Universidade Federal do Rio Grande do Sul

# RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Cristiano de Azeredo Machado

Porto Alegre, julho de 2015

Cristiano de Azeredo Machado

# Responsabilidade civil nos contratos de transporte aéreo internacional e o Código de Defesa do Consumidor

Monografia de conclusão de curso Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais

Orientador Professor Doutor Bruno Miragem

Porto Alegre

2015

# RESUMO

O Supremo Tribunal Federal examina, nos dias atuais, Recurso Extraordinário que discute o regime de responsabilidade civil aplicável aos contratos de transporte aéreo internacional de passageiros. De acordo com os primeiros entendimentos manifestados no julgamento, avizinha-se decisão que reconhece, mesmo em contratos envolvendo relações de consumo, a incidência de tratado internacional – Convenção de Varsóvia como norma aplicável para a resolução de conflitos, afastando-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor. O presente estudo, elaborado sob forma de monografia de conclusão de curso de especialização em Direito do Consumidor, resgata a proteção do consumidor como disciplina elevada a status de Direito Fundamental, nos termos do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988. Apresenta os desdobramentos jurídicos desta qualificação outorgada pelo legislador constitucional, traduzindo seus efeitos ante a necessidade de resolução de conflitos envolvendo aparente conflito de princípios e normas que tratem de relações jurídicas atinentes a contratos de consumo. Enfoca o regime de ressarcimento integral dos danos e a responsabilidade objetiva, encampados pelo Código de Defesa do Consumidor, como aspectos essenciais à tutela efetiva do direito fundamental a ser valorado, indicando o campo de incidência da Convenção de Varsóvia às relações jurídicas de natureza diversa. Conclui, ao final, pela necessária incidência da legislação protetiva do consumidor aos contratos em questão, como consequência de uma interpretação jurídica que empresta ao Direito Fundamental sua maior carga de eficácia, inclusive como dever de proteção do Estado e como forma de proibição de retrocesso, em detrimento de normas de tratados internacionais que venham a restringir eventual direito já consagrado.

**ABSTRACT**

The Federal Supreme Court examines, in current days, Extraordinary Appeal that discusses the civil liability regime applicable to contracts for international air transport of passengers. In accordance with the first understandings expressed in the trial, we are approaching to a decision that recognizes, even in contracts involving consumer relations, the incidence of international treaty - Warsaw Convention as applicable rule for the resolution of conflicts, putting aside the effects of the Consumer Protection Code. The present study, drawn up in the form of a monograph of conclusion of specialization course in Consumer Law, rescues the consumer protection as a discipline elevated to a Fundamental Right status, in accordance with art. 5 (1), XXXII, of the Federal Constitution of 1988. Presents the legal ramifications this qualification granted by constitutional legislator, translating their effects considering the need for resolution of conflicts involving apparent conflict of principles and rules that treat of legal relations relating to consumer contracts. Focuses on the full compensation regime of damages and liability objective, pervasive by The Code of Consumer Protection, as essential for effective protection of the fundamental right to be valorized, indicating the field of incidence of the Warsaw Convention to legal relationships of diverse nature. Presents as conclusion, the necessary incidence of the protective consumer legislation in contracts as the one in question, as a result of a legal interpretation that lends to Fundamental Right its largest load of effectiveness, including as a duty of protection of the State and as a way to ban reverse, at the expense of standards of international treaties that will restrict any right already enshrined.

**SUMÁRIO**

1 INTRODUÇÃO..... 6

2 DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO …..... 10

3 O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL – CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO NORMATIVA ..... 14

4 ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO NA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA …..... 19

5 A DISCIPLINA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR …..... 24

6 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEGISLAÇÃO ESPECIAL: CRITÉRIOS PARA SUPERAÇÃO DO CONFLITO DE NORMAS..... 31

7 PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR..... 38

8 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEFESA DO CONSUMIDOR …..... 43

9 EFICÁCIA DA DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO.....…..... 51

10 CONCLUSÃO …..... 56

11 REFERÊNCIAS …..... 60

# I INTRODUÇÃO

"De todos os contratos, nenhum terá maior relevância social e jurídica na atualidade do que o contrato de transporte"[1]. A afirmativa é de Sérgio Cavalieri Filho, forma com que inaugura o exame da responsabilidade civil do transportador em seu festejado Programa de Responsabilidade Civil. A constatação, de toda sorte, contempla o substancial valor que esta modalidade de negócio jurídico alcança no contexto das relações cotidianas dos cidadãos ao redor do mundo. A necessidade de locomoção para o exercício das tarefas diárias encampa destacada importância sob ponto de vista jurídico, já que desta relação jurídica podem surgir questões cuja solução desafia os operadores do direito. Para Bruno Miragem o contrato "reveste-se de essencialidade, na medida em que de sua ausência, claramente se percebe a inviabilidade do modo de vida contemporâneo"[2].

O crescimento da economia mundial, bem assim a notável evolução tecnológica das últimas décadas, a par de diversos outros fatores que permitiram a facilitação do trânsito de pessoas ao redor do planeta, contribuíram de modo determinante para que, no campo das relações jurídicas atinentes a contratos de transporte aéreo, a modalidade internacional tenha apresentado incremento verdadeiramente significativo. Dados publicados pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO indicam que, no ano de 2014, a quantidade de passageiros em trânsito, utilizando transporte aéreo internacional, em voos de partida regular, atingiu a monta de 2.067.224[3], enquanto no ano de 2010 este indicador somava 1.565.290 passageiros. A ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, em seu

---

[1]FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 236.

[2]MIRAGEM, Bruno. Contrato de transporte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

[3]Disponível em: <http://www.infraero.gov.br/images/stories/Estatistica/anuario/anuario_2014.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

Anuário do Transporte Aéreo de 2013, informa que a demanda por transporte internacional de passageiros, entre os anos de 2004 e 2013, teve um acréscimo de 110%[4].

É consequência lógica do notável crescimento na utilização do transporte aéreo internacional o proporcional acréscimo de litígios envolvendo tal espécie de relação jurídica, que alcançam cada vez mais importância no universo de demandas judiciais, notadamente as que buscam a reparação de dano em decorrência de falhas na prestação dos serviços. Os negócios jurídicos envolvendo usuários e empresas aéreas, por consequência, ganham relevo no universo das ações que buscam reparação civil, impondo especial atenção do Poder Público, em todas as suas esferas de competência e atribuição.

A jurisprudência do país, incluídos julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, desde a edição do Código de Defesa do Consumidor, consolidou-se, tratando-se de demandas que envolvam o reconhecimento da vulnerabilidade do contratante do serviço. O entendimento amplamente majoritário estabeleceu, em hipóteses de ressarcimento de danos, a integral reparação em favor do consumidor, bem assim a responsabilização objetiva dos fornecedores do serviço. Definiu-se, neste particular, a prevalência da disciplina estabelecida na normatização protetiva do CDC, afastando-se, pontualmente, a incidência de regras definidas em acordos ou tratados internacionais que limitam a indenização, em variadas hipóteses, a montantes predefinidos, ou mesmo permitem o afastamento da responsabilidade e a imputação de terceiros.

O Supremo Tribunal Federal enfrenta, no processo tombado sob n. 636.331[5] (Recurso Extraordinário – com origem no estado do Rio de Janeiro), novamente a questão. Discute-se, de forma específica, a possibilidade de reverter o entendimento apresentado nas decisões anteriores, do mesmo Pretório Excelso, e que norteavam os julgados dos demais

[4]Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/estatistica/anuarios.asp>. Acesso em: 10 jun. 2015.

[5]Disponível em <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4040813>. Acesso em: 10 jun. 2015.

Tribunais do país acerca do tema. Foi reconhecida a repercussão geral para o caso, do que se extrai a singular importância do julgamento, a servir de paradigma aos ulteriores entendimentos sobre a matéria. Avizinha-se decisão com efeitos deletérios à eficácia do Código de Defesa do Consumidor, restringindo-se a incidência da legislação protetiva, com apoio em limitação normativa supostamente trazida pelo próprio texto constitucional. 8

O presente estudo tem objetivo de contribuir ao esclarecimento do tema, trazendo como sustentáculo a autoridade de Direito Fundamental atribuído à disciplina de proteção do consumidor, na forma definida no art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Busca-se delimitar o caso em julgamento pelo Supremo Tribunal, situando-se a discussão no âmbito de incidência das relações envolvendo consumidor e fornecedor do serviço de transporte aéreo internacional. A partir de então, adentra-se na conceituação, classificação e delimitação da disciplina normativa incidente sobre o contrato em estudo. Após, enfocam-se as normas tocantes ao tema na Convenção de Varsóvia[6] (Convention for the Unification of Certains Rules Relating to Internacional Transportatio by Air), originalmente de 1929, e alterações, que regulamenta aspectos do contrato de transporte internacional. Em seguida, passa-se ao enfrentamento dos principais aspectos do regime de responsabilidade civil do fornecedor de serviços definido no Código de Defesa do Consumidor, identificando os possíveis casos de antinomia das normas. Estuda-se, após, os critérios de superação de conflitos de normas, identificando possíveis espectros de interpretação para a resolução da delimitada antinomia. Ao final, apresentam-se os enfoques da disciplina da defesa do consumidor erigida à condição de Direito Fundamental, especificando-se os efeitos jurídicos decorrentes desta valoração, com enfoque na teoria da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, com espectro de incidência no âmbito das relações privadas, bem assim na proibição de retrocesso de posições jurídicas assumidas.

---

[6]BRASIL. Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

Propõe-se, ao final, alternativa de harmonização para o aparente conflito de normas jurídicas a disciplinar o tema do transporte aéreo internacional de passageiros, fundada na ponderação que proporcione o maior alcance ao direito fundamental reconhecido na Constituição de 1988, admitindo-se a eficácia do Código de Defesa do Consumidor como norma jurídica de ordem pública e função social, estreitamente relacionada ao núcleo valorativo da dignidade da pessoa humana, em detrimento de normas outras, mesmo de natureza constitucional, que afastem o conteúdo do princípio estatuído no art. 5º, XXXII da CF/88 e fundamento do Estado, a restringir de qualquer sorte as regras próprias acerca do regime de responsabilidade civil.

# II DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO

Atualmente o Supremo Tribunal Federal está a enfrentar processo em que se discute a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte aéreo internacional. Trata-se de recurso extraordinário n. 636.331/RJ[7], manejado por empresa de aviação que questiona a disciplina da responsabilidade civil decorrente de extravio de bagagem. Outorgou a Corte ao presente o caráter de repercussão geral, compreendendo a relevância da discussão acerca do tema e a necessidade de tratamento uniformizado da questão na jurisprudência nacional.

