sendo que também se faz necessário que haja um produto ou serviço a ser negociado/ executado.

Consumidor é aquele que consome algo, que adquire um produto ou um serviço, sendo que o fornecedor, por outro lado, é quem fornece esse produto ou serviço.

Assim, para que se configure uma relação de consumo, deve haver essas duas partes, necessariamente.

Sendo o consumidor a parte vulnerável da relação jurídica, ou seja, a parte mais “fraca”, “frágil”.

De acordo com o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Ou seja, não é somente pessoa física que pode ser considerada como um consumidor, o Código de Defesa do Consumidor estende essa definição às pessoas jurídicas também. Como já dito anteriormente, o consumidor é, assim, aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatário final.

Já o conceito de fornecedor, pode ser encontrado no art. 3º do mesmo Código:

Art .3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Assim como no caso do consumidor, o fornecedor pode ser tanta pessoa física como pessoa jurídica, desde que exerça atividades de produção, construção, montagem, distribuição e etc., de prestação de serviços e produtos.

Conforme explica Nunes (2013, p.135):

O conceito de fornecedor está definido no caput do art. 3º do CDC. A leitura pura e simples desse caput já é capaz de nos dar um panorama da extensão das pessoas enumeradas como fornecedoras. Na realidade são

todas pessoas capazes, físicas ou jurídicas, além dos entes desprovidos de personalidade.

Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.

Assim, pode se encontrar o conceito de fornecedor no caput do art. 3º do CDC. As pessoas enumeradas como fornecedoras se estendem à todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, incluindo os entes desprovidos de personalidade.

São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, como sede ou não no País, as sociedades anônimas, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, etc., sem exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica.

Há também o conceito de produto e de serviços, constantes nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo (3º do CDC) como pode-se verificar: §1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. §2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Conforme comenta Nunes (2013, p.139):

O CDC definiu produto no §1º do art. 3º e, de maneira adequada, seguindo o conceito contemporâneo, em vez de falar em bem ou coisa, como fazia o Código Civil de 1916 e também o de 2002, emprega o termo “produto” (e depois vai falar em “serviço”).

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.).

Pode-se perceber assim, que antigamente, no Código Civil de 1916 e o de 2002 também, empregava-se a palavra bem ou coisa, porém, atualmente o CDC definiu produto de maneira mais adequada, em seu §1º do art. 3º, trazendo um conceito contemporâneo.

Nos dias atuais esse conceito de produto é universal e está ligado a ideia do bem, sendo vantajoso seu uso, vez que o mesmo passa a valer no meio

jurídico e já era usado pelos demais setores no mercado, como o econômico, o financeiro e o de comunicações por exemplo, dentre outros.

Ainda, pode-se analisar o conceito de serviço, trazido por Nunes (2013, p.144):

O CDC definiu serviço no §2º do art. 3º e buscou apresentá-lo de forma a mais completa possível. Porém, na mesma linha de princípio por nós já apresentada, é importante lembrar que a enumeração é exemplificativa, realçado pelo uso do pronome “qualquer”.

Dessa maneira, como bem a lei o diz, serviço é qualquer atividade fornecida ou, melhor dizendo, prestada no mercado de consumo.

Sendo assim, pode-se verificar que o conceito de serviço se encontra no §2º do art. 3º do CDC, buscando se fazer da forma mais completa possível, sendo portanto, qualquer atividade fornecida ou prestada no mercado de consumo

3.2.2 Garantia Constitucional

O direito do consumidor tem como base normativa a Constituição Federal, ou seja, foi aprovado por lei ordinária, segundo Miragem (2013, p.57): “ é fato que, em vista de seu significado global, possui nítida característica de um código”. Dessa forma, colocando em prática os direitos fundamentais. Conforme Miragem (2013, p.58):

O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu artigo 1º, de que se trata de lei de ordem pública e interesse social. Esta sua característica tem fundamento na origem da norma, qual seja, o direito fundamental a uma ação positiva normativa do Estado. Configura-se a norma infraconstitucional, pois na realização da prestação normativa do Estado para proteção do titular do direito, o sujeito consumidor.

Portando, depara-se com o fenômeno da constitucionalização do direito privado, em razão da vulnerabilidade dada ao consumidor. Por se tratar de um direito fundamental, amparado pela Constituição Federal, impossibilita o beneficiário a possibilidade de revogar tal direito.

3.2.3 Conceito de prestação de serviços: art. 2º, CDC

Conforme o artigo 594 do Código Civil, entende-se por prestação de serviço: *Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.*

E ainda, conforme o Art. 605 do CDC: *Nem aquele a quem os serviços são prestados, poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem aprazimento da outra parte, dar substituto que os preste.*

Assim, prestação de serviço é um contrato bilateral, onde deve haver, de um lado, o fornecedor de um produto ou prestador de um serviço, e de outro, o consumidor. De modo que, sem a devida concordância das partes, não pode haver mudanças, como por exemplo transferência de direitos a terceiros, bem como não pode haver transferência a terceiros por parte do executor do serviço.

3.2.4 Da possibilidade de indenização por danos morais no CDC

Na relação de consumo muitas vezes o consumidor acaba sendo lesado materialmente, moralmente ou esteticamente, pela ação ou omissão do fornecedor, vindo a causar este dano a outrem, será responsabilizado.

Ocorrendo efetivamente o dano, o fornecedor terá responsabilidade objetiva, conforme o que leciona o artigo 10 do CDC:

“Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito. ”

Portanto, se o fornecedor sabe que o produto que colocou no mercado poderá apresentar nocividade vindo a prejudicando terceiros, será responsabilizado. Conforme ensina Nunes (2009, p. 168): “Se o fornecedor sabe que o produto ou serviço apresenta alto grau de nocividade ou periculosidade e ainda assim o coloca no mercado, age, então, com dolo. Se devia saber é porque agiu com culpa (negligência imprudência ou imperícia). ” Dessa forma, antes de colocar algum produto no mercado, deve o fornecedor se informar, para não ser responsabilizado por algum dano que venha a causar a terceiro de boa-fé.

O Código Civil, no seu artigo 186 diz que: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Ainda, conforme o artigo 187 do mesmo Código *“Também comete ato ilícito 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 costumes”*. Ou seja, devido a essa hipossuficiência do consumidor a lei criou mecanismos para proteger e garantir os direitos.

Além do dano material que o consumidor possa vir a sofrer e deverá ser reparado, ainda cabe o dano material, que segundo Pereira (1998, p. 40):

É qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, as suas afeições, etc.

