

O TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PRO HOMINE COMO CRITÉRIO DE SOLUÇÃO DA ANTINOMIA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O SISTEMA DE VARSÓVIA

AIR TRANSPORT OF PASSENGERS AND PRO HOMINE PRINCIPLE'S APPLICATION AS CRITERIA FOR SOLVING THE ANTINOMY BETWEEN THE BRAZILIAN CONSUMER PROTECTION CODE AND THE WARSAW SYSTEM

Fábio Campelo Conrado de Holanda 

Centro Universitário Sete de Setembro (UNI7), Fortaleza, CE, Brasil.

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Professor do Centro Universitário 7 de Setembro e Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.

E-mail: fabiodeholanda@yahoo.com.br

Matheus Alves de Sousa Atalano 

Centro Universitário Sete de Setembro (UNI7), Fortaleza, CE, Brasil.

Doutorando em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Professor do Centro Universitário Sete de Setembro e da Universidade de Fortaleza (Unifor).

E-mail: atalanioatheus@gmail.com

RESUMO: O presente artigo busca investigar em que medida o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal referente a antinomia entre o Código de Defesa do Consumidor e o sistema de Varsóvia preenche as expectativas interpretativas denotadas pelo princípio pro homine no ordenamento jurídico brasileiro. Demonstra-se a motivação da criação do Sistema de Varsóvia e a importância da sua manutenção. Analisa-se o posicionamento do código de defesa do consumidor, específico do transporte aero nacional no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, o eventual embate com o sistema de Varsóvia. Detalha-se a necessidade de aplicação do princípio pro homine para a superação da antinomia entre o código de defesa do consumidor e o sistema de Varsóvia. Por fim, demonstra-se que o princípio pro homine deve atuar como um vetor de necessária interpretação para proteção dos direitos fundamentais dos consumidores de transporte aero internacional. Neste trabalho, utiliza-se o método dedutivo, de natureza qualitativa e exploratória por meio de análise bibliográfica, periódicos nacionais e internacionais, além da análise do posicionamento adotado pela Suprema Corte brasileira.

Palavras-chave: antinomia; defesa do consumidor; transporte aéreo internacional; Sistema de Varsóvia; princípio *pro homine*.

ABSTRACT: The research seeks to investigate to what extent the position adopted by the Brazilian Supreme Court regarding the antinomy between the consumer protection code and the Warsaw system fulfills the interpretative expectations denoted by the pro homine principle in the Brazilian legal system. It demonstrates the motivation for the creation of the Warsaw System and the importance of its maintenance. The position of the consumer protection code, specific to national air transport in the Brazilian legal system, is analyzed, as well as the eventual collision with the Warsaw system. It details the need to apply the pro homine principle to overcome the antinomy between the consumer protection code and the Warsaw system. Finally, it is demonstrated that the pro homine principle must act as a vector of necessary interpretation to protect the fundamental rights of consumers of international air transport. In this article, the deductive method, of a qualitative and exploratory nature, is used through bibliographic analysis, national and international journals, in addition to the analysis of the position adopted by the Brazilian Supreme Court.

Keywords: antinomy; consumer protection; international air transport; Warsaw system; *pro homine* principle.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O SISTEMA DE VARSÓVIA: DA NECESSIDADE DE SUA INSTITUIÇÃO À MODIFICAÇÃO GLOBALIZATÓRIA. 3 O POSICIONAMENTO ATUAL DOS DIREITOS RELATIVOS AOS CONSUMIDORES DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. 4 A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PRO HOMINE PARA SUPERAÇÃO DA ANTINOMIA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O SISTEMA DE VARSÓVIA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

No universo de situações que envolvem a ordem social e econômica do Estado contemporaneamente, tem-se que alguns dos temas mais instigantes e que reclamam a atenção do Poder Judiciário são as demandas relacionadas com o transporte aéreo de passageiros, em que a assimetria informacional é uma circunstância que mais flagela a vulnerabilidade apriorística dos consumidores (sendo o transportador aéreo um fornecedor).

No início do século XIX, as realizações humanas decorrentes principalmente da Revolução Industrial (Burns, 1953) trouxeram profundas mudanças na forma como o homem passou a pensar seus negócios, sobretudo comerciais, surgindo o transporte aéreo, mesmo que de maneira incipiente, com um grande potencial financeiro.

Apesar do potencial de escalabilidade do negócio, dificuldades relativas à logística, bem como àquelas que os investidores encontravam no negócio do transporte aéreo civil, foram levadas em consideração pelos países que decidiram por proteger tal ramo de negócios no plano internacional, por meio, sobretudo, das Convenções de Varsóvia, que foram se consolidando como um sistema de proteção, e, nesse sentido, receberam a alcunha de Sistema de Varsóvia (malgrado a primeira das tais convenções tenha sido instituída em 1929, perdura até os dias atuais).

Dentre as muitas regras que foram estabelecidas por essa proteção, tem-se que a responsabilidade civil do transportador aéreo foi limitada a um valor específico, que é vista por alguns como bastante reduzido, a depender do dano sofrido pelo passageiro.