O caso tem origem no estado do Rio de Janeiro, em julgado no qual o Tribunal de Justiça daquele estado reconheceu a necessária incidência do CDC, assentando o entendimento de que prevalece o regramento da norma protetiva em eventual conflito com tratado internacional que verse sobre o tema. Esclareceu-se, no entendimento da corte estadual, a possibilidade de ampla indenização em favor do demandante, consumidor usuário do serviço, rechaçando-se a limitação do ressarcimento estabelecida na Convenção de Varsóvia, mesmo afirmada a plena vigência da norma constante no tratado do qual o Brasil é signatário. O acórdão, questionado junto ao Supremo Tribunal pela empresa recorrente, está assim ementado:

> *APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL.* ***TRANSPORTE*** *AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO AMPLA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. VIAGEM REALIZADA POR COMPANHIA AÉREA COM CONEXÃO EM PAÍS* ***EUROPEU.*** *VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E HIPOSSUFICIÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 1-Em casos de extravio*

[7]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4040813>. Acesso em: 10 jun. 2015.

> *de bagagem ocorrido durante o **transporte** aéreo, há relação de consumo entre as partes, devendo a reparação, assim, ser integral, nos termos do CDC, e não mais limitada pela legislação especial. 2-Editada lei específica, em atenção à Constituição (art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. 3-Havendo antinomia, o previsto em Tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível. 4-Sendo o consumidor hipossuficiente e verossímeis as suas alegações, é cabível a inversão do ônus da prova.5-O valor do dano material não está limitado em função do Código da Aeronáutica, Pacto de Varsóvia ou Protocolo de Montreal.6-Na forma do enunciado sumular no45 deste E. Tribunal de Justiça É devida indenização por dano moral sofrido pelo passageiro, em decorrência do extravio de bagagem, nos casos de **transporte** aéreo. 7-Provido parcialmente o recurso da autora e desprovido o recurso da ré. **0006809-91.2006.8.19.0001 (2007.001.42990)**- APELACAO DES. ROBERTO GUIMARAES - Julgamento: 05/12/2007 - DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL*[8]

A empresa de transporte aéreo sustenta, em resumo, violação da norma contida no art. 178 da Constituição Federal, segundo a qual haveria a necessária incidência da Convenção de Varsóvia ao caso em julgamento, para efeito de limitar o montante da indenização a patamar previamente delimitado naquela normativa, da qual o Brasil é signatário.

Em parecer, o Ministério Público Federal sustentou o improvimento do recurso, argumentando a adequação dos argumentos jurídicos constantes no julgado do tribunal de origem, manifestando-se portanto pela confirmação da decisão recorrida[9]. Destaca a Procuradoria Geral da República não haver violação à disciplina do art. 178 da Constituição Federal em decisão que estabelece a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao caso discutido, já que o próprio Supremo Tribunal, em decisões recentes acerca de casos análogos, firmou entendimento de que se afastam as normas especiais do Código Brasileiro de Aeronáutica e Convenção de Varsóvia em hipóteses de conflito com a disciplina legal

---

[8]RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. **2007.001.42990.** Relator Desembargador Roberto Guimarães. Julgamento: 05/12/2007. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00035829E8729D280C86783A06165E0C3165389FC35D0A4F>. Acesso em 29 jun. 2015.

[9]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4040813>. Acesso em: 13 out. 2014.

protetiva do consumidor, norma jurídica editada em atendimento à disciplina constitucional do art. 5º da CF/88, reconhecida portanto com status de direito fundamental.

O relator do processo é o Ministro Gilmar Mendes, que proferiu voto assinalando a prevalência da Convenção de Varsóvia ao litígio em questão. Pontuou que a própria Constituição Federal, ao disciplinar os princípios e regras atinentes à ordem econômica estabelece, neste particular, a necessária observância aos tratados e acordos internacionais firmados pelo Brasil, de modo que não se estaria, com decisão deste jaez, maculando o direito fundamental de defesa do consumidor. Seguiram-se votos proferidos pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki, ambos acompanhando o entendimento previamente apresentado pelo relator do caso, estando o feito atualmente aguardando as manifestações dos demais membros da Corte para o prosseguimento do julgado[10].

O entendimento que vem prevalecendo, de acordo com os votos já encaminhados, indica notável alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal quanto à interpretação atinente à incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte internacional de passageiros, mais especificamente quanto ao regime de responsabilidade civil vigente na hipótese. A vingar as orientações até então definidas para o julgamento do recurso em comento surgirá, no universo jurídico das ações de indenização por má prestação de serviço de transporte aéreo internacional, a limitação do ressarcimento devido aos consumidores como decorrência da responsabilidade civil, já que serão impostos os patamares estabelecidos em tratado internacional – Convenção de Varsóvia, ainda que não representem a integralidade do dano experimentado pelos contratantes do serviço. É possível, ainda, que se permita o afastamento da série de outras normas de natureza eminentemente benéficas ao consumidor trazidas com o advento da Lei n. 8.078/90.

---

[10]BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Informativo. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo745.htm>. Acesso em: 13 out. 2014.

Limitado o escopo do presente estudo, portanto, à responsabilidade civil decorrente da prestação do serviço de transporte internacional de passageiros, examina-se a seguir os contornos desta específica relação jurídica, que por envolver, eventualmente, relação de consumo, possui delineamento peculiar e compõe, no dizer de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, "o quadro das relações de massa, seja pela sua difusão, seja pela sua relevância econômica, seja pela utilização corriqueira de contratação standard, tudo a justificar e a conclamar seu regramento pela legislação de proteção ao consumidor".

# III O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL – CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO NORMATIVA

O contrato de transporte é a espécie de negócio jurídico em que *alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas*[11].

Trata-se de contrato de natureza consensual, bilateral, oneroso e comutativo[12]. Perfectibiliza-se mediante simples acordo de vontades, independe de formalidade especial, e encampa obrigações a ambos os contraentes; o valor da passagem pago ao transportador, de sua sorte, contrapõe-se ao benefício recebido pelo usuário, havendo um equilíbrio econômico entre ambas as obrigações assumidas. É, ainda, de adesão, já que "as empresas estabelecem as cláusulas, devendo ser aceitas ou rejeitadas em bloco pelos que pretendem os serviços"[13]. Desta última característica extrai-se a destacada relevância da tutela jurídica disciplinada em lei, e que estabelece as diretrizes para a formatação do negócio, jé que é esta "quem impõe padrão de proteção da segurança pessoal e patrimonial que integra o conteúdo do dever de custódia, reconhecido ao transportador"[14].

Para a finalidade do presente trabalho e o necessário aprofundamento do tema proposto, consistente no exame do caso em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal no RE 636.331, impõe-se uma inicial delimitação, estabelecendo-se que o contrato de transporte aéreo pode ser classificado em duas espécies, de acordo com a origem e destino tomados na prestação do serviço: transporte de natureza doméstica, definido como aquele

---

[11]BRASIL. Lei 10.409, de 10 de janeiro de 2002, art. 730. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

[12]FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 240.

[13]RIZZARDO, Amaldo. Contratos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 791.

[14]MIRAGEM, Bruno. Contrato de transporte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 31.

efetivado no interior de um único país; e transporte internacional, implementado como forma de trânsito entre dois ou mais países[15].

A classificação proposta tem como objetivo, notadamente, a delimitação do escopo do presente trabalho, mas igualmente permite a necessária distinção da norma jurídica apta a regular o contrato, já que o ordenamento contém especial complexidade neste particular.

Versam acerca do tema, *prima facie*, três normas jurídicas com conteúdos e origens distintas: o Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA (Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986) e o Código Civil (Lei 10.409, de 10 de janeiro de 2002), normas jurídicas de caráter nacional, e a Convenção de Varsóvia, tratado internacional firmado pelo Brasil e internalizado pelo Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931, e suas posteriores alterações. Impõe-se, visto o aparente conflito de normas a incidir sobre uma mesma espécie de relação jurídica, a delimitação do campo de abrangência de cada uma, já que diversas são as espécies de tutela previstas nestes diplomas.

É assente na doutrina[16] que aos contratos atinentes a transporte aéreo doméstico, firmados portanto com objetivo de trânsito com saída e chegada dentro da própria federação, a incidência é do Código Brasileiro de Aeronáutica e do Código Civil de 2002 (o Código Civil de 1916 não contemplava normas atinentes aos contratos de transporte, que era regulado tão

---

[15]BRASIL. Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931, artigo primeiro, (2): "Denomina-se "transporte internacional", nos termos da presente Convenção, todo transporte em que, de accôrdo com o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto do destino, haja ou não interrupção de transporte, ou baldeação, estejam situados no território de duas Altas Partes Contractantes, ou mesmo no de uma só, havendo escala prevista em território sujeito à soberania, suzerania, mandato ou autoridade de outro Estado, seja ou não Contractante". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

[16]BENJAMIN, Antônio Herman. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial. 1999, n. 77. Disponível em: <http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1666.htm>. Acesso em: 14 mai. 2015.

somente por leis esparsas acerca do tema, além do Código Comercial[17]), normas de direito interno e que, portanto, abarcam a regulação do transporte nos limites territoriais do Estado; tratando-se, no entanto, de contratos relativos a transporte aéreo de abrangência internacional, a regulamentação dar-se-ia pela Convenção da qual o Brasil é signatário, que envolve regras de conteúdo transnacional[18] e, por esta circunstância, nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, estaria adequada a um "campo de concorrência internacional"[19].

Justifica-se a existência histórica de um chamado "microssistema de normas aeronáuticas"[20] na medida em que o surgimento do transporte aéreo, no início do século, representava também o nascimento de uma atividade inovadora, que vinha acompanhada de riscos naquele tempo mensuráveis com pouca precisão. Evidenciou-se, nesse contexto, a necessidade de criação de normas que melhor regulassem essa nova espécie de contratação, já que a aplicação das regras ordinárias da responsabilidade civil então vigentes não emprestavam a tutela adequada aos contratantes. Aspectos na legislação existente permitiam, por exemplo, a inclusão nos contratos de cláusulas de exclusão da responsabilidade, bem assim impunham ao usuário do serviço o ônus de demonstrar a culpa do transportador, na hipótese de buscar eventual indenização por dano, situações que dificultavam um mais justo tratamento das questões oriundas do serviço prestado. Editou-se, portanto, tanto em âmbito nacional quanto internacional, um conjunto de novos regramentos que pudessem tratar com melhor precisão e justiça.

[17]RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 789.

[18]BRASIL. Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931, artigo primeiro, (1): "Aplica-se a presente Convenção a todo transporte internacional de pessôas, bagagem ou mercadorias, effectuado por aeronave, mediante remuneração. Applica-se igualmente aos transportes por aeronave effectuados gratuitamente por empreza de transportes aereos." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

[19]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 351.750-3 – STF, relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603051>. Acesso em: 15 jun. 2015.

[20]MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor – antinomia entre norma do CDC e leis especiais. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 03, p. 155-197, jul.-set. 1992, p. 05.

Não suficiente, todavia, a existência das aludidas normas jurídicas a emanar efeitos, aparentemente, sobre uma mesma espécie de situação de fato, ainda que a preliminar distinção venha a apontar, no caso de transporte internacional, para a incidência da Convenção, o objeto do presente estudo impõe a inclusão de um elemento complicador, qual seja o campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Na presente monografia, limitação imposta pela natureza e objetivo do estudo, está-se a tratar exclusivamente do regime jurídico de responsabilização civil aplicável ao contrato de transporte aéreo internacional, supostamente regulado pelas normas constantes na Convenção de Varsóvia e suas alterações, já que é este o objeto da discussão travada no recurso extraordinário que se pretende dissecar.

