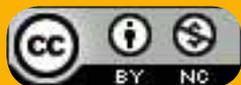


Artigos

Recebido: 10.05.2019

Aprovado: 11.05.2019

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v7i2.5820>

Transporte aéreo e consumo: o Recurso Extraordinário 636.331 - STF à luz do diálogo de fontes e do princípio da vedação ao retrocesso

Dennis Verbicaro

Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0002-2663-3303>

Pastora do Socorro Teixeira Leal

Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0001-5265-483X>

Gabriela Ohana Rocha Freire

Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0003-2281-7700>

Resumo: Sob a ótica do transporte aéreo brasileiro, o presente artigo analisa o Recurso Extraordinário 636.331 STF à luz do diálogo de fontes e do princípio da vedação ao retrocesso na seara consumerista. Utilizou-se o método dedutivo de investigação, a partir de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, tendo como resultado que a limitação do *quantum* indenizatório à título de danos materiais e a redução do prazo prescricional para ajuizamento de ação reparatória ferem de morte a ideia de integração das normas (CDC e Convenção de Varsóvia / Montreal), bem como retrocedem socialmente os direitos do consumidor, transferindo à parte mais vulnerável da relação o risco do negócio, ao qual deve ser suportado pelo fornecedor.

Palavras-Chave: Consumidor; Transporte Aéreo; Recurso Extraordinário 636.331; Diálogo de Fontes; Vedação ao Retrocesso.

Air transport and consumption: The Extraordinary Resource 636.331 STF in the light of the dialogue of sources and the prohibition of regression principle

Abstract: From the perspective of Brazilian air transport, this article analyzes the Extraordinary Appeal 636.331 STF in the light of the dialogue of sources and the principle of the fence to the retrocession in the consumerist sector. The deductive method of investigation was used, based on national and foreign bibliographical research, with the result that the limitation of the indemnification quantum for material damages and the reduction of the prescriptive period for the filing of reparatory action wound the death of the idea of integration (CDC and Warsaw / Montreal Convention), as well as socially backing consumer rights, transferring to the most vulnerable part of the relationship the business risk, which must be borne by the supplier.

Keywords: Consumer; Air Transportation; Extraordinary Resource 636.331; Source Dialogue; Prohibition of Regression.

Introdução

Em tempos hipermodernos¹, o consumo do uso do transporte aéreo cresceu exponencialmente, em virtude disso, a atividade expandiu-se desde grupos sociais mais elevados até classes sociais menos favorecidas. Entre a variedade de consumidores no mercado, as companhias aéreas firmam seus contratos gerais de modo uniforme, quer sejam transporte de passageiros e/ou bagagens, sem distinção de cláusulas.

Frente aos danos e disposições abusivas, por vezes, a existência de conflitos de natureza coletiva e individual, em decorrência dessa contratação massificada, necessitam de amparo legal do Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, Resoluções da Agência Nacional de Aviação Civil e das Convenções Internacionais, especificamente a de Varsóvia e a de Montreal.

Nesse prisma, acerca da antinomia de normas, insurgiu questão que envolvia conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e as Convenções de Varsóvia, de 1929, e de Montreal, de 1999, no tocante à limitação da responsabilidade civil de companhia aérea pelo extravio de bagagem de passageiro, em voo internacional, motivo que ensejou a interposição de Recurso Extraordinário 636.331 no Supremo Tribunal Federal, órgão guardião máximo da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em data de 25 de maio de 2017 o presente recurso fora julgado, e na oportunidade, por maioria de votos, os Ministros consolidaram entendimento no sentido de que, calcados no art. 178 da CF/88, as convenções internacionais devem prevalecer sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor; contrariando a doutrina e a jurisprudência majoritária anteriormente firmada.

A partir desse panorama, a presente pesquisa se propõe a problematizar em que medida o julgamento do Recurso Extraordinário 636.331 STF à luz do diálogo de fontes ocasionou retrocesso social-jurídico na seara consumerista. Em relação ao aspecto formal, adotou-se o método dedutivo, desenvolvendo-se o conteúdo do artigo através de estudo teórico e pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira. Quanto ao aspecto material, em primeiro momento, destaca-se o contexto da consolidação e reconhecimento do direito consumerista no ordenamento brasileiro, em seguida, explana-se especificamente acerca do diálogo de fontes e do princípio da vedação ao retrocesso, por fim, aborda-se criticamente sobre o equívoco decisório pró-mercado no bojo do RE 636.331 STF.