Pois bem, conforme as palavras do autor acima citado, configura dano moral o mal causado ao consumidor que ao adquirir um serviço ou produto acabando sendo lesado não apenas financeiramente, mas também emocionalmente, ficando frustrado, causando dor e sofrimento, vindo a abalar sua vida privada, situação essa que deve ser reparada, pois trata-se de ato ilícito.

Para Bittar (1994, p. 24), configura danos morais:

Danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa,

causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim sentimentos e sensações negativas. Contrapõem-se aos danos denominados materiais, que são prejuízos suportados no âmbito patrimonial do lesado. Mas podem ambos conviver, em determinadas situações, sempre que os atos agressivos alcançam a esfera geral da vítima como, dentre outros, nos casos de morte de parente próximo em acidente; ataque à honra alheia pela imprensa; violação à imagem em publicidade; reprodução indevida de obra intelectual alheia em atividade de fim econômico, e assim por diante

Portanto, presente o ato lesivo que causar riscos à saúde ou segurança por meio de produtos e serviços, colocados à disposição ao consumidor, deverá o fornecedor ser indenizado, é o que nos diz o artigo 927 do Código Civil:

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

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

Claro fica, portanto, que quem causar dano a outrem fica obrigado a reparar, medida essa justa, visto que quando uma pessoa de boa-fé sai em busca de um serviço ou produto, dispondo de seu patrimônio para adquirir determinado produto está não deve ser prejudicada, por ser a parte mais fraca da relação, porém ocorrendo o prejuízo fica o fornecedor obrigado a repará-lo, independentemente de sua culpa, é o risco que o mesmo corre.

3.2.5 Da hipossuficiência

Começa aqui com o que determina a magna carta em seu art. 5º, inciso. XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”

Dessa forma, a hipossuficiência está configurada devido ao fato do consumidor ter a necessidades de adquirir algum bem ou serviço, diante disso não há uma paridade na relação, tornando-se vulnerável o consumidor. Segundo (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2013, P.97-98):

Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a

relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Devido ao fato de ser a parte mais vulnerável, o consumidor acaba se tornando hipossuficiente perante o fornecedor. Ocorre que vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência. Segundo Rogerio de Oliveira Souza, desembargador do Rio de Janeiro, em seu artigo, conceitua hipossuficiência, vejamos Souza (2008):

A hipossuficiência possibilita à parte reconhecida como hipossuficiente, o exercício de um “direito básico” do consumidor, qual seja, a inversão do ônus da prova. A hipossuficiência somente tem existência e aplicação em processos judiciais onde se discuta alguma relação de consumo, ou seja, aquela onde estão presentes um “consumidor” (Lei 8.078/90, 2º) e um “fornecedor” (idem, 3º), e o objeto da relação jurídica existente entre os mesmos seja um produto ou serviço oferecido indistintamente no mercado. A hipossuficiência se apreende apenas dentro da relação processual, após a verificação da condição das partes litigantes e do objeto material do litígio; nem todo consumidor é hipossuficiente, embora possa ser “necessitado”; mas o hipossuficiente tem quer ser antes um consumidor.

Dessa forma, a hipossuficiência visa garantir o princípio da igualdade entre as partes no processo, desigualando para igualar, pois uma grande empresa em um polo e um consumidor que mora em um bairro popular em outro polo, obviamente não estão em paridade, necessitando este da proteção do estado.

Em seu trabalho, o desembargador trouxe às espécies de hipossuficiência, sendo elas, Souza (2008): A hipossuficiência deve ser analisada sob três aspectos: a hipossuficiência econômica, a hipossuficiência de informação (ou técnica) e a hipossuficiência jurídica.

Ainda, na mesma linha, Souza (2008) traz que:

A condição de hipossuficiente, em princípio, somente pode ser reconhecida à parte consumidora, se presente esta tripla manifestação, posto que, embora a hipossuficiência econômica possa, na maioria das vezes, ensejar a ocorrência da hipossuficiência técnica e jurídica, tal encadeamento lógico não é inevitável. A parte consumidora pobre, mal informada e má assistida, é evidentemente hipossuficiente, para os fins do art. 6º inc. VIII da Lei 8.078/90 (devendo, então, ser analisada a verossimilhança de sua alegação). A hipossuficiência econômica, por si, garante apenas o reconhecimento da condição de “necessitado”, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei 1.060/50, não sendo bastante para ser considerado hipossuficiente para os fins protetivos do Código do Consumidor. A hipossuficiência jurídica, a seu turno, garante à parte consumidora a intervenção oportuna do Juiz, no sentido de determinar a inversão do ônus da prova, a seu favor, mesmo que não requerida pelo profissional que assiste a assiste.

Claro fica que o consumidor se encontra abaixo do fornecedor, dessa forma é imprescindível a intervenção do Estado nas relações de consumo, devido a grande disparidade entre as partes.

É o que acredita Souza, em sua obra Da inversão do Ônus da prova, (2000, p.85):

Em relação ao elemento consistente na hipossuficiência do consumidor, há de há de se ter em consideração sua realidade social (rectius, econômica), com projeção imediata em suas condições processuais de produzir a prova da alegação. A hipossuficiência, assim, tem origem no reconhecimento da existência de verdadeira desigualdade socioeconômico entre as partes no processo. Esta desigualdade há de ser tal que os meios postos à disposição do consumidor para se desincumbir da produção da prova de sua alegação, se revelarem de difícil aquisição, seja por dificuldade patrimoniais (locomoção, condução de testemunhas, honorários periciais etc.), seja por assistência judiciária desprovida dos mesmos recursos disponíveis à outra parte (contratação de peritos, juntada de documentos, confecção de plantas, visita a locais etc.) A hipossuficiência tem natureza extraprocessual, assentada na realidade socioeconômica do consumidor: reconhece o legislador que o consumidor que integra as camadas populares da sociedade, cujo acesso à justiça é dificultado por diversas circunstâncias que se encontram antes fora do processo, há de receber tratamento diferenciado quanto ao ônus da produção da prova de sua alegação. A hipossuficiência tratada pelo legislador é aquela concernente às condições socioeconômicas do consumidor, gerando impossibilidade ou dificuldades jurídico-processuais no que diz respeito ao ônus probatório.

Como se observa, o Código de defesa do consumidor vem para proteger o consumidor hipossuficiente, logo, não estando presente essa qualidade, é que o nos ensina Souza (2000, p.87):

Logo, se o consumidor, por suas condições intrínsecas (sociais, econômicas e jurídicas) não se apresenta como “vulnerável”, não há de receber o beneplácito legislativo da comodidade probatória. A inexistência da condição de hipossuficiência retira do consumidor o direito ao deferimento do pleito de inversão do ônus da prova.