A Lei n. 8.078, que incluiu no ordenamento jurídico nacional o Código de Defesa do Consumidor, foi promulgada em 1990. É posterior, portanto, às normas constantes nos diplomas anteriormente examinados, notadamente à Convenção. O caso em em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, neste espaço, traz à tona discussão aparentemente sepultada pela jurisprudência nacional, visto o repertório de recentes decisões (inclusive dos tribunais superiores[21]), e que importaram no afastamento da incidência da Convenção de Varsóvia aos contratos de transporte aéreo internacional, notadamente ao regime que

---

[21]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 548.681 – STF, relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614530>. Acesso em: 15 jun. 2015.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 351.750-3 – STF, relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603051>. Acesso em: 15 jun. 2015.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 409.045/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 29/05/2015 (...) A responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei n. 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal) ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código de Defesa do Consumidor.(...). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1410776&num_registro=201303418113&data=20150529&formato=PDF>. Acesso em: 23 jun. 2015.

disciplina a responsabilidade civil do transportador, na hipótese de a relação jurídica atingir em um dos polos sujeito sob tutela do Código de Defesa do Consumidor. Acolhia-se o entendimento de que as normas protetivas da Lei 8.072/90, não somente por serem posteriores à Convenção, mas igualmente por disciplinarem de modo mais benéfico ao consumidor as hipóteses de ressarcimento por danos ocasionados na prestação do serviço, e por assim encamparem a determinação constitucional assentada no art. 5º, XXXII, da CF/88.

A decisão aguardada no recurso ora em julgamento perante o STF pode implicar, na hipótese de acolher a aplicação da Convenção em detrimento dos princípios e regras definidos no CDC, sensível alteração no que pertine ao alcance da responsabilidade civil do transportador. A norma internacional contém limitações em absoluto descompasso até mesmo na disciplina genérica constante no Código Civil de 2002, que do mesmo modo é posterior ao diploma jurídico que internalizou as normas da Convenção (Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931) e estabelece, em seu art. 732, que "aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais"[22].

Imperioso, para pontual esclarecimento do tema, que se prossiga ao exame dos principais aspectos do regime de responsabilidade civil constantes tanto na Convenção de Varsóvia e suas alterações quanto no Código de Defesa do Consumidor, o que constitui alvo de estudo e delimitação a seguir.

---

[22]BRASIL. Código Civil. Lei 10.409, de 10 de janeiro de 2002 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

# IV ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO NA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA

Ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931, a Convenção de Varsóvia (Convenção para a unificação de certas regras relativas ao trasporte aéreo internacional) é normativa de caráter internacional que pretende uniformizar a disciplina jurídica referente aos contratos de transporte internacional de passageiros. Delimita os pormenores relativos a esta modalidade específica de negócio que, por envolver circulação de pessoas entre diferentes países, impõe alguma forma de padronização para o equacionamento de diversas situações.

Na que pertine ao objetivo do presente estudo, a Convenção traz regramento próprio para as hipóteses de responsabilidade civil do prestador do serviço de transporte. Estabelece, a partir do seu capítulo III, particularidades em relação às hipóteses de ressarcimento de danos pessoais ou patrimoniais ao usuário do serviço.

A previsão inicial exsurge no art. 17, que esclarece a responsabilidade do transportador pelo dano ocasionado por morte ou dano pessoal sofrido pelo contratante do serviço, desde que o evento tenha ocorrido a bordo da aeronave, ou no curso de quaisquer operações de embarque ou desembarque dos passageiros. Em seguida, no art. 18, a norma disciplina a possibilidade de ressarcimento por danos à bagagem do contratante, desde que a situação ocorrido no curso do transporte.

É possível concluir-se, ante as duas previsões específicas constantes no texto da Convenção, que a norma estabelece hipóteses para indenização tanto de danos de natureza pessoal, à vida e à saúde do usuário, bem assim danos patrimoniais decorrentes de avarias à

bagagem por ele transportada. O art. 19 prevê, por sua vez, a responsabilidade do transportador pelo dano decorrente de atraso na execução do serviço.

Verifica-se que a Convenção elege uma responsabilidade de natureza subjetiva para as hipóteses elencadas, mediante presunção de culpa imposta ao transportador, já que ao viajante caberia tão somente demonstrar que o fato ocorreu a bordo da aeronave para, assim, postular o devido ressarcimento pelo prejuízo experimentado. É assim, ademais, já que no art. 20 a normativa internacional esclarece a possibilidade de exclusão da responsabilidade, desde que demonstre o transportador ter adotado as "medidas necessárias" para que não ocorresse o dano, ou que não lhes foi possível adotá-las. No caso de danos à bagagem do passageiro, outrossim, descreve o mesmo dispositivo da Convenção que não será responsável o transportador se for possível demonstrar que o dano decorreu de "erro de pilotagem, de conducção da aeronave ou de navegação, e que, a todos os demais respeitos, tomou, e tomaram os seus propostos, todas as medidas necessarias"[23] para que este não ocorresse. Dispõe o art. 21, por fim, que na hipótese de o transportador comprovar que o dano foi causado por culpa concorrente ou exclusiva do contratante lesado, poderá ser a responsabilidade excluída ou atenuada, respeitados os ditames da lei nacional do país onde julgada a questão.

A natureza da responsabilidade estabelecida na Convenção, dessa forma, é fundamentalmente amparada no conceito de culpa, apontando para largas hipóteses de afastamento do dever de indenizar. As exceções descritas na norma, e que permitem ao transportador eximir-se da responsabilidade, contemplam cláusulas abertas como a expressão "medidas necessárias", que autorizam interpretação notoriamente desfavorável ao usuário do serviço, já que não delimitam de forma suficiente a conduta exigida do prestador do serviço;

---

[23]BRASIL. Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931, artigo 20, (2). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

possibilitam, outrossim, a exclusão da responsabilidade mediante imputação da culpa a terceiro, mesmo que seus prepostos.

Em relação ao montante da indenização, para os casos previstos, estabelece a Convenção valores limitados. Indica, no art. 22, os patamares máximos que podem atingir as obrigações de ressarcimento a ser enfrentadas pelo transportador. Muito embora neste particular tenha havido atualização, nos termos do Protocolo de Haia, em 1955, bem assim Procolos de Montreal[24], ainda assim impôs-se patamares máximos para a fixação do montante indenizatório, que de modo algum encampam a possível totalidade dos prejuízos enfrentados pelas vítimas em razão dos diversos níveis de gravidade que os danos podem alcançar.

Para Cláudia Lima Marques o montante limitado da indenização estabelecido na norma internacional acabou por originar o que denominou "crise da Convenção de Varsóvia", apontando reações havidas em sistemas jurídicos de países signatários, tais como Estados Unidos, Itália e Alemanha, que acabaram por relativizar algumas das hipótese descritas naquela norma em favor de soluções estabelecidas nos ordenamentos nacionais[25]. A constatação, indicada pela autora, foi de que o passar do tempo e a consequente desvalorização das moedas acabou por tornar o montante de indenização estabelecido demasiadamente aquém de um nível aceitável de alocação de riscos, impondo ao usuário dos serviços prejuízo que tornava a relação desproporcional.

No Brasil igualmente é possível evidenciar o movimento de repulsa a determinados pormenores disciplinados na Convenção, já tendo sido apontado que a

---

[24]BRASIL. Decreto n. 2.860, de 07 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2860.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.
BRASIL. Decreto n. 2.861, de 07 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2861.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

[25]MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor – antinomia entre norma do CDC e leis especiais. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 03, p. 155-197, jul.-set. 1992, p. 07.

jurisprudência reconheceu a inconsistência daquela norma ante a disciplina jurídica posteriormente estabelecida em normas de direito interno. É certo, como apontou a autora anteriormente citada, que antes do advento da Constituição Federal de 1988 os casos trazidos a exame dos tribunais, seja por ocorrerem em menor quantidade ou pela por envolverem montantes financeiros pouco significativos, não encontraram maior atenção da comunidade jurídica. Após a promulgação da Constituição, no entanto, bem assim a edição do Código de Defesa do Consumidor, em que foram encampados princípios e normas que garantem maior proteção ao contratante do serviço, as discussões passaram a ganhar relevância e atenção da doutrina e jurisprudência nacionais. Neste sentido explica-nos também Sérgio Cavalieri Filho[26]:

> Após a vigência do Código do Consumidor tornou-se polêmica essa indenização limitada. De um lado, há os que sustentam que, sendo integral o dever de indenizar estatuído pelo Código (art. 6º, VI), as hipóteses de responsabilidade civil tarifada, em sede de acidente de consumo, restaram afastadas. De outro lado, os cultores do Direito Aeronáutico defendem o princípio de que, no conflito entre a lei interna e o tratado, prevalece o tratado, pelo que o Código do Consumidor em nada poderia alterar a Convenção de Varsóvia.

Sobre o tema, já indicando seu posicionamento no contexto da discussão travada, salienta Herman Benjamin[27]:

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

---

[26]FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 264.

[27]BENJAMIN, Antônio Herman. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial. 1999, n. 77. Disponível em: <http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1666.htm>. Acesso em: 14 mai. 2015.

É imperioso, portanto, ao esclarecimento das divergências e aprofundamento do estudo, que se compreenda a eventual dicotomia havida entre os ditames da Convenção e o Código de Defesa do Consumidor. O estudo do regime jurídico que os diferencia é aspecto prefacial à delimitação dos critérios de superação da possível antinomia das normas, o que será alvo de exame a seguir.

# V A DISCIPLINA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A tutela específica da relação jurídica de consumo, com a edição de um Código de Defesa, trouxe no âmbito da responsabilidade civil normas de caráter diferenciado. Decorrem exatamente do que neste estudo já oportunizou-se enfatizar, o reconhecimento da peculiaridade que envolve a ligação de sujeitos com características notadamente diversas, consumidor e fornecedor, em espécies de situações fáticas e jurídicas cada vez mais complexas.

Como já foi possível identificar, o desenvolvimento de tecnologia no último século fez surgir no mercado a oferta de produtos e serviços de caráter não antes conhecidos, que expõem seus usuários a riscos não adequadamente previstos pelas normas genéricas de proteção, em especial o Código Civil. Mesmo legislações especiais como o Código Brasileiro de Aeronáutica, por exemplo, supostamente apto a regular o transporte aéreo em nível nacional, por mais que encampasse a premissa do risco diferenciado da atividade, não estabeleceram regras que tivessem como primado o reconhecimento da vulnerabilidade do contratante do serviço; ao revés, contemplavam regras que por vezes buscavam, antes de tudo, proteger o fornecedor do serviço, sob o argumento de incentivo e fomento às novas atividades e tecnologias surgidas[28].