A consolidação do direito do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro

O Direito do Consumidor é fruto de uma verdadeira revolução manifestada a partir do momento em que os diplomas privados tradicionais não mais conseguiam disciplinar as modernas e complexas relações econômicas de consumo, o que, historicamente, corresponde à grande crise econômica de 1929 e à 2ª Guerra Mundial. Até aquele momento, os negócios jurídicos eram conduzidos por uma singela normativa preocupante, pois

¹ Vide LIPOVESTKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

o comércio se revelava personificado e sem a presença das, hoje conhecidas, práticas comerciais de alcance massificado, em razão do incipiente desenvolvimento tecnológico da época (VERBICARO, 2017, p. 163).

A deficiência estatal no trato das relações econômicas consumeristas exigiu transições entre paradigmas sociais do conhecimento e da emancipação, retirando o Estado da posição de espectador que não intervinha no processo econômico da sociedade indolente, tutelando apenas a validade dos contratos, e tampouco reconhecia direitos consumeristas aos cidadãos, uma vez que antes não eram considerados consumidores. O Estado Liberal evoluiu, apresentando-se sob uma nova perspectiva de Estado Democrático de Direito, que agrega ao perfil mercadológico e à relação consumerista outros valores nos quais, por meio do microsistema de proteção implementado, quebrou-se o padrão do individualismo jurídico em prol apenas do fornecedor, levando em consideração os fatores advindos da globalização, o aumento do número de consumidores e da quantidade de produtos, serviços e meios de produção.

Tratou então, o ordenamento brasileiro, na Constituição Federal de 1988 de preceituar, no art. 5º, XXXII, a defesa do consumidor como um direito fundamental inerente aos indivíduos, aos quais necessitam de tratamento especial. Ademais, explicitou ainda, nos artigos 24, VIII; 150, §5º e 175, outras regras de protecionismo e concorrência legislativa quanto à seara consumerista, bem como por meio do art. 48 da ADCT. Nessa esteira de pensamento, descabe atualmente a impressão de que o consumidor tem somente a possibilidade de “aceitar” as práticas abusivas e danosas do fornecedor, competindo ao Estado, no uso de sua Potestade e no equilíbrio dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), a fiscalização e implementação legislativa de mecanismos que protejam o elemento mais vulnerável e, por vezes, hipossuficiente da relação jurídica, qual seja o consumidor.

Ressalte-se que o objetivo protetivo consumerista não se destinou a limitar o mercado, e nem onerar para os comerciantes o exercício regular de suas atividades, ao passo de torná-las inviáveis, mas almejou delimitar diretrizes para que as práticas comerciais ocorressem em concordância com a boa-fé e a Política Nacional das Relações de Consumo em relação ao tratamento sobre a responsabilidade pelo livre comércio.

Em outras palavras, as mazelas do capitalismo moderno no Estado Democrático de Direito defendem o ideal alicerçado na ordem econômica, primando pela livre iniciativa, prevista no art. 170 da CF/88. Porém, tal princípio não pode colidir e acobertar os empresários para tratar de qualquer modo os consumidores, causando problemas sociais. Desta feita, há a necessidade de compatibilidade e igualdade de princípios na relação de consumo.

Com a implementação de microsistemas houve a promoção e preservação de valores, bem como a repressão eficiente de abusos e a ampla e efetiva reparação aos danos, nesse sentido Didier e Zanetti afirmam que:

O surgimento de microsistemas ao redor do mundo para o reconhecimento de tratamento jurídico especial à novas categorias, como o de proteção ao consumidor no Brasil, evidenciam e caracterizam o policentrismo do direito contemporâneo, vários centros de poder e harmonização sistemática: a Constituição (prevalente), o Código Civil, as leis especiais, como Código de Defesa do Consumidor. Pensar em recodificar significa

imaginar uma função residual aos códigos que não seja fechada em si mesma, uma função que contribua para a harmonização dos microssistemas com a constituição, bem como para a preservação dos valores dos valores jurídicos comuns na colaboração de novos microssistemas (2009, p. 46 apud VERBICARO, 2017, p. 175).

Tomando por base a nova vertente sedimentada pelo Estado, a sociedade, cumprindo de certo modo a intenção do legislador, tornou-se mais participativa à medida que a própria Lei 8.078/90 - CDC (BRASIL, 1990) estabelece condições em que Estado, agentes econômicos e sociedade são a tríplice harmônica para zelar quanto à responsabilização nas relações de consumo. Assim, o consumidor tornou-se uma consequência de um processo paradigmático transformador de um contexto político-histórico em que, por meio da expressa solidariedade (princípio presente no Código de Defesa do Consumidor, especialmente no art. 7º) e das fontes de integração do Direito, tem a proteção e tutela de responsabilização imputada a todos os responsáveis por comercializar produtos ou serviços que ocasionarem eventuais danos.

A teoria do diálogo de fontes e a coerência normativa

“Diálogo de fontes” é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É denominada “coerência derivada ou restaurada” (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência” (Benjamin; Marques Bessa, 2017, p. 146).