É o que determina também o art 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: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Dessa, para se aplicar o CDC, (aplicação da inversão do ônus da prova), se faz necessário a vulnerabilidade do consumidor, que será analisada pelo magistrado, não encontrando tal situação, deve ser aplicado o artigo 333 do CPC que é a regra, segundo a qual cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu cabe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Uma vez que o artigo 6º, VIII do CDC, ao autorizar o juiz a inverter o ônus da prova é uma flexibilização da norma geral, mas para que isso ocorra se faz necessários o preenchimento dos requisitos, acima nomeados.

4 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR *VERSUS* CONVENÇÕES DE MONTREAL E DE VÁRSÓVIA

Quando se fala em conflito de Leis ou normas, logo vem em mente que deve-se aplicar a norma mais favorável aos envolvidos, porém não é isso que acontece com o Código de Defesa do Consumidor e os Tratados Internacionais, dessa forma, para melhor compreensão vale a pena analisar um dos recursos que deu ensejo a aplicação da norma ao caso concreto, é o que será exposto a seguir.

4.1 DO JULGAMENTO PELO STF

Em data de 8 de maio de 2014, no Supremo Tribunal Federal, iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 636331, da *Air France*, juntamente com o Recurso Extraordinário com Agravo nº 766618 da, a discussão era qual norma aplicar nos conflitos relacionados a relação de consumo em transporte internacional de passageiros, se prevaleciam as regras estabelecidas nas convenções internacionais, ou o Código de Defesa do Consumidor.

Pois bem, Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre o tema, e decidiu que as convenções internacionais prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor em vigência no Brasil para ações que envolvem companhias aéreas internacionais. O resultado da votação foi de nove votos a favor e dois contrários. Conforme a Revista Consultor Jurídico S/A (2017):

A tese aprovada diz que, “por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.

Os relatores, portanto, entenderam que deve ser adotado o que prevê a Constituição Federal conforme a Emenda Constitucional nº 7/1995:

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.

Para entender melhor o motivo pelo qual foi decidida a prevalência dos tratados internacionais sobre a norma Brasileira, será analisado cada caso separadamente.

4.2 DO RE 636.331

Para compreender melhor o recurso é necessário compreender o motivo pelo qual de gerou o processo. Consultando os autos nº636.331, Recurso Extraordinário, pelo site do STF, verificou-se que Sylvia Regina de Moraes Rosolem propôs uma ação de reparação de danos em face da empresa aérea Air France. A notificante relatou que sua bagagem foi extraviado de sua bagagem, a mesma relatou que procurou reclamou junto ao balcão de atendimento da empresa, mas que restou infrutífera, pois não houve solução do problema. A mesma descreveu nos autos que tentou por diversas vezes contato para que o problema fosse solucionado, porém a empresa não se manifestou, se quer justificou o que teria ocorrido.

Dessa forma a autora entrou com ação de indenização contra a empresa de transporte aéreo, solicitando o ressarcimento no valor de R\$1.165,98 (mil cento e sessenta e cinco reais e noventa e oito centavos) que seria destinado as despesas extras de viagem, bem como ao que diz respeito aos pertences pessoais, valor do conteúdo da mala extraviada no valor de R\$7.171,00 (sete mil cento e setenta e um reais) , por fim a condenação da ré ao pagamento de indenização, a título de danos morais, valor este a ser arbitrado pelo juízo.

Ao ser citada, a ré contestou, suscitando a preliminar de falta de interesse de agir, no mérito solicitou a improcedência do pedido, dizendo que a autora não teria reivindicado a indenização pelo extraviado da bagagem, disse ainda que não teria nenhum dano moral cometido pela empresa aérea que coubesse indenização.

A autora da ação atacou a contestação, e reiterou a procedência do seu pedido, conforme os petítórios da Petição Inicial.

Em audiência de conciliação não houve acordo.

Foi decidido em primeiro grau que seria aplicado a Lei nº 8.078/90-CODECON, diante da relação de consumo, em que nesse caso o fornecedor de serviço responde independentemente da existência de culpa, aos danos que causar aos consumidores, diante da prestação de serviço.

Dessa forma, decidiu o juiz de primeira instancia, conforme a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca da Capital, Processo nº 2006.001.006759-0:

Ante o exposto, com fundamento no art. 269, I, do C.P.C., JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, o pedido autoral e, por conseguinte, condeno a Ré a ressarcir os prejuízos materiais da Autora, no valor equivalente em Reais, ao total de DES (Direitos Especiais de Saque), correspondente ao peso da mala extraviada, conforme estabelece a Convenção de Varsóvia e, na hipótese de não ser alcançado o seu peso, através de documento hábil, fixo em 20kg (vinte quilos) e, ainda, ao pagamento de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), a título de indenização por danos morais, sendo que, deverá ser corrigido monetariamente, desde a data deste decisum e acrescido dos juros legais de 1% ao mês, desde a data da citação até a data do seu efetivo pagamento.

A Ré suportará às custas do processo e a verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o total da condenação, eis que a parte autora decaiu em parte mínima do pedido, o que não enseja sucumbência recíproca.

Retifique-se o polo passivo na D.R.A., para fazer constar SOCIÉTÉ AIR FRANCE, expedindo-se o necessário ofício.

Como se pode ver, em primeira instancia prevaleceu o Código de defesa do consumidor, ou seja, o juiz entendeu que a vítima deveria ser indenizada pelos danos morais que sofreu com todo o transtorno ocorrido, e diante da falta de consideração pela Transportadora.

Ocorre que, a parte ré recorreu da decisão, tendo como relator o ministro Gilmar Mendes, este votou em 2014, pelo provimento do recurso, com o argumento que se tratava de relação de consumo específica, ou seja, transporte internacional de passageiros, e que diante das convenções ratificadas pelo Brasil, estas têm prevalência sobre o Código de Defesa do Consumidor.

Vejamos qual foi a decisão do Recurso Extraordinário nº 636331:

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 210 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, deu provimento ao recurso extraordinário, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das

transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor", vencido o Ministro Marco Aurélio. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder o Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 25.5.2017.

Ou seja, prevaleceram os tratados internacionais sobre o Código de defesa do consumidor. Segundo Gonçalves (2017):

A tese que foi fixada pelo STF é a seguinte: "por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor".

A convenção prevê que o prazo que antes era de 5 (cinco) anos para propor a ação decaiu para 2 (dois), ainda os tratados estabelecem um teto máximo para o valor a ser pago em virtude do dano material.