Os regimes de responsabilidade civil vigentes até a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor não continham normas que apresentassem rigor suficiente no que diz

[28]BENJAMIN, Antônio Herman. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial. 1999, n. 77. Disponível em: <http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1666.htm>. Acesso em: 14 mai. 2015.

respeito à integralidade de proteção ao sujeito vulnerável da relação de consumo. Herman Benjamim elenca alguns dos aspectos que demonstram a insuficiência da disciplina da responsabilidade antes da edição do Código[29]. Aponta, a título de exemplo, para a limitação do conceito de vício redibitório, tal qual delineado pelo Código Civil, como importante obstáculo à efetividade da reparação. Destaca, igualmente, a impropriedade dos prazos estabelecidos para hipóteses de insatisfação, bem assim a insuficiência da alternativas à composição de litígios (pelo regime geral de resolução de contratos dispunha-se tão somente da redibição do negócio ou o abatimento do preço). Indica, finalmente, um dos aspectos de maior debilidade à tutela do mercado, em especial quanto a fatores externos da utilização de produtos ou serviços no mercado de consumo, na legislação civil: a necessidade de contrato.

Sem dúvida a imposição das normas ordinárias para a caracterização da responsabilidade civil (como oposição à especificidade do regime jurídico do CDC) à disciplina de relações hoje reconhecidas pelo crescente avanço tecnológico e industrial, permitiam uma série de dificuldades à efetiva reparação de danos, exigindo minudente atenção do legislador do Código de Defesa do Consumidor. Complementa Antônio Herman Bejnamin, no mesmo sentido: "Realmente, um sistema cristalizado em 1804, com o Código Napoleônico, e que permaneceu praticamente inalterado durante quase dois séculos, não poderia dar resposta apropriada às necessidades de um mundo radicalmente transformado."[30]

José Geraldo Brito Filomeno busca apoio na doutrina de Gerard Cas, e salienta que "a sociedade industrial engendrou uma nova concepção de relações contratuais que têm em conta a desigualdade de fato entre os contratantes"[31]. Conclui que "o legislador procura proteger os mais fracos contra os mais poderosos, o leigo contra o melhor informado; os

---

[29]MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman. BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

[30]*Op. cit.*, pg. 105

[31]GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, pg. 117.

contratantes devem sempre curvar-se diante do que os juristas modernos chamam de 'ordem pública econômica'". Não por outro motivo é que as normas do Código de Defesa do Consumidor, tocante à responsabilidade civil, tinham de garantir uma especificidade necessária à proteção suficiente do consumidor, ante a novidade das relações jurídicas contempladas. Para o citado jurista francês, após ter-se manifestado com grande nitidez nas relações entre "empregadores e assalariados", a diminuição da liberdade contratual concentra-se hoje nas relações de consumo, que se estabelecem entre profissionais fornecedores ou distribuidores de produtos e serviços, e os usuários particulares. Trata-se de reconhecimento que implementa uma quebra de paradigma, e portanto altera de modo substancial o conteúdo da proteção não somente em hipóteses contratuais, mas igualmente extracontratuais.

Aponta Zelmo Denari, comentando acerca da lógica da relação jurídica de consumo, que o fornecedor comparece, em um primeiro momento, no pólo ativo, uma vez que atua como operador econômico, que participa do ciclo produtivo-distributivo da colocação no mercado de produtos ou serviços. Destaca, logo após, que no tocante à responsabilidade civil é o mesmo fornecedor quem surge no pólo passivo da ação do consumidor, alçado ao pólo ativo para dirimir controvérsias decorrentes do inadimplemento de obrigação contratual (responsabilidade contratual) ou da violação de direitos tutelados pela ordem jurídica de consumo (responsabilidade extracontratual). Arremata que "é justamente essa inversão de papéis, signo indelével da relação jurídica de consumo, que permite aludir à superação da velha dicotomia das responsabilidades contratual e extracontratual. O tratamento dado à matéria pelo CDC afasta a bipartição derivada do contrato ou do fato ilícito, rendendo ensejo à unificação da *summa divisio*"[32].

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu âmbito, portanto, um regime específico de responsabilidade civil, para além do art. 186 do Código Civil e

[32]GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, pg. 155.

legislações esparsas. Contempla, em seu art. 6º, que "São direitos básicos do Consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; (…) VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (...)". Reconhece, portanto, como núcleo principiológico às demais normas tocantes ao ressarcimento de prejuízos experimentados pelo consumidor, a premissa de que o fornecimento dos produtos ou serviços deve ter como fundamento o respeito à vida, saúde e segurança do consumidor, enfatizando que no caso de infortúnio a reparação deverá ser, em qualquer hipótese, efetiva.

Além dessa disciplina genérica, contempla o CDC normas específicas quanto ao que Herman Bejnamin convencionou denominar Teoria da Qualidade[33]. Explica no Ministro do Superior Tribunal de Justiça que o sistema pontual eleito pelo Código reconhece a especificidade da relação jurídica de consumo para, como não poderia deixar de ser, prever hipóteses específicas de tutela. Busca proteger, como textualmente refere, "duas órbitas".

Na primeira delas contém regras específicas de tutela à exposição do consumidor ao perigo decorrente da utilização do produto ou serviço posto à disposição no mercado; indica hipóteses em que esteja o consumidor exposto em sua saúde. O tipo básico de prejuízo decorre da ausência de qualidade extrínseca, e enseja o que a doutrina denominou, a exemplo de Zelmo Denari, acidente de consumo[34]. Exige do fornecedor, portanto, um dever negativo, de garantir a ausência do risco decorrente da prestação, de modo a evitar a ocorrência do fato. A segunda órbita de tutela referida pelo citado autor encampa normas de proteção à má prestação do serviço ou fornecimento do produto, decorrentes da inadequação ao fim a que se destinam; são, portanto, prejuízos de utilidade, patrimoniais, com natureza substancialmente

[33]MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman. BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

[34] GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, pg. 143.

intrínseca. Exigem do fornecedor uma conduta positiva, de garantir a qualidade e adequação do produto ou serviço posto à disposição no mercado de consumo.

Para Cláudia Lima Marques seria possível identificar, no direito comparado, evidência de que o legislador brasileiro amparou-se no conceito de garantia existente no sistema anglo-saxão. "Assim, os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso e, até mesmo, uma garantia referente à segurança que deles se espera"[35].

O Código de Defesa do Consumidor traduziu as duas hipóteses anteriormente delimitadas em seu capítulo IV, sob as denominações de "responsabilidade pelo fato do produto e do serviço" e "responsabilidade por vício do produto e do serviço". Para ambas as hipóteses, reguladas nos artigos 12 e seguintes, estabeleceu a norma brasileira a responsabilidade de natureza objetiva, em que não há espaço para discussão de culpa. No sistema do CDC basta ao consumidor demonstrar a existência do fato ou do vício do produto ou serviço, bem assim o nexo de causalidade, para que decorra o dever de indenizar de parte do fornecedor. Para Bruno Miragem, "a opção do CDC e da legislação de proteção do consumidor em todo o mundo, é o da responsabilização de natureza objetiva, dos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo"[36].

O objetivo do presente estudo, ao tratar da responsabilidade civil decorrente do contrato de transporte aéreo internacional, situa a relevância do tema ao regime disciplinado pelo Código do Consumidor aos denominados fatos do serviço, delimitados no art. 14 daquele diploma legal[37].

---

[35]MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman. MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 378.

[36]MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 523.

[37]BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e

Admitem-se, no sistema de responsabilidade do Código do Consumidor, como hipóteses de exclusão da responsabilidade pelo fato do serviço, tão somente a comprovação de que o defeito inexiste, ou que o fato decorreu de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º). No primeiro caso, conforme destaca Bruno Miragem, "em matéria de fato do serviço, sua má prestação que gera danos ao consumidor induz a uma verdadeira presunção de existência do defeito"[38], o que indica que sem comprovação absoluta da ausência do defeito não há o afastamento da responsabilidade. No segundo caso, trata-se de causa de rompimento de nexo de causalidade, já que a responsabilidade como visto é de natureza objetiva; é imperiosa a demonstração de que o fato do qual resultou o dano tenha decorrido de conduta exclusiva do consumidor ou de terceiro, este invariavelmente alheio à cadeia de fornecimento do serviço. Em todas as hipótese, necessário ressaltar, o ônus probatório recai sobre o fornecedor do serviço, a quem a lei estabelece uma presunção *juris tantum* de responsabilidade.

É forçoso reconhecer, tendo em vista a exposição acima, que o regime de responsabilização civil estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor é sensivelmente mais favorável à tutela da relação jurídica envolvendo o fornecimento de serviço, modalidade na qual se insere o contrato de transporte aéreo, do que as regras disciplinadas na Convenção de Varsóvia e suas atualizações. As distinções decorrem de valores e premissas diversos constantes em cada uma das legislações, inerentes aos contextos sociais econômicos que determinaram a edição de cada um dos diplomas.

Identificadas, portanto, as relevantes contradições havidas entre os dispositivos cujas normas aparentemente estão aptas a incidir sobre a mesma hipótese fática, a solução do problema exige, a fim de possibilitar do intérprete a eleição da norma a emanar efeitos no

---

riscos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

[38]MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 557.

contrato em exame, o estudo dos critérios de superação de conflitos delineados pela doutrina e jurisprudência, o que constitui objeto de análise nos tópicos seguintes.

# VI O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEGISLAÇÃO ESPECIAL – CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO E SUPERAÇÃO DA ANTINOMIA

"A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente a qual se encontram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia."[39] A constatação é do renomado jurista italiano Norberto Bobbio, que debruçou parte de seus estudos com a finalidade de demonstrar o ordenamento jurídico como um sistema, coeso e unitário, delimitando em sua citada obra critérios para a resolução dos eventuais conflitos havidos entre as normas existentes.

Para Cláudia Lima Marques as antinomias possuem um caráter efêmero, e constituem "as contradições aparentes ou reais entre duas normas vigentes e de existência simultânea no mesmo ordenamento jurídico, no momento de sua aplicação a um caso concreto, contradição esta que nega a coerência interna do sistema"[40]. Concentram-se, contudo, não no problema da vigência das normas, mas na necessidade de preservação da lógica do sistema, para o que deverá ser direcionada a solução, casuisticamente, delimitando a eficácia de cada uma das normas supostamente contraditórias.

A doutrina aponta tradicionalmente três critérios básicos de resolução de possíveis conflitos de normas jurídicas, quais sejam o cronológico (ou temporal), o hierárquico e o da especialidade[41]. Bobbio classifica as antinomias, por conseguinte, em aparentes ou reais, de

[39]BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 81.

[40]MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor – antinomia entre norma do CDC e leis especiais. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 03, p. 155-197, jul.-set. 1992, p. 02.

[41] BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 92.

acordo com a solvibilidade ante os critérios ordinários de resolução. Claudia Lima Marques, no entanto, utiliza a denominação conflitos de leis no tempo e no espaço, em sentido estrito, para indicar as hipóteses que cederiam ante a aplicação pura e simples dos critérios tradicionais de superação, e que portanto não seriam aptas a afetar a lógica do sistema, reservando a nomenclatura "antinomia" aos conflitos de natureza aparente, solucionáveis por critérios outros de interpretação.