A teoria do diálogo de fontes foi uma expressão criada por Erick Jayme face ao pluralismo pós-moderno de normas, e introduzida no Brasil por Cláudia Lima Marques, sob a perspectiva de deve haver complementariedade de normas jurídicas e não exclusão de dispositivos em caso de antinomias. Para Bobbio a antinomia jurídica é “[...] aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade” (2011, p. 93).

Os critérios clássicos de solução de conflitos de leis, presentes na Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro, analisam-se da seguinte maneira: pela anterioridade (a lei mais nova retira a lei anterior do sistema), pela especialidade (a lei geral nova não tem o condão de revogar a lei específica anterior, a não ser que esta incorpore sua matéria na integralidade ou lei específica nova revogue lei específica anterior, desde que regule por completo a matéria anterior) e pela hierarquia (a lei de hierarquia superior revoga lei de hierarquia inferior).

Entretanto, tais critérios, muito embora tenham sido criados para solucionar as antinomias de forma, no contexto jurídico atual tem se demonstrado insatisfatórios no plano conteudista, dando margem à aplicabilidade do diálogo de fontes.

A ideia do “diálogo de fontes” não se restringe apenas à legislação, alcança também decisões judiciais propondo a uniformização de entendimentos a fim de viabilizar a igualdade na aplicação da justiça. Neste sentido, propugna que os tribunais não destoem ao examinar determinadas matérias, argumentativamente e não apenas formalmente, para que seja mantida a coerência sistêmica também no plano da produção normativa judicial. O “diálogo” entre órgãos judiciários potencializa a busca da solução mais justa, efetiva e compatível com os vetores axiológicos e teleológicos do ordenamento jurídico (PASTORA LEAL, 2016, s.n.).

Na visão de Benjamin; Marques e Bessa existem três tipos de “diálogos de fontes” possíveis, quer sejam a aplicação simultânea de duas leis, cada uma servindo de base conceitual para a outra; a aplicação coordenada das normas, no sentido da complementariedade e; o diálogo de influências recíprocas sistemáticas, sendo possível uma redefinição do campo de aplicação de determinada lei, como no caso da definição de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado sob influências do Código Civil (2017).

Em complementação, acerca da necessidade de envolvimento e múltiplos olhares, Leal explicita:

Como se pode verificar, o “diálogo” das fontes traz para o discurso jurídico a inclusão de interdisciplinaridade, mecanismo apto para lidar com a complexidade [...] sua importância resta evidenciada pelo reconhecimento da complexidade e da mutabilidade presentes em fenômenos investigados em diversos setores do conhecimento requer um olhar que ultrapasse fronteiras da simplificação, do reducionismo e da fragmentação dos métodos de análise (2016, s.n.).

Em síntese, a utilização de tal teoria no ordenamento jurídico brasileiro, quando atinente ao consumidor, busca que seja assegurada à Pessoa Humana o respeito à sua vulnerabilidade, compatibilizando coerentemente então os Direitos Humanos às demais normas que venham a conflitar no sistema constitucional adotado, como o caso que acontece com a aplicabilidade dos Tratados Internacionais. Assim, para Tartuce e Silva “é legítimo, portanto, concluir que as normas de Direitos Humanos, ainda que infraconstitucionais, devem se instalar como extensão da própria Constituição” (2018, p. 51).

O princípio da vedação ao retrocesso e os Direitos Humanos

Com a consolidação e promulgação da Constituição Federal de 1988 o Estado Democrático de Direito passou a agregar como valores fundados basilarmente na Dignidade da Pessoa Humana e na segurança jurídica, assim, primando que os direitos fundamentais não sejam suprimidos, o ordenamento criou as chamadas cláusulas pétreas, dispostas no art. 60, IV, §4º da CF/88.

Sarmiento explana:

Mas, de todas as inovações da Constituição de 1988, sem dúvida a mais positiva e valiosa foi destaque ímpar na nossa história, conferido aos direitos fundamentais. Deveras, além de incorporar ao seu texto um elenco amplo e generoso de direitos individuais, políticos, sociais, difusos e coletivos, em perfeita sintonia com a tendência internacional de proteção destes direitos, a Constituição elevou-os à condição de cláusula pétrea expressa, imunizando-os da ação corrosiva do constituinte derivado (2004, p. 109).

Ademais, quanto aos Direitos Humanos, o art. 5º, §2º da CF/88 preleciona que os direitos e garantias expressos constitucionalmente não excluem outros decorrentes de regimes, princípios e/ou tratados internacionais aos quais o Brasil seja signatário; frisando, ainda, a possibilidade de que os tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos, quando aprovados por *quórum de maioria*, sejam equiparados ao status de Emenda Constitucional.