Conforme o site Migalhas (S/A, 2017):

Segundo o ministro Gilmar Mendes, o preceito da defesa do consumidor não é o único mandamento constitucional que deve ser examinado neste caso. Ele lembrou que a CF também prevê a manutenção da ordem econômica e a observância aos acordos internacionais. Seguiram o entendimento os ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki.

O ministro entendeu que devido ao fato de ter sido firmado acordos internos sobre o tema, logo deve este ser aplicado, pois é uma lei específica, e como é sabido, lei específica revoga lei geral. É o entendimento de Carneiro (2017):

O relator votou pelo provimento do recurso da Air France, sob o argumento de que, por tratarem de relação de consumo específica – transporte internacional de passageiros –, as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil têm status de norma especial, tendo prevalência sobre o CDC, que ganha contorno de norma geral por tratar de relações genéricas de consumo.

Pois bem, dessa forma embora tenha ocorrido uma relação de consumo entre a empresa aérea e a autora da demanda, não foi considerado o que dispõem o Código de Defesa do consumidor, mas sim os tratados internacionais, vez que estes referem a essa relação em específico, entre consumidor e transportadoras de voos internacionais.

Vale ressaltar que essa regra só se aplica as relações internacionais, no âmbito nacional, será aplicado o Código de defesa do consumidor.

4.3 DO ARE 766.618

O recurso em questão visa discutir indenização de danos morais, devido à má prestação de serviço. O juiz “a quo” também aplicou o Código de Defesa do Consumidor a empresa aérea, tendo o mesmo entendimento do recurso acima citado. Porém a transportadora aérea recorreu, sendo o recurso acolhido, veja:

Trata-se de recurso em que se discute indenização de danos morais por falha de prestação de serviço em transporte internacional aéreo de passageiros. O Tribunal de origem condenou a empresa aérea ao pagamento de indenização com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, afastando tratados e convenções internacionais que regem a matéria. O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente pede que não sejam aplicadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor, mas sim a legislação internacional pertinente ao caso concreto. O recurso encontrava-se sobrestado, aguardando julgamento de mérito da repercussão geral (Tema 210). Levanto o sobrestamento. Passo a análise do recurso. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o RE 636.331, Rel. Min. Gilmar Mendes, e o ARE 766.618, da minha relatoria, sob a sistemática da repercussão geral, decidiu: (i) reduzir o valor da indenização de danos morais aos patamares estabelecidos na Convenção de Varsóvia e/ou Pacto de Montreal; e (ii) fixar a seguinte tese: “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”. Diante do exposto, dou provimento ao recurso para determinar que a norma internacional prevaleça em relação ao Código de Defesa do Consumidor, limitando o valor da condenação aos patamares estabelecidos nos tratados e convenções internacionais que regem a matéria. Publique-se. Brasília, 12 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator
(STF - ARE: 776153 SE - SERGIPE, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 12/06/2017, Data de Publicação: DJe-134 21/06/2017)

Segundo a Revista Consultor Jurídico (2014):

No ARE 766.618, relatado pelo ministro Roberto Barroso, a Air Canadá é contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, com base no CDC, manteve a condenação da empresa ao pagamento de R\$ 6 mil por danos morais a uma passageira, por atraso de 12 horas em voo internacional.

A empresa pede a reforma da decisão, alegando que, ao caso, devem ser aplicados os parâmetros da Convenção de Montreal, sucessora da Convenção de Varsóvia.

Ao dar provimento ao recurso, o ministro Roberto Barroso disse em sua decisão que prevalecia a Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 178, ou seja, priorizado os acordos internacionais firmados pelo Brasil, disse ainda que as normas internacionais ratificadas prevalecem sobre o Código de defesa do consumidor. Conforme trecho do Recurso Extraordinário com agravo 766.618 São Paulo:

O recurso extraordinário deve ser admitido. Não há defeito de fundamentação na peça recursal, que versa, ademais, apenas sobre matéria constitucional: trata-se de saber se os arts. 5º, § 2º, e 178, caput, da Constituição conduzem à prevalência das Convenções de Varsóvia e de Montreal sobre o Código de Defesa do Consumidor, em caso de conflito entre suas disposições. Foi igualmente satisfeito o requisito do prequestionamento, já que a sentença – cuja fundamentação foi integrada ao acórdão – não apenas aplicou o art. 27 do CDC, como se valeu, para tanto, de precedente do Superior Tribunal de Justiça que afastava as normas convencionais em nome da incidência do CDC. Ainda que assim não fosse, a parte recorrente opôs embargos de declaração para sanar eventual omissão quanto à matéria (Súmula 356/STF)

Em ambos os recursos, como se pode ver, o Supremo Tribunal Federal decidiu por dar prevalência aos tratados internacionais, seguindo o que determina a Constituição Federal. Dessa forma, não tem mais que se falar em aplicar o Código de defesa do consumidor nas relações que envolvam voos internacionais.

Esse posicionamento traz consigo grande repercussão, visto que muitas pessoas são favoráveis as decisões, de igual forma muitas ficaram descontentes, principalmente os consumidores que se sentem hipossuficientes perante uma companhia aérea, pois necessitam dos serviços, e por descuidos da própria empresa, acabam por serem lesados.

4.4 DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

Por ser um tema polêmico o assunto gerou muito repercussão no mundo jurídico, muitos operadores do direito foram a favor do julgado, segundo a Revista Consultor Jurídico S/A (2017):

Para o advogado João Augusto Sousa Muniz, especialista em relações de consumo e sócio do PLKC Advogados, o julgamento é um importante passo para pacificar o entendimento sobre o tema nos tribunais. Na avaliação dele, o resultado traz avanços, embora pareça que houve redução dos direitos dos consumidores, pois o prazo prescricional para a propositura das ações de indenização previsto nas convenções é menor do que o previsto do CDC, e nas convenções há previsão de limitação do valor das indenizações. “Serão evitadas discussões judiciais desnecessárias e onerosas para aumentar os valores das indenizações. Além disso, permitirá às empresas um melhor planejamento de suas estratégias comerciais e operacionais para mensurar de forma mais precisa os riscos da atividade no país, o que pode, em tese, reduzir o preço das passagens.”