No plano normativo brasileiro, não se pode olvidar que o direito do consumidor possui caráter constitucional, tendo em vista a expressa disposição presente no art. 5º, XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) e sua posterior regulação pela Lei nº 8.078/1990. A última legislação, também chamada de Código de Defesa do Consumidor (CDC), prega justamente o contrário da convenção internacional há pouco citada: a responsabilidade civil do transportador aéreo não pode ser limitada, haja vista a necessidade de mensurar a extensão do dano sofrido, pois objetiva, inicialmente, a reparação do dano causado ao consumidor.

Logo, diante desse contraponto, alguns questionamentos foram apresentados, de modo que se passou a considerar alguns potenciais problemas na ininterrupta proteção ao transportador aéreo prevista pelo Sistema de Varsóvia.

Com o advento do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 636.331/RJ, conduzido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) à luz da Repercussão Geral nº 210, e que versou principalmente sobre a antinomia entre o Sistema de Varsóvia (que pregava a limitação da responsabilidade do transportador aéreo de natureza civil) e o CDC (que pregava a não limitação, a depender da extensão do dano causado).

O debate antinômico é proposto à luz de uma série de argumentos, entre os quais, destaca-se a *teoria dos diálogos das fontes*, elucidada pelo voto da ministra Rosa Weber, além das históricas reflexões dos professores Erik Jayme e Cláudia Lima Marques. Naquele julgado, o STF decidiu pela manutenção do *status quo*, isto é, a favor do Sistema de Varsóvia, invocando o art. 178 da CRFB/88, que preza pela manutenção da proteção ao transportador aéreo civil em virtude das convenções internacionais que o Brasil ratificou.

Ocorre que a delimitação do presente estudo se volta ao aprofundamento do princípio *pro homine*, também denominado princípio *pro persona*, que, segundo Rodolfo E. Pisa Escalante, é “*um critério fundamental que impõe a natureza própria dos direitos humanos, a qual obriga a interpretação extensiva das normas que os consagram e amplia a restrição para as que normas que os limitam*” (apud. Urquiaga, 2015, online).

Isso indica que os direitos humanos devem ser compreendidos à luz de suas características instituidoras, isto é, gerando a necessidade de exigibilidade imediata e incondicional de sua proteção. Ressalte-se que esse princípio está presente desde os primórdios da sistematização dos direitos humanos e seu caráter universal (Hunt, 2009, p. 7-9).

É certo que – diante da compreensão de que todos os indivíduos são sujeitos de direitos humanos e, conseqüentemente, de direitos fundamentais –, percebe-se que o CDC possui relação direta com o princípio, o que, em um conflito, poderia mudar toda a perspectiva do julgamento. Sendo assim, a delimitação do presente estudo se volta a analisar os reflexos do posicionamento do STF no microsistema das relações de consumo, em especial na dinâmica normativa em epígrafe.

E, então, surge a problemática principal: Em que medida o posicionamento adotado pelo STF referente à antinomia entre o CDC e o Sistema de Varsóvia preenche as expectativas de direitos humanos denotadas pelo princípio *pro homine* no ordenamento jurídico brasileiro? Além disso, outros eventuais questionamentos passaram a emoldurar esta pesquisa, a saber: Ainda há,

no ordenamento jurídico brasileiro, a necessidade da manutenção da proteção relativa a eventuais danos causados aos consumidores, prevista pelo Sistema de Varsóvia? Como se posiciona o CDC de forma específica aos direitos relativos ao transporte aéreo internacional no ordenamento jurídico brasileiro? Em que medida a aplicação do princípio *pro homine* pode garantir os direitos fundamentais dos indivíduos à luz da antinomia entre o CDC e o Sistema de Varsóvia?

O interesse na realização deste trabalho justifica-se pela necessidade de aprofundamento científico sobre a defesa do consumidor em um cenário de dificuldades transfronteiriças presente na dinâmica do transporte aéreo, bem como pela imposição de uma revisão legislativa (a par do que se observa no plano internacional) em face de uma política mercadológica ultrapassada, que visa proteger unicamente as empresas, colocando, em segundo plano, os direitos fundamentais dos consumidores, algo que, inicialmente, parece estar em desacordo com os fundamentos da CRFB/88.

Metodologicamente, utilizar-se-á de uma pesquisa de natureza qualitativa, dedutiva, de natureza exploratória, que será realizada por meio de uma análise bibliográfica de livros e periódicos científicos nacionais e internacionais, além da análise do posicionamento adotado pela Suprema Corte do Brasil à luz da proteção internacional dos direitos humanos. Tal opção metodológica se impõe em face da necessidade de se apresentarem argumentos críticos acerca da aplicação das normas brasileiras de natureza consumerista ao ambiente factual regulado pelo tratado internacional.

2 O SISTEMA DE VARSÓVIA: DA NECESSIDADE DE SUA INSTITUIÇÃO À MODIFICAÇÃO GLOBALIZATÓRIA

Na esteira das reflexões sobre as normas que envolvem o transporte aéreo de passageiros, alguns autores têm pontuado que “*a tutela do consumidor em juízo não se resume à mera disciplina processual inserida no CDC, pois deve contemplar a evolução desse segmento do direito privado que trouxe princípios próprios na disciplina da matéria*” (Holanda; Dutra, 2017, p. 139-156).