A exposição realizada nos tópicos anteriores do presente estudo indicam inarredável conclusão: quanto à incidência normativa ao contrato de transporte aéreo internacional de passageiros existem, no mínimo, duas disciplinas aparentemente aplicáveis: o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Varsóvia. O primeiro, inevitavelmente, é norma que produz efeitos a ponto de regular aquela espécie de negócio jurídico, já que frequentemente um dos polos da relação está preenchido por um contratante tutelado pelas normas daquele dispositivo. A Convenção de Varsóvia, de sua sorte, também é norma jurídica apta a emanar efeitos e disciplinar o contrato em discussão, já que especificamente editada para regular os casos de transporte internacional, e justamente por esta situação editada sob natureza de tratado multinacional, vinculando mais de um Estado e unificando as normas aplicáveis. Resta delimitar, como intransponível tarefa do intérprete ao deparar-se com o possível conflito de normas jurídicas a incidir sobre idêntico suporte fático, os critérios necessários a encontrar a necessária superação.

Para o caso em exame no presente estudo, vistas as características de cada uma das normas em cotejo, percebe-se que a utilização pura e simples dos mecanismos tradicionais de superação de antinomias não implica satisfatória solução para a hipótese trabalhada. Não se trata de identificar, no caso, tão só a norma mais recente, já que contemplam disciplinas de naturezas diversas e, portanto, nenhuma cede tão somente pelo advento da outra. Inviável resolver a questão, do mesmo modo, mediante a utilização do critério hierárquico, já que a

norma constante no tratado internacional ratificado pelo Brasil é encampada pelo ordenamento jurídico com natureza de lei ordinária[42], tal qual o status conferido, *prima facie* pela classificação tradicional, ao Código de Defesa do Consumidor. De pouca relevância, por fim, o manejo do critério da especialidade, visto que cada um dos diplomas contempla, em certa medida, o tratamento de questões de âmbito peculiar: enquanto a Convenção estabelece regras próprias ao transporte aéreo internacional, o Código do Consumidor dispõe acerca das relações jurídicas específicas havidas no mercado de consumo; possível dizer que a Convenção estabelece normas *ratione materiae*, enquanto o Código disciplina *ratione personae*. Trata-se, portanto, da hipótese referida pelos precitados autores em que se está diante da insuficiência dos critérios tradicionais de resolução de conflitos de normas no ordenamento jurídico.

Tem-se aí, portanto, a fundamental dificuldade para que seja posta a solução à incidência normativa proposta neste estudo, e que desafia aprofundamento do espectro interpretativo. Cuida-se, em verdade, de necessidade decorrente da própria evolução das ciências jurídicas, que encamparam no último século normas de proteção social e intervencionismo do Estado em relações jurídicas antes tomadas sob ponto de vista eminentemente privado. Sobre o tema, ainda, o sentir de Claudia Lima Marques[43]:

> Com as modificações sofridas pela ciência do direito neste Século, há um crescente ceticismo quanto à possibilidade dos critérios tradicionais propostos desde a escolástica fornecerem soluções absolutas. No campo do Direito Intertemporal, reconheceu-se, na França, que as soluções propostas para o problema da retroatividade da lei e do respeito ao direito adquirido não resultam de uma análise meramente jurídica, são conjunturais, dependendo de fatores filosóficos, sociológicos e ideológicos, o que impede o caráter absoluto das soluções encontradas.

---

[42]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 349.703/RS – STF, relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 29 jun. 2015.

[43]MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor – antinomia entre norma do CDC e leis especiais. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 03, p. 155-197, jul.-set. 1992, p. 04.

A busca da solução interpretativa para a resolução da antinomia posta em estudo passa, então, pela aferição do conteúdo valorativo das normas em conflito, sua vinculação com os fundamentos da Constituição, bem assim os princípios básicos estampados no ordenamento jurídico de cada Estado. Para Canotilho[44] ”o direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o direito do estado constitucional democrático e de direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios”. Conclui, a seguir, o professor português: “o tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na metódica de concretização do direito e, por conseguinte, na actividade jurisdicional dos juízes”. Daí a afirmação de que “cada vez mais, em se tratando de conflitos entre critérios se utiliza uma interpretação 'conforme a constituição' para destacar a norma que deverá efetivamente ser aplicada ao caso concreto, afastando a outra e solucionando a antinomia entre as normas”[45].

A ideia encontra amparo também na lição de Bobbio, que esclarece a necessidade de superação dos critérios ordinários e prevê novas possibilidades de interpretação. Sustenta ser a mais comum delas a solução em que o operador não afasta, em si, as normas incompatíveis, mas elimina das normas as incompatibilidades, permanecendo ambas em coexistência no ordenamento sob a justificativa de que a antinomia deriva, justamente, da incompleta ou unilateral interpretação.[46]

Robert Alexy aponta para a histórica discussão havida no Tribunal Constitucional Alemão, na denominada sentença Lüth, como marco que delimita o surgimento de novos

---

[44] A “principialização” da jurisprudência através da constituição. Revista de Processo. São Paulo, vol. 98, p. 83, abr. 2000.

[45]MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor – antinomia entre norma do CDC e leis especiais. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 03, p. 155-197, jul.-set. 1992, p. 04.

[46] BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 102.

argumentos para solucionar a confrontação de princípios. Para aquela corte, "valores como princípios são propensos a colidir", de modo que "uma colisão de princípios somente por ponderação pode ser resolvida"[47]. Explica o autor, em apertada síntese, que o método da ponderação pode ser definido na seguinte regra: "quanto maior for o grau de não-satisfação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro"[48], ou seja, importa uma decisão que permita sopesar com qual intensidade um conjunto de normas deve prevalecer em detrimento das demais. Válida, acerca do tema, igualmente a lição de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos[49]:

> A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.

Humberto Ávila, para quem a ponderação é um postulado[50], a define como um "método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento". Adverte, no entanto, para a necessária observância de critérios, sob pena de o raciocínio deixar de obter a desejada utilidade para a aplicação do direito.

Pois bem, conforme foi possível identificar das diferentes espécies de tutela jurídica estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor e na Convenção de Varsóvia, é incontestável que a disciplina constante na Lei n. 8.078/90 contempla um regime de

---

[47]ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. Revista de Direito Privado. São Paulo, vol. 24, out. 2005, p. 334.

[48]ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 593.

[49]BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Fòrum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006aspx?pdiCntd=4716>. Acesso em: 9 jun. 2015.

[50]AVILA. Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 130.

responsabilidade civil mais favorável à perfectibilização do ressarcimento de danos. Permite-se, de acordo com o conjunto de regras trazidas pelo Código, o integral ressarcimento de eventuais prejuízos decorrentes da execução do contrato, e que decorram de defeitos da prestação do serviço de transporte. A disciplina da Convenção, em contrapartida, contempla verdadeiros privilégios em favor das empresas aéreas em sacrifício daquilo que Sérgio Cavalieri denomina "obrigação de garantia" ou cláusula de incolumidade, no seguintes termos:

> Sem dúvida, a característica mais importante do contrato de transporte é a *cláusula de incolumidade* que nele está implícita. A obrigação do transportador não é apenas de meio, não só de resultado, mas também de *garantia*. Não se obriga ele a tomar as providências e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte: obriga-se pelo fim, isto é, farante o bom êxito. (…) Em suma, entende-se por cláusula de incolumidade a obrigação que tem o transportador de conduzir o passageiro são e salvo ao lugar de destino. [51]

O contrato de transporte, segundo Bruno Miragem, "funda-se na confiança. A prestação principal do transportador é deslocar, no espaço, de certa origem a um destino predefinido, pessoa ou coisa. E exige que se coloque, em certos termos, sob o controle do transportador"[52]. A cláusula que restringe, de qualquer modo, a possibilidade de ressarcimento de danos é, portanto, e por natureza, contrária à própria natureza do negócio.

Não é demasiado reprisar, de outra sorte, que a natureza objetiva da responsabilidade civil estabelecida no Código de Defesa do Consumidor garante a maior eficácia ao direito de incolumidade supra referido, já que deixa de impor ao contratante do serviço, notadamente vulnerável ante o despreparo e desconhecimento técnico do negócio, o ônus de discussão de culpa na eventual ocorrência de infortúnio.

---

[51]FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 240.

[52]MIRAGEM, Bruno. Contrato de transporte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.

A necessidade de resolução da antinomia das normas indica, desse modo, o imperioso prosseguimento do estudo, a fim de traçar com maior precisão o conteúdo jurídico de cada um dos diplomas envolvidos, suas características e valores encampados, de modo a possibilitar ao intérprete argumentos seguros para a solução do aparente conflito; para tanto, vista a moderna delimitação interpretativa que se desenvolveu para o embate envolvendo princípios, essencial que se efetue a análise do caso proposto sob o prisma da norma de maior relevância no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988.

# VII A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O legislador constitucional brasileiro de 1988 elencou, no rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão, no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, o que denominou "defesa do consumidor", indicando que esta seria promovida, pelo Estado, "na forma da lei". Estabeleceu o constituinte ainda, no art. 170 daquele diploma, que a defesa do consumidor constitui princípio geral da atividade econômica.

A dicção posta pelo legislador, elevando este que constitui específico ramo do direito privado a uma matriz constitucional, com status a distinção dentre os direitos fundamentais, bem assim como princípio geral da atividade econômica representa, no aspecto particular do presente estudo, o reconhecimento da vulnerabilidade havida nesta especial e peculiar relação jurídica. Encampa, no ápice da pirâmide normativa do ordenamento brasileiro, o resultado do processo histórico de desenvolvimento econômico e social, ocorrido a partir da revolução industrial do século XVIII, e que culminou com o notável avanço tecnológico do século XX. Reconhece que a partir de então as relações sociais tornaram-se inequivocamente permeadas por uma economia de massa, rompendo os paradigmas do individualismo e liberalismo que outrora dominavam o conhecimento humano e as ciências sociais.

No sentir de Claudia Lima Marques[53], a proteção do consumidor tem explicação não somente na submissão estrutural e no "desequilíbrio de forças típicos da sociedade de informação e consumo", mas igualmente porque constitui um "símbolo da globalização", uma

[53]MARQUES, Cláudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalilzado: studium generale sobre o consumidor como homo novus. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 85, p. 25-62, jan.-fev. 2013.

realidade social decorrente do contexto econômico e cultural da atualidade. Explica a autora, ainda, que a participação no mercado de consumo globalizado estaria a demonstrar indicativo de riqueza ou pobreza, já que consumidor seria tão somente a quem é permitido desfrutar dos frutos da globalização e evolução da tecnologia. Daí a conclusão de que, no contexto do desenvolvimento do Brasil, é possível afirmar que a inclusão de grande parcela da população no mercado de consumo indica a tentativa de transformação do modelo histórico de atraso, conferindo-se então o destacado nível de proteção estabelecido, citando a inclusão no rol de "direitos fundamentais coletivos e do cidadão".