Um ponto positivo sobre o tema é a unificação do direito na matéria de transporte aéreo internacional, ao se definir o que deve ser aplicado caso a caso, por óbvio ocorrerá a celeridade nos processos judiciais, uma resposta mais rápida aos consumidores, e um direito já definido. Segundo Machado (2017):

Certamente, esse entendimento põe fim a uma grande discussão e propicia a uniformização da jurisprudência, evitando grande discrepância nos valores concedidos a título de indenizações materiais em caso de perda de bagagem pela companhia aérea. E ainda garante segurança jurídica para as inúmeras demandas que versam sobre o tema face as diferentes decisões proferidas até então.

As empresas aéreas acabaram por serem protegidas da má fé de alguns clientes, que muitas vezes solicitavam valores de indenização exorbitantes, porém a convenção não as desobrigam de arcarem com os danos que vierem a causar aos seus consumidores, mas uma reparação justa e não exacerbada.

Mas não só as empresas aéreas ficam protegidas, segundo a Revista Consultor Jurídico (2017):

Note-se que a Convenção de Montreal não deve ser considerada totalmente negativa para os consumidores. Seu preâmbulo — que deve ser fonte para sua interpretação em todos os países e inclusive no Brasil — é claro e determina inclusive que uma de suas premissas é a proteção dos consumidores

Ainda, segundo a mesma revista, Revista Consultor Jurídico (2017):

Como ensina a doutrina internacionalista, a convenção permite também a cumulação de ações, assim é possível pedir a indenização máxima da convenção de Montreal frente à empresa e acionar na mesma ação o administrador do aeroporto, em caso de perdas das malas, permitindo uma discussão mais apurada. E, nesse caso, a segunda parte da ação será totalmente regulada pelo CDC, sem limites máximos de indenização. Da mesma forma, a convenção não regula as ações coletivas, pois podem ser danos de massa, nestes surgem sempre discussões sobre os defeitos dos produtos, turbinas, navegadores etc. Nesse caso, da cumulação de ações, também a responsabilidade por defeito dos produtos usados no transporte serão totalmente regulados pelo CDC, inclusive para a proteção de todas as vítimas (artigo 17 do CDC).

Ou seja, não se deve analisar a convenção em partes, mas sim em um todo, a norma internacional buscou o equilíbrio, sem deixar de proteger o consumidor, essa atitude nem seria possível em nosso ordenamento jurídico, visto que é direito fundamental a proteção do consumidor, e o estado tem o dever de resguardar esse direito.

4.4.1 Da convenção de Montreal

A referida Convenção foi criada em 1999, com o intuito de unificar as regras internacionais referente ao transporte aéreo de passageiros, bagagens e cargas. É o que determina o artigo 1º da Convenção:

1. A presente Convenção se aplica a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou carga, efetuado em aeronaves, mediante remuneração. Aplica-se igualmente ao transporte gratuito efetuado em aeronaves, por uma empresa de transporte aéreo.

O Brasil ratificou a norma internacional por meio do decreto Legislativo nº59/2006, sendo promulgado pelo Decreto nº 5.910/2006, a referida Convenção prevê a responsabilidade do transportador e a medida de indenização, vejamos o artigo 17 da Convenção:

Artigo 17 – Morte e Lesões dos Passageiros – Dano à Bagagem

1. O transportador é responsável pelo dano causado em caso de morte ou de lesão corporal de um passageiro, desde que o acidente que causou a morte ou a lesão haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante quaisquer operações de embarque ou desembarque.

2. O transportador é responsável pelo dano causado em caso de destruição, perda ou avaria da bagagem registrada, no caso em que a destruição,

perda ou avaria haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante qualquer período em que a bagagem registrada se encontre sob a custódia do transportador. Não obstante, o transportador não será responsável na medida em que o dano se deva à natureza, a um defeito ou a um vício próprio da bagagem. No caso da bagagem não registrada, incluindo os objetos pessoais, o transportador é responsável, se o dano se deve a sua culpa ou a de seus prepostos.

3. Se o transportador admite a perda da bagagem registrada, ou caso a bagagem registrada não tenha chegado após vinte e um dias seguintes à data em que deveria haver chegado, o passageiro poderá fazer valer contra o transportador os direitos decorrentes do contrato de transporte.

4. A menos que se indique de outro modo, na presente Convenção o termo “bagagem” significa tanto a bagagem registrada como a bagagem não registrada.

Ao definir a responsabilidade da empresa aérea, a Convenção também define os valores a serem pagos referente a indenização aos passageiros, em caso de morte ou lesões o artigo 21 da convenção limita a indenização a ser paga, conforme o exposto:

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

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

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

- a) o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou
- b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro.

Em caso de atraso no transporte de pessoas, a Convenção também limita a indenização a ser paga ao passageiro, em seu artigo 22:

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

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

Devido ao fato de não ter uma moeda única para todos os países, a Convenção pensando nisso, em seu artigo 23, define como será realizado o pagamento:

Artigo 23 – Conversão das Unidades Monetárias

1. As quantias indicadas em Direitos Especiais de Saque mencionadas na presente Convenção consideram-se referentes ao Direito Especial de Saque

definido pelo Fundo Monetário Internacional. 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. O valor em Direitos Especiais de Saque da moeda nacional de um Estado Parte, 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, vigente na data da sentença. O valor em Direitos Especiais de Saque da moeda nacional de um Estado Parte que não seja membro do Fundo Monetário Internacional será calculado na forma estabelecida por esse Estado.

Dessa forma, como é sabido e já sendo exposto neste trabalho, os tratados internacionais prevalecem sobre as normas nacionais, é o que entende Almeida (2008, p.34): " Do ponto de vista internacional, é razoavelmente pacífico que a Convenção de Montreal se sobrepõe aos tratados e convenções internacionais já existentes, ratificados e promulgados no Brasil. " Ainda, em seu artigo 55 a Convenção de Montreal estabelece que:

Artigo 55 – Relação com Outros Instrumentos da Convenção de Varsóvia

A presente Convenção prevalecerá sobre toda regra que se aplique ao transporte aéreo internacional:

1. entre os Estados Partes na presente Convenção devido a que esses Estados são comumente Partes:

a) da Convenção para a Unificação de Certa Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929 – (doravante denominada Convenção de Varsóvia);

b) do Protocolo que modifica a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929, feito na Haia, em 28 de setembro de 1955 – (doravante denominado Protocolo da Haia);

c) da Convenção complementar à Convenção de Varsóvia para a Unificação de Certa Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional realizado por quem não seja o Transportador Contratual, assinada em Guadalajara, em 18 de setembro de 1961 – (doravante denominada Convenção de Guadalajara);

d) do Protocolo que modifica a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929 modificada pelo Protocolo feito na Haia, em 28 de setembro de 1955, assinado na cidade da Guatemala, em 8 de março de 1971 – (doravante denominado Protocolo da Cidade da Guatemala);

e) dos Protocolos Adicionais números 1 a 3 e o Protocolo de Montreal número 4, que modificam a Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo da Haia ou a Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo da Haia e o Protocolo da Cidade da Guatemala, assinados em Montreal, em 25 de setembro de 1975 – (doravante denominados Protocolos de Montreal); ou

2. dentro do território de qualquer Estado Parte na presente Convenção devido a que esse Estado é Parte em um ou mais dos instrumentos mencionados nas letras a) a e) anteriores.