Assim, tem-se que, a despeito do vanguardismo do CDC ao ser editado quando os sistemas de proteção ao consumidor no mundo ainda não estavam devidamente sistematizados, fato é que a dinâmica dos tratados e convenções internacionais se agregam como importantes instrumentos de interpretação do microssistema consumerista.

Uma das características mais marcantes dessa modalidade contratual é a circunstância do consumidor se sujeitar à lógica dos contratos de adesão, que é vantajoso por facilitar a aquisição de serviços (dentre os quais as passagens aéreas) em face de sua arquitetura mais dinâmica. Não à toa, “*em contraponto à impossibilidade de os celebrantes tergiversarem sobre os termos da avença por ocasião desta modalidade contratual, aviltou-se a necessidade de revisão de alguns pactos*”, sobretudo pela necessidade de afastar a aplicação de cláusulas abusivas, relativizando o dogma da intangibilidade do contrato (Holanda; Dutra, 2017, p. 139-156).

O século XIX trouxe consigo uma série de incertezas no que diz respeito ao progresso na produção fabril (Burns, 1953), percebendo-se que a Aeronáutica, sob a perspectiva tecnológica, em menos de um século de existência evoluiu tecnologicamente a ponto de ser comparada à invenção da roda, ao permitir a superação de grandes distâncias, e, com ela, a integração dos mercados (Pedro, 2012).

Apenas alguns anos depois da Primeira Guerra Mundial, a aviação, que teve um papel fundamental nos conflitos armados, começou a ser vista como possibilidade real de negócio, tendo a exploração do serviço de transporte aéreo ganhado investimentos e iniciado sua estruturação e regulação jurídica (Araújo, 2012, p. 8). A indústria do transporte aéreo, desde o seu nascimento, obteve um tratamento diferenciado pelo direito e isso ocorre pela própria história da aviação comercial.

Havia, naquele tempo, muita insegurança quanto à utilização da aviação como um meio civil, o que poderia motivar os sistemas jurídicos a criar mecanismos regulatórios e limitativos da responsabilidade civil (Benjamin, 2012, p. 28, *online*). Algo que certamente teria um viés de proteger os investidores do ramo à manutenção de um – cf. já provado – meio de transporte rápido, eficaz e seguro.

É certo que as empresas que muito gastaram para investir, em um ramo pioneiro, naquele momento, deveriam obter algo em troca dos seus altos custos; afinal, segundo Alberto Asquini, a empresa orbita na esfera da economia da troca (Asquini, 1996), possuindo, como objetivo principal, o lucro, sendo certo que a empresa detentora da possibilidade de usufruto da aviação como um meio civil diferencia-se no mercado, seja pela tecnologia empregada, seja pela velocidade, segurança e eficiência das aeronaves, além de um expressivo excedente de aviões e pilotos (Pedro, 2012).

O transporte aéreo internacional, diferentemente do transporte marítimo, não vincula os seus meios de transporte, no caso, as aeronaves, a um território de sua bandeira. Esse motivo levou os estudiosos do Direito Internacional a debruçarem-se sobre o assunto de forma a tornar necessária a imposição de normas de responsabilidade que viesse a vincular os transportadores aos seus usuários (Pedro, 2012).

Existem algumas normativas internacionais em matéria de aviação civil, podendo ser citados três tratados multilaterais que vinculam mais de um Estado, desenvolvidos após a Primeira Guerra Mundial, caso da Convenção de Paris (1919), da Convenção de Havana (1928) e da Convenção de Varsóvia (1929) (Rezek, 2011, p. 373).

A mais importante dentre elas é a Convenção de Varsóvia, internalizada pelo Brasil mediante o Decreto nº 20.704, de 24 novembro de 1931, e que teve como objetivo principal a unificação das regras concernentes ao transporte aéreo internacional de pessoas, bagagens e mercadorias efetuado por uma aeronave, mediante remuneração¹ (Targa, 2017, p. 33, *online*).

Além disso, a referida Convenção instituiu o *princípio da limitação da responsabilidade*, impedindo indenizações “ilimitadas” a título de responsabilidade civil, com o visio de garantir o desenvolvimento da indústria do transporte aéreo, dada a dificuldade das empresas transportadoras em responder sem parâmetros e de modo assimétrico pelos prejuízos causados em casos de acidente (Cavaliere Filho, 2014, p. 384).

A Convenção de Varsóvia prescreveu a responsabilidade dos transportadores aéreos. No curso da aeronave, por exemplo, seja durante o voo ou durante as operações de embarque e desembarque, o transportador responde pelos danos ocasionados por ferimentos, lesões corporais e morte causadas ao viajante. Além disso, responde também pela avaria, destruição ou perda da bagagem despachada, bem como de mercadorias no período em que estejam sob guarda do transportador (Brasil, 1931).