A realidade normativa apresentada traduz, pode-se dizer, o processo de constitucionalização dos direitos, seguindo uma mudança de concepção do próprio Estado de Direito, que se tornou compreendido não somente em seu aspecto organizacional, mas igualmente moderador das realidades sociais, econômicas e culturais. É resultado da evolução dos conceitos de Estado e Constituição, bem assim reflete o permanente desenvolvimento histórico dos direitos do homem[54].

Sustenta Zelmo Denari[55], em alusão ao aspecto histórico que ensejou a disciplina constitucional de defesa do consumidor, que "de repente, neste início de século e de milênio, o homem se dá conta de que vive numa sociedade de consumo". Prossegue o autor enfatizando que "a característica mais marcante dessa sociedade é a produção em massa, fruto da revolução industrial e, mais proximamente, da revolução tecnológica". A necessidade de tutela destas novas relações sociais havidas na atualidade, portanto, embalou o constituinte a elencar, como próprio de direitos de maior relevância, a defesa do consumidor dentre os valores de mais alta distinção na carta constitucional.

---

[54]LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 22, p. 141, jan, 1998.

[55]GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, pg.

Para Claudia Lima Marques, entender "como este direito privado foi construído pressupõe valorar as mudanças na forma de produção, distribuição, comercialização e consumo que ocorreram nas três revoluções industriais"[56]. Foi o que compreendeu o legislador constitucional brasileiro, proporcionando ao cidadão o quilate elevado de valoração da norma jurídica que tutela as relações de consumo, em favor evidentemente do sujeito com características vulneráveis, garantindo-lhes a mais ampla proteção.

Bruno Miragem, buscando apoio em Robert Alexy, para quem "os direitos humanos só podem desenvolver seu pleno vigor quando garantidos por normas de direito positivo", salienta que o constituinte brasileiro, percebendo esta necessidade e encampando a ideia de efetiva proteção, "não apenas garantiu os direitos do consumidor como direito e princípio fundamental, como determinou ao legislador a realização de um sistema com caráter normativo, que garantisse a proteção estabelecida pela Constituição"[57].

Ensina-nos, também a este respeito, Cláudia Lima Marques, salientando que "o ordenamento jurídico brasileiro é um sistema, um sistema ordenado de direito positivo. Sob esta ótica sistemática, o direito do consumidor é um reflexo do direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores", citando as normas da Constituição Federal que estabelecem a origem da disciplina normativa editada no direito nacional (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da CF/88, art. 48 do ADCT-CF/88)[58].

Luis Roberto Barroso, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal e participante do julgamento do caso em análise no presente trabalho, trata do tema da efetividade de

---

[56]MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman. BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

[57]O Direito do Consumidor como Direito Fundamental – consequências jurídicas de um conceito. Revista de Direito do Consumidor, vol. 43, p. 11-132, jul-set. 2002.

[58]Manual de Direito do Consumidor, Antônio Herman V. Benjamin, Leonardo Roscoe Bessa, Revista dos Tribunais, 2 ed. 2008, p. 26.

direitos consagrados na Constituição[59], notadamente em seu aspecto interpretativo, abarcando o aspecto histórico do direito pátrio e elencando motivos para a efetividade da dicção constitucional.

> A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental com mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.

Para Bruno Miragem, ainda, a previsão constitucional do art. 5º, que define a defesa do consumidor como direito fundamental e delimita a sua implementação "na forma da lei", revela "um comando específico ao legislador para que realizasse o detalhamento da proteção constitucional, reconheceu a este a possibilidade de construção das normas próprias de proteção, de modo a otimizar a finalidade específica da disposição constitucional"[60].

O advento do Código de Defesa do Consumidor, portanto, encampa em verdade não uma opção legislativa, mas uma determinação constitucional. A sua edição era imprescindível para a garantia de eficácia ao direito fundamental estabelecido, e de modo substancial. A identificação da lei como de ordem pública, por sua vez, "revela um status diferenciado à norma que, (…) embora não a torne hierarquicamente superior às demais, lhe outorga um caráter preferencial"[61].

A realidade normativa apresentada neste capítulo revela o moderno sistema de proteção jurídica ao consumidor disciplinado no direito brasileiro, que introduziu o tema em

---

[59]BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Fòrum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006aspx?pdiCntd=4716>. Acesso em: 9 jun. 2015.

[60]MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 59.

[61]MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 60-61.

matriz constitucional, com status de direito fundamental, indicando a criação de norma específica para a tutela desses direitos. Manifesta o objetivo de garantir não só o reconhecimento do tema ou *promessas de atuação*, como refere Luis Roberto Barroso, mas como garantia de eficácia e plenitude no contexto da tutela constitucional de direitos. Exige, pois, ao fim a que se destina o presente estudo, um necessário desmembramento de breves aspectos históricos que determinaram a posição da defesa do consumidor no contexto dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, a ponto de melhor compreender a consequência jurídica desta expressão; impõe, em seguida, o estudo de aspectos vinculados à interpretação e eficácia constitucional dos direitos fundamentais no campo das relações jurídicas de direito privado, preliminares ao enfoque da disciplina do Código de Defesa do Consumidor e sua incidência aos contratos de transporte internacional de passageiros.

# VIII EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEFESA DO CONSUMIDOR

> A efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma ideia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional.[62]

O excerto da lição de Luis Roberto Barroso é ponto de partida elucidativo para o enfoque que se pretende encampar ao tema da defesa do consumidor e sua condição de direito fundamental. Apresenta-nos o ideário de imperatividade e efetividade capaz de garantir, ao campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor, a maior abrangência, aproximando-se do que se entende ter determinado o constituinte a eleger tal espécie de relação jurídica a caráter de fundamentalidade.

É verdade que a Lei n. 8.078/90 completa seus 25 anos de existência com histórico de notável alteração no campo das relações havidas no mercado de consumo. Muitos são os avanços obtidos com o imediato reconhecimento, pelos Tribunais do país, dos princípios e regras trazidos pela então novel legislação, e que antes eram dominados pela dicção do Código Civil, Comercial, e legislações esparsas, nenhuma delas com o enfoque protetivo maturado pelo CDC. O caso proposto neste estudo, todavia, demonstra de modo

---

[62]BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Fòrum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006aspx?pdiCntd=4716>. Acesso em: 9 jun. 2015.

inequívoco o que Bruno Miragem apresentara ainda em 2002[63], referindo-se ao desafio de encontrar soluções adequadas ao crescimento das situações fáticas reguladas pelo direito do consumidor. Dizia-nos, naquela ocasião, que um aspecto deveria ser examinado com maior empenho pelos operadores, "a identificação dos reflexos no ordenamento jurídico da posição do direito do consumidor como direito fundamental e o princípio da ordem econômica, a partir de sua matriz constitucional". Especificava, por necessário, que tal preocupação trazia como pano de fundo a necessidade de exame dos reflexos dogmáticos desta "posição", bem assim de seu caráter preferencial em relação a normas diversas do ordenamento, que supostamente pudessem ser alegadas para regular idêntica situação de fato.

O aprofundamento do tema, para a necessária identificação dos efeitos da tutela do consumidor como direito fundamental, confunde-se com o exame da eficácia das normas constitucionais e a preocupação quanto à efetividade dos direitos fundamentais. Para efeito do presente trabalho é imperioso resgatar, já que à defesa do consumidor importa a plena incidência da dicção constitucional, breve esboço histórico do que hoje pretende-se sustentar.

O fenômeno denominado *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, ou eficácia externa (*drittwirkung* ou *horizontalwirkung*) é conceito de significativa importância ao estudo da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas discutidas neste estudo, que busca esclarecer a disciplina aplicável aos contratos de transporte aéreo internacional. Indica ao intérprete uma adicional linha argumentativa para entender a necessidade de emprestar à norma disciplinada no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, como visto, sua máxima eficácia, em prol do participante vulnerável da relação de consumo.

André Ramos Tavares[64] aponta que o tema da eficácia dita horizontal dos direitos fundamentais foi inicialmente discutido nas décadas de 40 e 50 do século XX, indicando caso

[63]MIRAGEM, Bruno. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 43, p. 111-132, jul.-set. 2002.
[64]Ramos Tavares, André. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

havido na Alemanha (denominado caso Lüth, que tratava acerca da livre manifestação de opinião), como oportunidade em que inicialmente decidiu-se acerca da possibilidade de os direitos fundamentais serem opostos diretamente entre particulares, notadamente quando confrontantes a uma norma jurídica de caráter ordinário. Segue referindo que, na doutrina, Hans Nipperdey posiciona-se pioneiramente favorável à tese da aplicação imediata, ainda em 1.954, sustentando a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações de natureza privada.

Ensina-nos Marcelo Duque[65], em breve apontamento histórico, que o surgimento da discussão acerca da possibilidade de vinculação de particulares ao cumprimento de direitos fundamentais é tema que surge como oposição ao conteúdo das Constituições do Estado Liberal tradicional. Estas, concebidas em momento histórico cuja preocupação central era a limitação de poder do Estado em face dos indivíduos, estabeleciam o núcleo dos direitos fundamentais como voltados tão somente a esta espécie de relação. Denominou-se concepção unilateral dos direitos fundamentais, já que vistos sob a ótica de proteção do indivíduo em face do Estado. Vinculavam-se ao conceito tradicional de Constituição, como forma de limitação de poderes e organização do Estado. A este respeito definia José Afonso da Silva:

> A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos de um Estado.[66]

Ocorre que o fenômeno social já estudado, ocorrido a partir do século XX, de desenvolvimento tecnológico e industrial, fomentador da sociedade de relações massificadas e

---

[65]Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos, in A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. [org] Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

[66] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p 42.

especialmente complexas, determinou o surgimento da diversificação dos poderes para além do Estado. Parte da sociedade, em especial objeto deste trabalho, detentora de mecanismos de produção e distribuição de produtos e serviços, passam a exercer uma função social determinante. É este avanço de poder que determina a necessidade de criação de institutos jurídicos que possam tutelar esta nova espécie de relacionamento, entre sujeitos particulares, mas que não mais podem ser concebido com a igualdade com que eram compreendidos pelo estado liberal. "As ameaças aos direitos fundamentais deixaram de provir, como já anunciado, única e exclusivamente do Estado. Nessa conexão de elementos, insere-se o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas."[67] Surgem, portanto, como vinculativos a particulares, complementando o espaço em relação ao qual a proteção ordinária anteriormente concebida tornou-se insuficiente.

A lição de Robert Alexy aponta também para o que denominou concepção "ampla ou holística" dos direitos fundamentais, como contraponto à construção de que protegem tão somente determinadas posições do cidadão, abstratamente, contra o estado. Para o jurista alemão, "normas de direitos fundamentais não se esgotam nisto, de proteger determinadas posições do cidadão, descritas abstratamente, contra o estado. Esta eterna função dos direitos fundamentais é inserida em um quadro mais espaçoso"[68].