Vale ressaltar que a referida Convenção, por óbvio, só terá aplicabilidade diante dos países que a colocaram em vigor em seu território, ou seja

em um transporte realizado entre Brasil e um país que não faça parte da Convenção de Montreal, está não se aplica, diferentemente da relação por de dois países que aplicaram a convenção em seu ordenamento jurídico, irá prevalecer , sem qualquer dúvida, a Convenção de Motreal, o objetivo da Convenção é unificar o direito internacional referente a transporte aérea, dando uma paridade entre os conflitos. Claro que tal decisão não alegra todos, muito pelo contrário, algumas pessoas sentem-se desprotegidas com as medidas adotadas pela Convenção aqui mencionada.

4.4.2 Da convenção de Varsóvia

A Convenção de Varsóvia, segundo o site do planalto, foi promulgada em 12 de outubro de 1929. Sendo promulgada pelo decreto nº 20.704/31. A mencionada convenção já tinha por objetivo a unificação das normas relacionadas aos transportes aéreos internacionais.

Ocorre que a referida convenção veio suprida pela Convenção de Montreal, é o que indica o art. 55 do Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006, vejamos:

Artigo 55 – Relação com Outros Instrumentos da Convenção de Varsóvia

A presente Convenção prevalecerá sobre toda regra que se aplique ao transporte aéreo internacional:

1. entre os Estados Partes na presente Convenção devido a que esses Estados são comumente Partes:

a) da Convenção para a Unificação de Certa Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929 – (doravante denominada Convenção de Varsóvia);

b) do Protocolo que modifica a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929, feito na Haia, em 28 de setembro de 1955 – (doravante denominado Protocolo da Haia);

c) da Convenção complementar à Convenção de Varsóvia para a Unificação de Certa Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional realizado por quem não seja o Transportador Contratual, assinada em Guadalajara, em 18 de setembro de 1961 – (doravante denominada Convenção de Guadalajara);

d) do Protocolo que modifica a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929 modificada pelo Protocolo feito na Haia, em 28 de setembro de 1955, assinado na cidade da Guatemala, em 8 de março de 1971 – (doravante denominado Protocolo da Cidade da Guatemala);

e) dos Protocolos Adicionais números 1 a 3 e o Protocolo de Montreal número 4, que modificam a Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo da Haia ou a Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo da Haia e o Protocolo da Cidade da Guatemala, assinados em Montreal, em 25 de setembro de 1975 – (doravante denominados Protocolos de Montreal); ou

2. dentro do território de qualquer Estado Parte na presente Convenção devido a que esse Estado é Parte em um ou mais dos instrumentos mencionados nas letras a) a e) anteriores.

Ambas as convenções ao tratar dos conflitos de transporte aéreo internacional estipulam valores máximos no caso de extravio de bagagens, segundo o site Dizer Direito (2017):

A Convenção de Varsóvia é um tratado internacional, assinado pelo Brasil em 1929 e promulgado por meio do Decreto nº 20.704/31. Posteriormente ela foi alterada pelo Protocolo Adicional 4, assinado na cidade canadense de Montreal em 1975 (ratificado e promulgado pelo Decreto 2.861/1998). Daí falarmos em Convenções de Varsóvia e de Montreal.

Essas Convenções estipulam valores máximos que o transportador aéreo poderá ser obrigado a pagar em caso de extravio de bagagens (cerca de R\$ 4.500,00).

Como já mencionada, volta à tona questão de qual norma aplicar diante de um caso concreto, para solucionar isso, a Constituição Federal em seu artigo 178, dispõem que: “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”. Pois bem, diante do posicionamento da carta magna sobre o tema transporte aéreo internacional, irá prevalecer os tratados, sendo afastado o código de defesa do consumidor. Segundo o site Dizer Direito (2017):

A Convenção de Varsóvia, enquanto tratado internacional comum, possui natureza de lei ordinária e, portanto, está no mesmo nível hierárquico que o CDC. Logo, não há diferença de hierarquia entre os diplomas normativos. Diante disso, a solução do conflito envolve a análise dos critérios cronológico e da especialidade.

Em relação ao critério cronológico, os acordos internacionais referidos são mais recentes que o CDC. Isso porque, apesar de o Decreto 20.704 ter sido publicado em 1931, ele sofreu sucessivas modificações posteriores ao CDC. Além disso, a Convenção de Varsóvia – e os regramentos internacionais que a modificaram – são normas especiais em relação ao CDC, pois disciplinam modalidade especial de contrato, qual seja, o contrato de transporte aéreo internacional de passageiros.

Não se pode esquecer que a convenção de Varsóvia e a convenção de Montreal regulam apenas o transporte internacional, sendo regulados pelas

Constituição Federal, em seu artigo 178, enquanto que o CDC prevalecerá nos casos de conflitos em transporte aéreo nacional.

Ainda, vale ressaltar que as convenções limitam a indenização referente a danos materiais, não tendo o mesmo entendimento para os danos morais.

O STF já pacificou entendimento que deverá ser aplicado as convenções nos conflitos aéreos internacionais, devendo ser respeitado o posicionamento.

4.4 PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

Conforme se verificará a seguir, o princípio da Especialidade, ao contrário de outros princípios, tem por base a regra de que a norma especial prevalece sobre a norma geral, princípio este que se encontra presente no caso em questão, vez que os tratados, por serem norma mais especial do que o Código de Defesa do Consumidor, devem prevalecer nos casos específicos de perda/ extravio de bagagens em aeroportos em viagens internacionais.

Segundo o site DireitoNet (2015):

Uma norma especial acrescenta elemento próprio à descrição típica prevista. Este princípio determina que haverá a prevalência da norma especial sobre a geral, evitando o *bis in idem*, e pode ser estabelecido in abstracto, enquanto os outros princípios exigem o confronto in concreto das leis que definem o mesmo fato.