O fato é que tal norma trouxe hipóteses em que o transportador se exime de responsabilidade, no caso em que provar que tomou as medidas necessárias para evitar o dano ou, ainda, que não foi possível tomar as tais medidas; ou quando provar que o dano foi causado pelo viajante lesado ou esse tendo contribuído para o dano; ou, por fim, nos casos em que limitam a responsabilidade do transportador ao pagamento por passageiro (Brasil, 1931).²

Segundo Maria Luiza Baillo Targa (2017, p. 37, *online*), o Decreto Legislativo nº 22/1979 aprovou os textos dos Protocolos 1, 2, 3 e 4 à Convenção, com o objetivo de instituir um valor atualizado para a indenização de passageiros a título de responsabilidade por danos no transporte aéreo, servindo para limitar a responsabilidade do transportador à quantia de 100.00 (cem mil) Direitos Especiais de Saque pelo conjunto de pedidos, por passageiro.

Em 1999, realizou-se a Conferência Internacional do Direito Aeronáutico, que serviu para apresentar os estudos de modernização da Convenção de Varsóvia realizados pela Organização

¹ Esse argumento confirma-se pela leitura do art. 1º, 1 da Convenção de Varsóvia, a saber: “*La présente Convention s'applique à tout transport international de personnes, bagages ou marchandises, effect par aéronef contre rémunération. Elle s'applique également a transports gratuits effectués par aéronef par une entreprise transports aériens.*” (BRASIL. Decreto n. 20.704 de 24 de novembro de 1931. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20704.htm. Acesso em: 9 jan. 2020.)

² O valor (em francos) fez com que a Convenção de Varsóvia sofresse algumas alterações com a finalidade de atualizar o montante descrito no referido tratado internacional (TARGA, 2017, p. 35, *online*). O Protocolo de Haia (1955) é um exemplo disso. Ele foi um dos tratados que modificou, por disposição do seu art. XI, o valor de 250 mil francos, por passageiro (BRASIL, 1963). Outra das alterações foi a prevista pela Convenção de Guadalajara (1965), além de, em 1971, ter sido aprovado também o Protocolo da Guatemala, que confirmou o aumento do valor de indenização máxima por viajante para 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) francos (TARGA, 2017, p. 35, *online*).

Internacional de Aviação Civil, agência especializada das Nações Unidas. Nessa ocasião, os Estados buscaram modernizar as disposições da Convenção de Varsóvia para que se adaptasse às premissas já trabalhadas pelo direito aeronáutico internacional privado.

Posteriormente, o Brasil ratificou a Convenção de Montreal, por meio do Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006, que, apesar de ter mantido um “valor-limite” para a indenização de danos sofridos pelos passageiros no transporte aéreo internacional, modernizou em alguns pontos a legislação (Brasil, 2006).

O objetivo de limitar os valores relativos à indenização – por responsabilidade do transportador pelos danos causados ao passageiro no transporte aéreo internacional – era o de estimular um ramo mercadológico visto como um investimento de alto risco, cenário factual distinto da consolidação do fenômeno da globalização, em face dos lucros das empresas de transporte aéreo e dos elevados níveis de segurança deste segmento, inclusive no âmbito internacional (Silva, Silva, Santos, 2018, *online*).

Decorrência normativa do art. 5º, XXII da CRFB/88 adveio o CDC, prevendo que o passageiro e o transportador podem, respectivamente, serem alçados na figura de consumidor-fornecedor, a despeito dos arts. 2º e 3º desta codificação; logo, é indubitável que as empresas que prestam serviço de transporte aéreo internacional estão açambarcadas pelo microssistema das relações de consumo, impondo-se que as disposições normativas internacionais sejam temperadas, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, de modo a viabilizar a proteção do consumidor.

3 O POSICIONAMENTO ATUAL DOS DIREITOS RELATIVOS AOS CONSUMIDORES DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

O princípio *da dignidade da pessoa humana* garante ao ser humano a efetivação de seus direitos fundamentais, que receberam esta alcunha a partir do momento que foram positivados no plano interno dos Estados, isto é, nas Constituições e na legislação infraconstitucional. No período ulterior à Segunda Guerra Mundial, o denominado pós-positivismo se consolidou com o propósito de instituir normas jurídicas respeitadoras das premissas éticas no plano interno dos Estados.

A previsão constitucional de proteção do consumidor é uma norma constitucional de eficácia limitada, tendo em vista a dependência da lei integradora com a garantia da democracia e do exercício de outros direitos fundamentais, não se podendo olvidar do art. 170, V, CRFB/88, que situa a defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica brasileira (entre outros, tais como a livre iniciativa e a defesa da concorrência).

Assim, a par da importância de tutelar o consumidor, sobretudo em um contexto de uma sociedade complexa, onde se fomenta o consumismo com sofisticadas técnicas de *neuromarketing* que agudizam a vulnerabilidade situacional, informacional e algorítmica dos contratantes do transporte aéreo, deve-se atentar para a resolução de conflitos que viabilize o mercado sob o ponto de vista econômico, com o estabelecimento de parâmetros claros de responsabilização das empresas fornecedoras do serviço (a teor do art. 6º, VI, do CDC), a fim de que a tutela jurisdicional (eventualmente instada a se pronunciar) não represente um total desprestígio aos direitos dos consumidores.