Jorge Miranda traduz do mesmo modo o processo histórico de evolução do conteúdo e delineamento dos direitos fundamentais:

> A evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de retração ou de obnubilação, acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos – bem como o progresso científico, técnico e econômico (que permite

---

[67]Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos, in A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. [org] Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 92.

[68]ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. Revista de Direito Privado. São Paulo, vol. 24, out. 2005, p. 334.

> satisfazer necessidades cada vez maiores de populações cada vez mais urbanizadas).[69]

No mesmo sentido salienta Bruno Miragem:

> "a consagração de direitos fundamentais para sujeitos de relações privadas, como o consumidor na relação de consumo, choca-se com o conceito liberal clássico de Constituição, e sua definição como documento de organização e limitação do poder político. (...) é animada por uma nova concepção sobre o sentido e a função da Constituição, construída a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz – como preconizado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 10.12.1948".[70]

Ânderson Lobato[71], em texto acerca do reconhecimento de direitos fundamentais, explica que neste contexto histórico se observa "uma mudança imponente na concepção do Estado que deixa de ser visto exclusivamente enquanto manifestação de um poder despótico e passa a ser reconhecido enquanto poder capaz de garantir o equilíbrio social e econômico". Isso para reconhecer, como consequência no plano fático-jurídico, que "a sociedade deixa de se preocupar somente com a proteção do indivíduo diante da ação do Estado para, ao contrário, exigir sua ação no sentido da concretização dos novos direitos econômicos, sociais e culturais".

Conclui Marcelo Duque acerca do amparo teórico para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares:

> Pode-se afirmar, portanto, que a condição de fundamentalidade de uma norma constitucional representa uma característica que, efetivamente, permite a sustentação da tese da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. Tal sustentação decorre do fato de que os órgãos estatais não podem estabelecer qualquer discriminação ou restrição em razão de origem, raça, cor, sexo, idade, crença religiosa, concepção filosófica, entre outros, eles devem atentar, ao menos em princípio, para que os entes privados não venham a cometer discriminação

---

[69]Miranda, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 1, p. 198, out. 1992.

[70]MIRAGEM, Bruno. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 43, p. 112.

[71]O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 22, jan, 1998, p. 141.

> semelhante nas relações travadas entre si. As relações jurídicas de caráter privado estão, pois, influenciadas, sobremaneira, por esses elementos de discriminação.[72]

Para André Ramos Tavares[73], o novo conceito de eficácia é característico de direitos de terceira dimensão, que se caracterizam pela titularidade coletiva ou difusa, também denominados direitos da solidariedade ou fraternidade. Aponta que "a consequência mais veemente do reconhecimento dessa categoria ampla de interesses foi a de pôr a descoberto a insuficiência estrutural de uma Administração Pública e de um sistema judicial calcados exclusivamente no ideário liberal". Arremata o autor, neste particular, sustentando que a proteção jurídica constitucional dos direitos fundamentais até então comportava referência individual, incapaz de lidar com fenômenos de amplitude e natureza metaindividuais.

Não há, todavia, campo neutro ao reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Assim como há o movimento de aceitação do campo de incidência das normas constitucionais, diretamente, às hipóteses em que relacionam-se sujeitos de direito privado, igualmente há a resistência de parte da doutrina quanto ao modo de reconhecimento desta interpretação. Aponta-nos André Ramos Tavares alguns dos argumentos para a mitigação do alcance horizontal dos direitos fundamentais, dentre os quais o possível "risco, especialmente no Brasil, de constitucionalizar todo o Direito e todas as relações particulares, relegando o Direito privado a segundo plano no tratamento de tais matérias"[74].

É inviável, todavia, admitir-se no atual estágio de desenvolvimento estrutural do Estado, bem assim das relações sociais entre particulares, a limitação da incidência dos direitos fundamentais tão somente de modo mediato. As Constituições, de acordo com o avanço dos estudos acerca da teoria constitucional, encampam não somente normas de

---

[72]A nova crise do contrato, Claudia Lima Marques, Revista dos Tribunais, pg. 110, 2007.
[73]Ramos Tavares, André. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 458.
[74]TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 487.

limitação de poderes do Estado, mas especialmente um conjunto de valores, conceitos que constituem o seu verdadeiro fundamento. São denominados de "identidade da Constituição"[75], indicadores axiológicos sobre os quais se ampara a ideia de soberania e estado de direito.

Para Bruno Miragem, a incorporação de relações jurídicas antes tuteladas pela legislação ordinária, no contexto da Constituição, não significa evidentemente mero "artifício dogmático". Há que se buscar as consequências concretas na tutela desses direitos, de acordo com o professor, "no mínimo, estabelecendo-os como preferenciais em relação a outros direitos de matriz infraconstitucional. No máximo, determinando providências concretas para sua realização".

Sobre o tema, ainda, defendendo o caráter normativo da Constituição, e a possibilidade de o Estado intervir nas relações jurídico-privadas, em especial na defesa de direitos humanos fundamentais, Cláudia Lima Marques[76]:

> Nos Séculos XVIII e XIX, tendo em vista a "fraqueza jurídica" da Constituição frente ao Liberalismo dominante e às relações de força na Sociedade, possuía esta uma função meramente negativa (a limitar o Estado), o centro do sistema era representado pelas codificações, pelo Código Civil, com sua força científica, sistemática e completa, representando a própria evolução da Ciência do Direito. O intervencionismo estatal, a publicização do Direito Privado no Século XX e idéia de Estado Social resultarão no reconhecimento de uma função positiva da Constituição, a determinar não só a abstenção do Estado, mas sua ação, a transfigurar e impregnar como medida normativa todo o sistema do Direito.

Neste aspecto, o reconhecimento da incidência do Código de Defesa do Consumidor no âmbito de regulação do contrato de transporte internacional de passageiros parece perspectiva inarredável. Sob a ótica de conformação constitucional, é a norma jurídica que potencializa a eficácia do direito fundamental de defesa do consumidor, e que constitui

---

[75]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

[76]MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor – antinomia entre norma do CDC e leis especiais. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 03, p. 155-197, jul.-set. 1992.

em plano concreto a reclamada incidência no âmbito das relações jurídico privadas, de modo a afastar, sob o enfoque das anteriormente delimitadas técnicas interpretativas, a disciplina normativa que represente menor proteção pela lei fundamental.

# IX EFICÁCIA DA DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO – PRIMADO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A inclusão da proteção do consumidor como direito fundamental na Constituição de 1988 indica, como tentou-se demonstrar, reconhecimento jurídico positivo da relevância social do tema, da evolução das tecnologias e a transmudação do mercado de fornecimento de produtos e serviços em relações jurídicas de massa, impondo a necessidade de sua justa e efetiva regulação. De acordo com a orientação da doutrina, que explica o processo histórico de constitucionalização do direito, a exemplo do que ensina o professor Anderson Lobato, "trata-se justamente de uma mudança radical do papel do Estado na vida em sociedade que além de garantir os direitos de liberdade, passa a ser compreendido enquanto promotor do bem-estar social, permitindo a necessária correção das desigualdades econômicas e sociais".[77]

Insuficiente seria a previsão constitucional da tutela ao cidadão vulnerável no mercado de consumo, necessário pontuar, se a ela não estivesse estreitamente vinculada a inarredável garantia de eficácia no contexto dos demais direitos elencados no ordenamento; garantia evidentemente não só reconhecida à efetividade da defesa do consumidor, mas igualmente a todo o rol de direitos fundamentais expressa ou implicitamente descortinados na previsão constitucional. Daí porque a escolha do constituinte recaiu nos valores que, a priori, foram elevados a verdadeiros alicerces sobre os quais foi edificado o estado democrático de direito no Brasil; direitos que a nação inclui na qualidade de fundamentais porque neles ampara os valores básicos da construção e orientação de seu Estado.

---

[77]LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 22, p. 141, jan, 1998.

É certo dizer que os direitos fundamentais possuem status diferenciado no ordenamento constitucional, a par de sua importância ao estado democrático de direito, como garantia de certa "vitaliciedade"[78]. São cláusula pétrea reconhecida no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal[79], matérias em relação as quais não se admite alteração. O sistema jurídico nacional, assim, é forçoso reconhecer, quanto a direitos e garantias fundamentais, não admite retrocesso, não permite alteração ou revogação. Constitui, como demonstrou-se anteriormente, resultado de um processo histórico de evolução das concepções de Estado, hoje reconhecido como não somente garantidor de direitos em face do poder por ele exercido, mas igualmente um promotor de valores estabelecidos nas constituições. É permitido considerar, visto o elenco de características superiores outorgadas aos direitos fundamentais, que a eles o sistema jurídico nacional proporcionou o anteparo da segurança jurídica.

Ainda que não expressamente declinado no corpo da norma constitucional, permite-se assentar que o direito positivo brasileiro encampa o princípio da segurança jurídica. A afirmativa decorre da interpretação sistemática do conteúdo do texto fundamental, muito embora encontre respaldo, como ensina Ingo Sarlet[80], em diversos regramentos expressos, tais como o princípio da legalidade em matéria penal, o princípio da irretroatividade tributária, proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, dentre outros. Completa o professor Ingo, em referido ensaio, que de maneira ou outra, esteja o princípio da segurança jurídica expressamente reconhecido, ou não, no ordenamento jurídico positivo, impedimento algum para que ocorra o seu reconhecimento, indicando respaldo em decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades

---

[78]SARLET, Ingo. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 57, p. 05, out. 2006.

[79]Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) §4º Não será objeto de deliberação proposta tendente a abolir (…) IV – os direitos e garantias fundamentais.

[80]SARLET, Ingo. *op. cit.*

Europeias e Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Conclui, sobre o reconhecimento da segurança jurídica e sua vinculação ao Estado de Direito:

> Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e *num certo sentido* – um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também o "governo das leis" (até pelo gato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultas em despotismo e toda a sorete de iniquidades. Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do |Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.[81]

Ao direito do consumidor, que assume papel de elevada importância no contexto da ordenação econômica, já que dela igualmente constitui, como já estudado, princípio regulador, toca especial vinculação ao foco da segurança jurídica e, especialmente, proibição de retrocesso em termos de direitos e garantias fundamentais. Se é certo, como já admitido neste trabalho, que a garantia de eficácia dos direitos fundamentais encampa as relações jurídicas de natureza privada, igualmente imperioso reconhecer a necessidade de implementar, no contexto dos negócios entabulados no mercado de consumo, o arcabouço interpretativo que alcança ao complexo de direitos e garantias definidos no art. 5º da Constituição Federal a sua maior eficácia. Isso porque as ideias de segurança jurídica vinculam-se, de modo estruturante, com as máxima tutela da dignidade da pessoa humana, fundamento da República[82], bem assim os deveres de confiança e boa-fé que permeiam toda a sorte de relações jurídico privadas. Ao cidadão que interage no mercado consumidor deve ser reconhecido o implemento da justa

---

[81]SARLET, Ingo. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 57, out. 2006, p. 08.