Assim, percebe-se que enquanto outros princípios exigem o confronto direto das leis, o princípio em questão se estabelece em abstrato, ainda afasta o *bis in idem*. Ainda, verifica-se também, da leitura acima, que numa norma, por ser ela especial, ganha elementos próprios à descrição típica prevista, diferentemente da norma geral.

4.5 DA RECIPROCIDADE

O princípio da reciprocidade é um elemento de extrema importância no âmbito das relações internacionais, segundo o Site Tribuna (2004), o princípio significa o seguinte:

Na seara do direito internacional público vige o chamado princípio da reciprocidade, garantidor de que o tratamento dado por um Estado a determinada questão também será concretizado por outro país afetado pela decisão do primeiro. [...] Proveniente do termo latino *reciprocitas*, a reciprocidade significa a condição ou a qualidade daquilo que é recíproco (*reciprocus*), isto é, situação em que são estabelecidas condições mútuas ou correspondentes. A reciprocidade, pois, implica na identidade ou na igualdade de direitos, de obrigações ou de benefícios.

Este princípio visa deixar em paridade os países em suas obrigações e direito, quando firmando entre eles tratados internacionais. Para visualizar a aplicabilidade do referido princípio, o site tribunal (2004) exemplifica:

A reciprocidade, mesmo analisada no âmbito do direito interno, possui relações intrínsecas com o direito internacional. Nesse aspecto, há um imperativo nacional – em virtude de imposição legal ou judicial – condicionando expressamente a aplicação de determinadas normas a um certo modo de ser do ordenamento jurídico ou da prática estrangeiros. Tal situação pode decorrer de uma decisão voluntária ou de uma obrigação internacional e se estende tanto a normas materiais quanto instrumentais. A título de exemplo, vale lembrar que a Lei brasileira 6815/80 estabelece que a extradição do estrangeiro somente ocorrerá se houver tratado internacional entre os dois países ou houver a promessa de reciprocidade do país solicitante. Além dessa prática recíproca, a referida lei exige que a legislação do país estrangeiro não contenha a previsão da pena de morte, dentre outros aspectos.

Ainda, Machado (2012) traz outro exemplo:

O princípio é mencionado em vários dispositivos do ordenamento nacional, particularmente em assuntos relacionados ao Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815 de 1980) e à nacionalidade. A Lei 6.815 dispõe no seu art. 10 que poderá “ser dispensada a exigência de visto, prevista no artigo anterior, ao turista nacional de país que dispense ao brasileiro idêntico tratamento.” E o parágrafo único complementa que a “reciprocidade prevista neste artigo será, em todos os casos, estabelecida mediante acordo internacional, que observará o prazo de estada do turista fixado nesta Lei.”

Ou seja, o referido princípio visa deixar as relações internacionais harmônicas, em que todos os países que firmaram um tratado o cumpra de igual forma, o princípio da reciprocidade acaba trazendo átona o princípio da igualdade,

que também protege a relação de igualdade entre os envolvidos, se um país coopera com o outro se espera que aquele aja com igualdade e reciprocidade.

Embora o princípio da reciprocidade tenha um largo caminho no direito internacional público, tal princípio acaba sendo restringido quando fere os direitos humanos, vejamos Souza (2012):

O princípio da reciprocidade tem uma ampla aplicabilidade dentro do Direito Internacional Público e das Relações Internacionais, contudo comporta restrições, especialmente quando frente a institutos humanitários, tais como o asilo e o refúgio, onde suas concessões visam proteger pessoas perseguidas. Não se pode condicionar a concessão de refúgio a um peruano, sob a condição de que o Peru, futuramente, conceda refúgio a um brasileiro."

Pode-se concluir que o referido princípio é o ato de retribuir de igual forma o que foi ganhado. Se o Brasil firmou um tratado com outro país, ambos devem agir com reciprocidade ao que foi firmado, porém sem deixar de proteger os direitos humanos e a magna carta.

4.6 DOS ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS

Muitos são os argumentos desfavoráveis, sobre o julgado do Supremo Tribunal Federal, que decidiu aplicar os trados internacionais ao invés do Código de defesa do Consumidor. Segundo Ernesto (2017), o STF abre brecha para que as companhias aéreas se livrem de punições, vejamos:

A decisão abre possibilidade para que as aéreas internacionais não paguem mais por danos morais em casos de irregularidades como o extravio de bagagem, por exemplo. Nesses casos, caberia apenas o dano material. Na decisão ainda ficou definido que o prazo de prescrição das ações cai de cinco para dois anos, como estabelecem as regras de fora do país.

O mesmo autor trouxe em nota o posicionamento do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor IDEC:

Em nota, o IDEC considerou que o resultado do julgamento " representa um retrocesso ao direitos dos consumidores brasileiros com um nítido enfraquecimento do CDC". Para o instituto, houve uma redução de direitos

para os consumidores de transporte aéreo internacional com a proteção das companhias internacionais.

“Diante do atual cenário, o Idec orienta que os consumidores fiquem atentos ao novo entendimento para reduzir os efeitos negativos da decisão do STF”.

Diante do acima exposto, pode-se apontar já de cara dois fatores prejudiciais aos consumidores com a aplicação das convenções diante de conflitos em vôos internacionais, quais sejam o valor a título de dano material, segundo a convenção deve ser seguido um teto para as compensações, enquanto que o Código de defesa dos consumidores não prevê isso. Segundo Ernesto (2017), o IDEC menciona como funcionará a indenização por extravio de bagagem, vejamos:

Valor de indenização por perda, furto ou extravio de bagagem. De acordo com o entendimento proferido pelo STF, vale a limitação de 1000 DES (Direito Especial de Saque, cotação para hoje 4,5061). Caso o consumidor entenda que carrega em sua bagagem valor superior a R\$ 4.561,00, deverá fazer a Declaração Especial de Valor, uma espécie de seguro, para garantir a indenização plena.

Ou seja, caso o consumidor leve em sua mala valores superiores ao que prevê o teto máximo de indenização estipulado pela convenção, deverá fazer uma espécie de seguro, para poder viajar com tranquilidade, o que acaba sendo ridículo, visto que se a empresa aérea fornece um serviço, deve se prevenir quando a efetivação deste, passando segurança para seus clientes.

Ainda, sobre o prazo para propor a demanda, segundo o Código de Defesa do Consumidor é de 5 (cinco) anos, já para a Convenção o ajuizamento da ação deve ocorrer em até 2 (dois) anos. Claramente ocorre uma redução de direitos aos consumidores de vôos internacionais.