Como visto, a legislação consumerista brasileira se alicerça no *princípio da reparação integral*, chancelando ao consumidor lesado a possibilidade de obter a reparação dos danos sofridos por parte do fornecedor no limite da possibilidade de reparar o dano, de forma não limitada. Isso se contrapõe ao que foi proposto e ratificado pelo Estado brasileiro por meio das várias convenções internacionais integrantes do Sistema de Varsóvia, exigindo uma composição interpretativa entre o art. 5º, § 2º, da CRFB/88, e o art. 7º do CDC.

Acerca da hierarquia das normas provenientes do plano internacional no plano interno, tem-se a reflexão dualista do italiano Dionísio Anzilotti, que sustenta a teoria que as normas internas e as normas internacionais são independentes e que, para que obtenham validade jurídica, não dependem de nenhum condicionamento da norma nacional (REZEK, 2009, p. 28-30). Valerio Mazzuoli entende que, para que uma norma internacional tenha valor jurídico dentro

do Estado ratificante, a norma internacional deve se internacionalizar ao direito interno, por meio de um processo jurídico específico, que pode ser chamado de “recepção” (2019, p. 93,97).

Por outro lado, há quem entenda que as normas internacionais e as normas internas fazem parte do mesmo plano numa ordem jurídica, por partir do pressuposto de unicidade. O monismo teve duas correntes, uma que, diante de um conflito entre a norma internacional e a norma interna, a primeira prevaleceria, caso do monismo internacionalista defendido principalmente por Hans Kelsen; e a que a segunda, caso do monismo nacionalista, prevaleceria, ao pregar sobretudo ideias relativas à soberania estatal (Rezek, 2009, p. 28-30).

A tese que determina a primazia do direito internacional sobre o direito interno encontra fundamento no art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), que sustenta que “*uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno pra justificar o inadimplemento de um tratado*”. (Brasil, 2009). Em virtude disso, e apesar de ter uma série de controvérsias acerca de qual modelo o Brasil venha a seguir (Accioly; Silva; Casella, 2012, p. 230), o modelo do monismo internacionalista parece ter encontrado assento, segundo Valerio Mazzuoli, após o Brasil ter ratificado, no ano de 2009, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (2019, p. 106-107).

À luz de todo esse aparato teórico, interessa o aprofundamento sobre os direitos humanos que se buscará discutir a seguir.

4 A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PRO HOMINE* PARA SUPERAÇÃO DA ANTINOMIA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O SISTEMA DE VARSÓVIA

A questão da aparente antinomia jurídica chegou à Suprema Corte brasileira através do RE nº 636.331 RJ, que continha como partes a *Société Air France*, pessoa jurídica de direito privado, e Sylvia Regina de Moraes Rosolem, pessoa natural que figurou como recorrida no julgamento do recurso pelo STF, ensejando a instituição da Repercussão Geral nº 210³, e dessa antinomia, o relator, ministro Gilmar Mendes, iniciou novamente os debates acerca do tema.

De um lado, a recorrida amparava-se na tese da primazia do CDC, com lastro na reparação integral do dano, sustentada pelo seu art. 14, indicando que o fornecedor de serviços responde pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, independentemente da existência de culpa.

Do outro lado, a recorrente se apoiava na Convenção de Montreal, que atualizou o Sistema de Varsóvia, em que, por intermédio de seu art. 22, indicava uma limitação de 1.000 a 4.150 Direitos Especiais de Saque⁴, limitando as possibilidades de pedido de indenização pela reparação de danos ocorridos aos consumidores no serviço de transporte aéreo internacional.

Didaticamente, uma antinomia jurídica é conceituada como “*a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular*” (2009, p. 484). No caso concreto, percebe-se justamente isso. Não se sabe, ou melhor, é difícil compreender, sob uma argumentação jurídica, qual norma deve ser aplicada para que o melhor direito seja respeitado.

Partindo do pressuposto de monismo, em que a norma internacional e a interna, após o processo de recepção, fazem parte de um mesmo sistema jurídico, Maria Helena Diniz aduz que três são os critérios de resolução: hierárquico; cronológico; e da especialidade (2009, p. 487).

Ao analisar a antinomia presente entre o CDC e o Sistema de Varsóvia, discute-se, no primeiro momento, a perspectiva hierárquica, idealizada pelo brocardo latino *lex superior derogat legi inferiori*, a saber: se, no embate entre uma norma constitucional e uma norma

³ Repercussão Geral nº 210: “Limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia”.

⁴ O Direito Especial de Saque é uma base de troca, uma moeda criada pelo Fundo Monetário Internacional (BENJAMIN, Antonio Herman V. Transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 100, a. 24, p. 23-37, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/19>. Acesso em: 23 ago. 2020.).

internacional plenamente ratificada e operando efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, prevalece a segunda, faz-se certo de que a norma internacional, caso do Sistema de Varsóvia, deveria ter o respaldo, a proteção hierárquica constitucional ou de mesmo “poder”.