[82]BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (…) III – a dignidade da pessoa humana (…).

expectativa, da estabilidade das negociações, mas especialmente das regras incidentes sobre os atos jurídicos que pratica.

A proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais é objeto de denso estudo pela doutrina especializada. Constitui, em apertada síntese, a vedação de que o poder público deixe de reconhecer, em suas mais variadas formas de atuação, e não apenas na condição de legislador, posições jurídicas devidamente assumidas pelos cidadãos. Trata-se de autêntica garantia, como consequência do princípio da segurança jurídica e do próprio Estado de Direito[83], de que direitos e garantias individuais, no espectro já reconhecido sob variados atos da autoridade pública, fazem parte do arcabouço exigível de proteção.

No reduzido escopo deste estudo, de proporção monográfica, implica relacionar a garantia de eficácia horizontal da defesa do consumidor como direito fundamental, a segurança jurídica de proteção de posições previamente assumidas, ideias das quais decorre a proibição de retrocesso em matéria de direitos e garantias individuais, para assim propor uma aproximação com a tutela jurídica do cidadão vulnerável no mercado de consumo.

Ingo Sarlet[84] reconhece, no entanto, o caráter relativo da interpretação que limita a possibilidade de alteração no campo de abrangência dos direitos fundamentais, neste contexto de proibição de retrocesso, tratando de direitos sociais. Encontra respaldo na dignidade da pessoa, no mínimo existencial e na proteção da confiança como critérios suficientes a balizar a garantia de eficácia do direito fundamental de natureza social, a fim de sustentar a proibição de retrocesso naquela seara. Confere ao instituto um caráter de princípio constitucional fundamental implícito, vinculando-o tanto ao princípio do Estado de Direito, e corolário da maximização de eficácia das normas de direitos fundamentais, cujo cerne define como a dignidade da pessoa humana.

---

[83]SARLET, Ingo. *op. cit.,* p. 06.
[84]SARLET, Ingo. *op. cit.,* p. 12.

O direito do consumidor, na medida em que constitui tutela em face da vulnerabilidade e da desigualdade reconhecidas nas relações jurídicas entre particulares, concepção legislativa do princípio do *favor debilis* explicado por Claudia Lima Marques[85], encontra na dignidade da pessoa humana, do mesmo modo, a garantia de seu status de direito fundamental. A proteção da confiança, por sua vez, corolário da proibição de retrocesso, é atualmente "um dos mais importantes princípios do direito privado"[86]. Para Cavalieri Filho, "confiança é a credibilidade que o consumidor deposita no produto ou no vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar os fins que razoavelmente deles se espera"[87]. Reclama, no sentido proposto por Bruno Miragem, "a necessidade de estabelecimento da garantia da aplicação e efetividade do direito, por intermédio da proteção da confiança individual e social"[88]. Daí porque é imperioso estender à tutela do consumidor, potencializada pela incidência da Lei n. 8.078/90, o rol de prerrogativas inerentes aos direitos fundamentais, dentre as quais a vanguardeira concepção de proibição de retrocesso, modo a garantir a preservação das posições jurídicas assumidas, e que estejam em conformidade a resguardar a dignidade da pessoa humana[89].

---

[85]MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman. BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

[86]MIRAGEM, Bruno. Contrato de transporte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

[87]FILHO, Sérgio Cavalieri. O direito do consumidor no limiar do século XXI. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 35, jul.-set. 2000, p. 102.

[88]MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 36.

[89]SARLET, Ingo. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 149.

# X CONCLUSÃO

Os argumentos trazidos no presente estudo, restrito à exposição de caso em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e ao exame da incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte internacional de passageiros, implicam o reconhecimento da importância do tema no contexto da jurisdição constitucional brasileira, em especial no seu aspecto de garantia de eficácia de direitos fundamentais.

Salientou-se, como fundamento à análise do caso, a eleição do legislador constitucional brasileiro, em 1988, quando definiu a *defesa do consumidor* não somente como princípio da ordem econômica, no art. 170, V, da CF/88, mas especialmente como Direito Fundamental, disciplinado no art. 5º, XXXII, do texto magno.

É visto que a evolução dos julgados que se debruçaram sobre o tema indicaram, no seio da jurisprudência, o reconhecimento da defesa do consumidor como direito fundamental do cidadão no Estado brasileiro. Outorgaram a garantia de incidência do princípio constitucional, complementado e pormenorizado com a edição do Código de Defesa do Consumidor, diploma que encampa conceitos de ordem pública e rende, como sustentado, eficácia diferenciada no ordenamento jurídico nacional.

A interpretação que se avizinha, emanada em acórdão do Supremo Tribunal Federal cujos votos já foram publicados, contempla verdadeiro retrocesso na série de julgados das cortes do país. Retrocesso, aliás, que na perspectiva constitucional já fora reconhecido e afastado, pelo próprio Supremo Tribunal, quando do julgamento de caso análogo, em que se decidiu de modo textual: “Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro de

Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor"[90].

Partindo-se de uma breve justificativa à qualificação do direito do consumidor como direito fundamental, forçoso o reconhecimento de um dever de garantia do Estado à tutela da relação jurídica de consumo como forma de assegurar a justiça no relacionamento entre particulares em condições de desigualdade. Impositivo reconhecer, como único substrato legítimo de interpretação dos princípios e valores constitucionais, na hipótese de antinomia de normas, a alternativa que empreste maior tutela aos interesses do cidadão vulnerável, assim reconhecido na Constituição de 1988, como opção que encampa de modo mais estreito o conteúdo da dignidade da pessoa humana.

O Código de Defesa do Consumidor, cujo âmbito de incidência é o universo de relações jurídicas nas mais diversas situações cuja vulnerabilidade é presumida, é a disciplina jurídica nacional editada para concretizar a necessária eficácia do princípio constitucional previamente assentado. Estabelece, de modo inequívoco, ao tratar dos direitos básicos do consumidor, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos[91]. Define, ainda, que os direitos previstos naquela norma não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário[92].

Inevitável entender, ante a configuração do Estado Democrático de Direito entorno do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, que a órbita de justificação dos Direitos e Garantias fundamentais do cidadão encontra amparo neste específico fundamento. Imperioso admitir que a necessidade de garantia do Estado ao cumprimento de direitos fundamentais está vinculada ao sistema de valores elencados no texto constitucional,

[90]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 651.750-3 / Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=351750&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 18 jun. 2015.

[91]Art. 6º, VI.

[92]Art. 7º, caput.

imprescindíveis como critérios de proteção do cidadão ante o possível enfrentamento de situações de desigualdade.

É inegável o incremento das atividades de empresas fornecedoras de serviço de transporte internacional de passageiros. Dados estatísticos apresentados no presente estudo demonstram a crescente utilização desta modalidade de serviço por consumidores brasileiros, municiados, sob certo aspecto, pelo incremento de renda e facilitação de crédito proporcionado por políticas econômicas das últimas décadas. Inegável o exercício de atividade social relevante do conjunto de fornecedores que detém o controle desta atuação, como exercício de poder apartado da atuação típica do Estado. Forçoso reconhecer, ante a realidade do mercado neste particular, a necessidade de tutela estatal específica, sob fundada justificativa de implementar ações afirmativas no intuito de proteção a direitos fundamentais e princípios que regulam a atividade econômica, notadamente em favor do contratante vulnerável, juridicamente definido como consumidor. Trata-se da atuação do Estado-Juiz no reconhecimento da concepção objetiva dos direitos fundamentais, como garantia de sua eficácia a relações jurídicas de caráter privado, na atuação interpretativa que empreste maior efetividade ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

À Convenção de Varsóvia, norma de cunho internacional encampada pelo Brasil como instrumento jurídico a regulamentar contratos de transporte internacional, vistos os argumentos ora trazidos, somente sobrará incidência na condição de norma jurídica suplementar, com conteúdo limitado às situações em que não afastem a garantia constitucional de defesa do consumidor, em todos os seus aspectos. Se é verdade que a própria Constituição definiu, no art. 178, que a legislação disporá sobre a ordenação do transporte aéreo, e deverá observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade, também é certo que estabeleceu, no art. 170, que dá início ao capítulo dos princípios gerais da atividade econômica, a defesa do consumidor como primado valorativo.

Sob ótica constitucional é correto sustentar que o Código de Defesa do Consumidor encampa, em suas diretrizes normativas, valores definidos como direitos fundamentais do cidadão, como a vida, segurança e propriedade, nos termos do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Mais do que isso, a incidência dos ditames do CDC potencializam um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF/88). É por este motivo, mesmo que ciente de que a dignidade possibilita a relativização de seu conteúdo[93], que deve prevalecer no exame do caso concreto a norma jurídica que preserve os seus aspectos essenciais, o que não nos parece ocorrer caso o intérprete opte pela hipótese da Convenção.

À solução de eventual antinomia, a este ponto permitida sob forma de conclusão, impõe-se o reconhecimento da incidência do Código de Defesa do Consumidor, seja como interpretação que proporcione a maior eficácia à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição Federal); seja como imposição da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, oponíveis e exigíveis de particulares, na medida em que resguarda a situação da parte que teve sua vulnerabilidade potencializada ante a possibilidade de naufragar em um nível insuficiente de proteção garantido pelos direitos fundamentais.

O futuro do Direito do Consumidor, para Sérgio Cavalieri Filho[94], "está na dependência do prestígio e o reforço que essa mudança de mentalidade merecerá de todos os profissionais do direito". Nas palavras do eminente professor, por fim, o Direito do Consumidor é o "único direito que tem condições de dar proteção jurídica eficaz ao consumidor; é o único capaz de dar soluções justas aos complexos problemas das relações de consumo, não só aos que já surgiram como aos que podem surgir".

[93]SARLET, Ingo. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 177.

[94]FILHO, Sérgio Cavalieri. O direito do consumidor no limiar do século XXI. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 35, jul.-set. 2000, p. 108.

# XI BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. Revista de Direito Privado. São Paulo, vol. 24, p. 334, out. 2005.

AVILA. Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006aspx?pdiCntd=4716>. Acesso em: 9 jun. 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial. 1999, n. 77. Disponível em: <http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1666.htm>. Acesso em: 14 mai. 2015.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. A "principialização" da jurisprudência através da constituição. Revista de Processo. São Paulo, vol. 98, p. 83, abr. 2000.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FILHO, Sérgio Cavalieri. O direito do consumidor no limiar do século XXI. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 35, p. 97-108, jul.-set. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 22, p. 141, jan, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima (org.). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman. MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman. BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalilzado: studium generale sobre o consumidor como homo novus. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 85, p. 25-62, jan.-fev. 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor – antinomia entre norma do CDC e leis especiais. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 03, p. 155-197, jul.-set. 1992.

MIRAGEM, Bruno. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 43, p. 111-132, jul.-set. 2002.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. Contrato de transporte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 1, p. 198, out. 1992.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SARLET, Ingo. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito

constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 57, p. 05, out. 2006.

SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 36, p. 54 - 104, dez. 2000.

SARLET, Ingo. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.