É inegável que ocorre uma relação de consumo entre empresas aéreas e seus consumidores, que por óbvio necessitam do serviço, pagam por ele, e ainda são a parte hipossuficiente da relação, contudo a aplicação das Convenções encontra-se amparada pela Constituição Federal, deve sim ser aplicada nesse caso, mesmo com tanta discordância sobre o tema, nada pode ser feito pelo consumidor

5 CONCLUSÃO

Após a realização da leitura do referente trabalho, pode-se entender que, quando uma pessoa física ou jurídica causa um dano a outrem, este deve ser reparado, independentemente de culpa ou não, pois havendo dano, já pode se falar em reparação ou indenização do mesmo, podendo este dano ser de ordem material ou moral.

Fazendo uma análise do tema abordado, verifica-se que quando há a perda de bagagem por parte de um passageiro em aeroportos, há um prejuízo, ou seja, este (a) passageiro (a) sofre um dano, tanto material (pertences como roupas, sapatos, acessórios que venham a estar dentro da mala) quanto moral (quando a pessoa perde um evento importante, como um casamento por exemplo, devido ao transtorno do extravio).

Assim sendo, surge a dúvida: de quem é a responsabilidade, ou seja, quem deve reparar esse dano, quem deve indenizar.

Evidente fica, após o estudo em questão, que mesmo após alguns comentários realizados à respeito do Código de Defesa do Consumidor, entende-se que o assunto deve ser tratado utilizando-se como parâmetro, os tratados internacionais, vez que, os tratados abrangem o tema de forma mais específica do que o Código de Defesa do Consumidor, e como bem se sabe, a lei mais específica (especial) prevalece sobre a geral, assim obedecendo o Princípio da Especificidade, abordado no trabalho.

Trata-se de uma nova lei, deste ano, esta veio para elucidar problemas com os extravios de bagagem nos transportes aéreos internacionais, acabando com conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e os Tratados. Ou seja, havendo um problema com o consumidor e a empresa de transporte aéreo internacional não se fala na aplicação do CDC, mas sim das convenções internacionais, mesmo estes sendo menos benéficos que aquele, visto que os tratados tratam do conflito restritamente, já o Código de Defesa do Consumidor é uma lei mais ampla.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Gabriel. **A convenção de Montreal de 1999 e o Transporte Aéreo Internacional no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial, dezembro 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudio Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5 ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Consulta em 15 de julho de 2017.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor**, Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 15 de julho de 2017.

BRASIL. **Decreto nº 9.121, de 3 de abril de 1946**.

BRASIL. **DECRETO Nº 20.704 DE 24 DE NOVEMBRO DE 1931**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20704.htm> acesso em 20out 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, volume 2: obrigações e responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro/responsabilidade civil**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. V. 7.

DIREITONET. **Princípio da Especialidade**. Disponível em: <

DIZER DIREITO. **Em caso de extravio de bagagem ocorrido em transporte internacional envolvendo consumidor, aplica-se o CDC ou a indenização tarifada prevista nas Convenções de Varsóvia e de Montreal?**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2017/07/em-caso-de-extravio-de-bagagem-ocorrido.html>> Acesso em 20 out.2017

ERNESTO, Marcelo. **Decisão do STF abre brecha para companhias aéreas se livrarem de punições**. Disponível em:<https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/05/26/internas_economia,871946/decisao-do-stf-abre-brecha-para-cias-aereas-se-livrarem-de-punicao.shtml> Acesso em 22 set 2017.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA Rodolfo Paplona Filho. **Novo curso de direito civil e responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2009.

GONÇALVES, Eduardo. **Grandes julgamentos: indenização pelo extravio de bagagem em voo internacional deve seguir do CDC ou as convenções internacionais?** Disponível em <:
<http://www.eduardogoncalves.com.br/2017/09/grandes-julgamentos>
<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1418/Principio-da-especialidade>>acesso em 18 out.2017
[indenizacaoopelo.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+BlogDoEduardoGonalves+%28BLOG+DO+EDUARDO+GON%C3%87ALVES%29](http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1418/Principio-da-especialidade)> acesso 29 set2017.

MACHADO, Diego Pereira. **Direito Internacional e Comunitário para concurso de Juiz do Trabalho**. 2ª edição (revista, ampliada e atualizada). São Paulo: Edipro, 2012.

MACHADO, Fernando Rivé. **Aplicação das convenções internacionais em casos de extravio de bagagem**. Disponível em:
<http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2017/09/cadernos/jornal_da_lei/588026-aplicacao-

das-convencoes-internacionais-em-casos-de-extravio-de-bagagem.html> Acesso em 20 out.2017.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. **O Poder de Celebrar Tratados**. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995.

MELLO, Celso Albuquerque de. **Direito internacional Público, v. I**. Renovar, Rio de Janeiro, 2004.

Migalhas. **STF: Indenização por extravio de bagagem é regulada por convenção internacional, e não CDC**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI259439,21048-STF+Indenizacao+por+extravio+de+bagagem+e+regulada+por+convencao>> acesso em: 29 set.2017.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações volume1**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do Consumidor**. 8 ed. Saraiva, São Paulo, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Forense. Rio de Janeiro, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Forense. Rio de Janeiro, 1998.

Revista Consultor Jurídico. **As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo das fontes com o CDC**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/regras-convencao-montreal-dialogo-fontes-cdc>> acesso em 20out.2017.

Revista Consultor Jurídico. **CDC não regula relação entre passageiros e companhias aéreas estrangeiras, diz STF**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-25/cdc-nao-regular-relacao-entre-passageiros-aereas-estrangeiras>> Acesso em 22 set 2017.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 1989.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil volume 4**. São Paulo: Saraiva, 2002.
SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA, Rogério de Oliveira. **Da Hipossuficiência**. Disponível em: <
http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f397314c-6e89-4e94-b2e9-d05e06d3b6ca> Acesso em 02 set 2017.

SOUZA, Rogério de Oliveira. **Da inversão do ônus da prova v.3, n.12**. Revista da EMERJ, 2000.

STF - ARE: 636.331 RJ, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 19/02/2013. Data de Publicação: Recurso Extraordinário. Acórdão Recorrido Publicado em 15.10.2010.

STF - ARE: 766618 SP, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 13/11/2013, Data de Publicação: DJe-231 DIVULG 22/11/2013 PUBLIC 25/11/2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **CARTA ROGATÓRIA: CR 8279 AT**. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19162742/carta-rogoria-cr-8279-at-stf> > Acesso em 05 set 2017.

TRIBUNA. **Da Reciprocidade no Direito Internacional Público**. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/da-reciprocidade-no-direito-internacional-publico/>> acesso 09 out2017.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil v.4**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.