Entretanto, independentemente do julgamento – e atual entendimento – do STF no caso do RE nº 466.343-1 SP, que analise, no momento posterior à reforma do judiciário promovida pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, a despeito do art. 5º, § 3º, e o debate com o seu § 2º, sabe-se que os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos possuem *status* de normas infraconstitucionais, isto é, possuem hierarquia abaixo da CRFB/88 (Mazzuoli, 2019, p. 444, 451). Isso indica que em um embate entre as normas, pelo viés da hierarquia, não se poderia, neste caso, prevalecer o Sistema de Varsóvia.

No segundo momento, sob o ponto de vista cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), percebe-se que a Convenção de Varsóvia foi cunhada na vigência de uma outra Constituição, que ainda não concebia os direitos fundamentais da forma como foram dispostos na CRFB/88.

No entanto, mesmo com a vigência da Carta Magna em questão, bem como da vigência do CDC, no ano de 2006, ratificou-se a Convenção de Montreal, último dos tratados internacionais que regulam o Sistema de Varsóvia, que, inclusive, possuía o objetivo de harmonizar e modernizar as premissas da primeira convenção. Nesse sentido, prevaleceria o entendimento do Sistema de Varsóvia, tendo em vista ter sido o último documento a ter passado pelo crivo de aprovação do país.

No terceiro momento, preza-se pela especialidade, que se identifica pela expressão *lex specialis derogat legi generali*. Este é talvez o critério que traz o melhor debate, tendo em vista a compreensão sobre a matéria na sua forma mais específica, como o próprio termo se refere. Nesse prisma, de um lado, possuímos um direito de defesa do consumidor, de outro, temos a proteção dos direitos dos empresários, investidores em uma indústria que, inicialmente, cf. mencionado, se tratava de um negócio de alto-risco, extremamente aventureiro.

Nos termos da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), a doutrina pátria comenta que a lei geral nova não possui o condão de revogar a lei especial, desde que a primeira não tenha como objetivo incorporar a matéria na integralidade, ou, ainda, que uma lei específica nova revogue lei específica anterior, no caso em que venha regular por completo a matéria antes regulada por outra lei específica (Freire; Leal; Verbicaro, 2019, p. 54, *online*).

Ao tratar de direitos fundamentais, as antinomias restam ainda mais complexas para encontrar resolução. No entendimento de Virgílio Afonso da Silva, não há certo ou errado nesse âmbito. Não é apenas um vetor de competência que deva facilitar a compreensão das coisas. Deve-se estudar a resolução das antinomias jurídicas com base na proporcionalidade (Silva, 2017).

Nesse sentido, Erik Jayme, munido da teoria apresentada no seu curso proferido na *Académie de Droit International de La Haye*, em 1995, em que tratou sobre o direito internacional privado pós-moderno, debateu uma forma de compreender uma espécie de exame no conflito de normas, que poderia ajudar no processo de harmonização das normas (Jayme, 1995, p. 153).

O conflito entre uma norma internacional e uma norma interna, longe de ter seu objeto de conclusão, pôde, então, amparar-se na *teoria do diálogo das fontes*, que prega a harmonia das fontes acima de tudo, tentando frisar na adoção de uma solução normativa adequada ao caso concreto (Ramos, 2017, p. 68, *online*).

Essa teoria foi citada pela ministra Rosa Weber em seu voto, ao considerar que, sob a lógica do diálogo das fontes, a figura do consumidor como hipossuficiente e vulnerável seria certamente mais bem amparada. No entanto, por mais que o voto tenha sido, a ministra acompanhou a tese vencedora do relator, ministro Gilmar Mendes, que, diante da antinomia jurídica entre as normas, não frisou o debate na condição jurídica defendida por Valerio Mazzuoli, que compreende que os tratados internacionais comuns também possuiriam o *status* de norma supralegal, independente de versarem a temática de direitos humanos. Esses, sob o ponto de vista do mencionado autor, teriam caráter materialmente ou formalmente constitucional (2019, p. 446, 451-456).

O embate versou sobre normas com a mesma lógica hierárquica, partindo do pressuposto de que as normas teriam igualdade, a norma internacional teria o status de norma infraconstitucional, assim como a norma interna também o teria.

No entanto, o *plus* constitucional que foi preciso ao CDC encontraria impasse diante do art. 178 da CRFB/88, que indicava que “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”. Logo, por tratar de transporte aéreo, ainda mais internacional, os acordos firmados pela União, no caso da instituição – e manutenção – do Sistema de Varsóvia, o STF compreendeu que esse prevalece no embate com o CDC (Brasil, 2017).

Apesar de esse ter sido o voto vencedor, o voto do ministro Marco Aurélio merece comentário. O ministro entendeu que os ganhos referentes à construção social e histórica da CRFB/88 tornam a defesa do consumidor como um compromisso inderrogável do Estado brasileiro, que prevê, por advento da CRFB/88, um princípio estrutural da ordem econômica brasileira. Nesse sentido, compreendeu que o CDC deveria prevalecer no embate com o Sistema de Varsóvia (Brasil, 2017).

Apesar de inúmeras críticas dos estudiosos tanto do direito privado quanto dos direitos humanos, não se verticalizou o debate sobre o *princípio pro homine*, que é o alicerce do debate proposto. No monismo, sistema em que leva em consideração a presença de duas normas de naturezas distintas em um único universo, em especial, na *teoria monista internacionalista dialógica*, a prevalência (ou a não prevalência) da norma internacional sobre a norma interna provém da autorização da norma internacional, isto é, não deixa de averiguar o ponto de vista hierárquico, mas compreende que a norma mais benéfica para o indivíduo deve ser aplicada para que o melhor direito seja garantido.

A lógica dialógica, trabalhada por Valerio Mazzuoli, consiste justamente em retirar o caráter intransigente (e formal) do debate antinômico entre a norma internacional e a norma interna, e dar fluidez ao debate no sentido de que devem existir vasos comunicantes, cláusulas de diálogo (2019, p. 108-111). É por isso que a *teoria do diálogo das fontes* parece se aliar com esta corrente, que preza, sobretudo, a resolução de conflitos que versam sobre direitos humanos, e, por sua vez, direitos fundamentais.

Por mais que esse importante debate esteja constantemente sendo aprimorado pelo direito, a vulnerabilidade do consumidor não foi observada à luz do *princípio pro persona*, ou seja, a orientação para que a interpretação e aplicação do CDC materialize seus direitos fundamentais. Isso, na opinião de Cláudia Lima Marques e Tatiana Squeff, pode obstar na proteção do consumidor, bem como em um possível reducionismo do dever de proteção dos consumidores, que é parte integrante e fundamental da CRFB/88 (2017, *online*).

Logo, à luz de tal princípio, bem como de tais argumentos, parece inconcebível a ideia de manutenção de uma decisão que não abordou a temática de forma dialógica, isto é, apesar de ter compreendido que o Sistema de Varsóvia se une ao *caput* do art. 178 da CRFB/88, o CDC, que é alçado a direito fundamental, não teve a sua proteção constitucional respeitada. Além disso, faz-se necessário ressaltar que o *princípio pro homine* certamente traria uma decisão mais acertada e justa, principalmente no momento histórico de luta e proteção dos direitos fundamentais que a comunidade internacional vive.

5 CONCLUSÃO

Sob o ponto de vista metodológico, importante atentar que a análise do posicionamento adotado pela Suprema Corte do Brasil, à luz da proteção internacional dos direitos humanos, em especial o julgamento do RE nº 636.331-RJ, pelo STF I, trouxe um debate caloroso na procura pela resolução de um excelente questionamento: Estariam os indivíduos consumidores de transporte aéreo internacional protegidos nessa relação?

Em verdade, após a pesquisa de natureza qualitativa, dedutiva, de natureza exploratória, realizada por meio de uma análise bibliográfica de livros e periódicos científicos nacionais e internacionais, tem-se que a resposta para essa pergunta e, portanto, os resultados da pesquisa, depende de uma série de fatores. A compreensão do caráter da legislação, de onde ela provém,

além do objetivo da norma, que é a proteção dos indivíduos que visam adquirir um bem ou ter um serviço prestado em uma relação de consumo.

A série de discussões acerca da antinomia entre o CDC e o Sistema de Varsóvia indica que, inicialmente, se deve compreender numa perspectiva, sobretudo conceitual, os critérios de solução de antinomia, as limitações deles, bem como a forma como o direito internacional relaciona-se com o direito interno no Brasil.

O transporte aéreo internacional foi um dos ramos empresariais mais lucrativos dos últimos anos. No entanto, é certo que nem sempre esse foi um ramo almejado pelos empresários, visto que era considerado um investimento ousado, aventureiro. Nesse sentido, uma série de convenções internacionais, ou seja, tratados internacionais que versam especificamente para a regulamentação do transporte aéreo civil internacional.

Essas convenções, sobretudo por terem sido instituídas inicialmente em um período em que se visava aprimorar os meios de transporte, garantiram aos seus investidores uma série de direitos protetivos, principalmente aos seus interesses. Um exemplo disso é o próprio objetivo da legislação, que indica uma limitação da responsabilidade dos transportadores aéreos internacionais para eventuais danos que causem aos passageiros. O Brasil ratificou a Convenção de Varsóvia e outros tratados internacionais que compõem o Sistema de Varsóvia, a exemplo da sua última, a Convenção de Montreal, no ano de 2006.

Ocorre que, ao longo dos tempos, o investimento que era arriscado passou a ser considerado como um dos melhores ramos de investimento, tendo em vista a segurança e eficácia do produto, o que prova que o alto grau de proteção dos transportadores aéreos não faz mais jus ao seu propósito inicial.

Deve-se mencionar, entretanto, que a CRFB/88 inovou no seu objetivo de instituir direitos e garanti-los por meio de uma profunda modificação na ordem jurídica brasileira. Os direitos que originalmente se chamavam de humanos passaram a ter uma proteção interna latente. Digna de um país respeitador dos seus nacionais e dos estrangeiros que aqui residem e transitam.

A defesa do consumidor esteve prevista tanto no art. 5º, XXXII, quanto no art. 170 da CRFB/88, momento em que a matéria foi alçada, respectivamente, a um direito fundamental e a um princípio estruturante da ordem econômica. Isso indica que o legislador constituinte efetivamente teve o objetivo de alçar a matéria consumerista ao *status* constitucional.

O CDC estrutura o princípio da reparação integral, ou seja, pressupõe que o fornecedor arca com os custos da atividade empresarial, responsabilizando-se por eventuais danos que venha a causar, bastante diferente do que foi trabalhado pelo Sistema de Varsóvia.

Importa esclarecer que – a despeito de em matéria de transporte aéreo internacional existir, de um lado, o CDC, e de outro, o Sistema de Varsóvia – houve posicionamento do STF no RE nº 636.331-RJ, enfrentando os critérios de solução de antinomias (hierárquico, cronológico e especial), ressaltando a exegese do art. 178 da CRFB/88. Na oportunidade, a Suprema Corte entendeu que os acordos internacionais pactuados entre a União e o transportador aéreo civil internacional devem ser cumpridos a despeito de outras normas, e foi nesse sentido que o voto do relator ministro Gilmar Mendes se sagrou vencedor, a despeito do interessante voto divergente do ministro Marco Aurélio.

Sob esse prisma argumentativo, compreende-se que o *princípio pro homine*, ao utilizar a técnica dos vasos comunicantes atuaria como um vetor de aplicação dos direitos fundamentais numa controvérsia interpretativa em uma eventual e aparente antinomia entre o direito internacional e o direito interno, conduzindo a uma aplicação do direito de defesa do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro (que possui *status* normativo de destaque proveniente da própria Constituição Federal) e, assim, prestigiando a tutela do vulnerável apriorístico nos contratos com os transportadores aéreos internacionais, diferente do que foi decidido pelo STF ao julgar o RE nº 636.331-RJ.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento & CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, v. 35, n. 104, p. 109-126, 1996. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4543760/mod_resource/content/4/Perfis%20da%20Empresa%20-%20Asquini%20-%20PT.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 100, a. 24, p. 23-37, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/19>. Acesso. Em: 23 ago. 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2020.

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

BRASIL. Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931. **Presidência da República**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20704.htm. Acesso em: 9 jan. 2020.

BRASIL. Decreto n. 56.463, de 15 de junho de 1965. Promulga o Protocolo de emenda da Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. **Presidência da República**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D56463.htm. Acesso em: 9 jan. 2020.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Presidência da República**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931. Promulga a Convenção de Varsóvia, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.070, de 11 de novembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 23. Ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331-RJ. Recorrente: Sociéte Air France. Recorrida: Sylvia Regina de Moraes Rosolem. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 25 maio 2017. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental**: do homem das cavernas até a bomba atômica (v. 2). 2. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1953.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica, à lógica jurídica, à norma jurídica e aplicação do direito. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREIRE, Gabriela Ohana Rocha; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; VERBICARO, Dennis. Transporte aéreo e consumo: o Recurso Extraordinário 636.331 - STF à luz do diálogo de fontes e do princípio da vedação ao retrocesso. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade - REDES**. 7. 51. 10. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/335182139_Transporte_aereo_e_consumo_o_Recurso_Extraordinario_636331_-_STF_a_luz_do dialogo_de fontes_e_do_principio_da_vedacao_ao_retrocesso. Acesso em: 2 dez. 2020.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de; DUTRA, Jéssica Mendes. A tutela do consumidor em juízo em face da Resolução nº 400 da ANAC sob a ótica da Lei Antitruste. **Revista Jurídica da Uni7**, Fortaleza, v. 14, nº 1, p. 139-156, jan./jun., 2017. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/260/308>. Acesso em: 9 out. 2023.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos direitos humanos**: uma história. 1. ed. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2009.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. v. 251. **Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, Haia: BRILL, 1995.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Cardoso. As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo das fontes com o CDC. **Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/regras-convencao-montreal-dialogo-fontes-cdc>. Acesso em: 2 dez. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito internacional público**, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. 1. ed. São Paulo: Bianch, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Cooperação jurídica internacional e o diálogo das fontes no Direito Internacional Privado contemporâneo. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, v. 5, n. 10, p. 56-72, 2017. Disponível em: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?pid=S2304-8872017001000056&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em: 30 jan. 2021.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: Curso Elementar. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Daniel Vicente Evaldt da; SILVA, Jonas Sales Fernandes da; SANTOS, Júlio Edstron Secundino. Análise da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a casos de dano material por extravio de bagagem no contrato de transporte aéreo internacional. **Revista de Direito do Consumidor**, p. 375-400, 2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/821>. Acesso em: 25 jan. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Comentário textual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TARGA, Maria Luiza Baillo. O diálogo das fontes como método de aplicação harmônica do Código de Defesa do Consumidor e da Convenção de Montreal nos contratos de transporte aéreo internacional. 2017. 116 f. Orientador: Cláudia Lima Marques. Monografia (Especialista em Direito do Consumidor) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/179138/001066021.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 jan. 2021.

URQUIAGA, Ximena Medellín. Principio Pro Persona: Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37507.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.

Artigo recebido em: 22/2/2022.

Aprovado em: 27/11/2023.