Nessa toada, o ordenamento constitucional brasileiro recepcionou a sistemática e os protocolos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), por consequente, o sistema de proteção pactuado

recepcionou a vedação ao retrocesso, não permitindo, nos moldes do artigo 29 da Convenção, que nenhuma interpretação seja no sentido de suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades ou limitá-los em maior medida; limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; ou ainda, excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Para Canotilho:

O princípio da proibição de retrocesso social formula-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial (2000, p. 333).

Em sentido complementar elucida-se as palavras de Silva:

A proteção do consumidor, além de se encontrar consagrada em sede legal, foi reconhecida pelo constituinte de 1988 como direito fundamental e princípio da ordem econômica brasileira, como preceituam os arts. 5º, inciso XXXII e 170, V da Carta Maior. Propugna-se pela prevalência do princípio da proibição do retrocesso em tema de direitos fundamentais de caráter social, impedindo que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pela sociedade (2017, p. 172).

Não obstante, a vedação ao retrocesso deve ser observada pelo Estado como um todo, isto significa dizer que, em face do sistema de freios e contrapesos e da separação de poderes, quer sejam Legislativo, Executivo e Judiciário, os amplos poderes devem não apenas cada um isoladamente respeitar o princípio, mas a universalidade, o conjunto, deve primar pelo efetivo cumprimento e harmonia.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF no RE 636.331: uma decisão pró-mercado?

A antinomia de normas na esfera consumerista, em relação à matéria de voos internacionais, foi o alvo de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do Recurso Extraordinário 636.331. O Código de Defesa do Consumidor, especificamente o art. 14, e o artigo 22 da Convenção de Varsóvia nesta oportunidade estavam em conflito; assim, o alicerce jurídico voltava-se para consolidar posicionamento sobre a limitação da responsabilidade das empresas de transporte aéreo internacional por extravio de bagagem no tangente à indenização por danos patrimoniais.

A Corte máxima que anteriormente vinha reconhecendo a aplicação do CDC em detrimento prevalecente aos Tratados Internacionais, lamentavelmente desprezou o diálogo de fontes em prol da complementariedade de normas e o princípio da vedação ao retrocesso na seara consumerista, assim, formalizando a seguinte decisão no RE em questão:

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite

indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento (STF. RE 636.331 – RJ).

Nos termos do julgado afirmou-se, com fundamento no art. 178 CF/88, que frente à antinomia aparente de normas não há hierarquia entre os diplomas normativos. Assim, todos têm estatura de lei ordinária e, por isso, a solução do conflito envolve a análise dos critérios cronológicos e da especialidade, fato que, no preado entendimento dos Ministros levou à consideração de que prevalência da Convenção de Varsóvia e Montreal seria o mais correto.

Contudo, critica-se respeitosamente o referido posicionamento. Em primeiro momento pelo fato de que o direito do consumidor foi tutelado constitucionalmente como direito fundamental, disposto no art. 5º, XXXII da CF/88, em busca de equilibrar a ordem econômica e assegurar a proteção dos vulneráveis, assim, por consequente acompanha-se o pensamento de Cláudia Lima Marques e Tatiana Squeef:

Com a Constitucionalização do Direito Privado, as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, passam a se pautar pelos princípios constitucionais, os quais, também incluem “alguns institutos essenciais do direito privado”. Não se trata da mera interferência estatal na criação de leis que abordem assuntos de Direito Privado, mas da leitura constitucional de temas na tradicionalmente abordados na esfera privada [...] Nesse sentido, chama-se a atenção que o Supremo Tribunal Federal – STF tenha interpretado o art. 178 da CF/88 sem conexão com o mandamento constitucional do art. 5º, XXXII da CF/88 e sem sintonia com a ordem econômica esculpida no art. 170 e seu inciso V impondo a defesa do consumidor (2017).

Sob essa ótica, deixa transparecer que a presente decisão fora realizada pró-mercado, ao passo que considera hierarquicamente superior o princípio da reciprocidade e desconsidera os ditames Humanos e principiologicos do CDC, obstaculizando a teoria do diálogo de fontes e impondo diretamente que a eficácia horizontal e vertical da proteção do consumidor seja relativizada face a um interesse do transportador aéreo, que ao limitar o valor indenizatório transfere o risco do negócio à parte mais vulnerável da relação jurídica.

Por outro viés, o padrão brasileiro adotado pela Constituição e pelo CDC, no artigo 6º, VI, no que tange à reparação por danos, fossem materiais ou morais, foi a reparação integral, quer deste modo, a imputabilidade da responsabilidade objetiva competindo ao agente econômico prestador do serviço. Entretanto, voltando-se à decisão do STF, claramente percebe-se que à limitação dos danos materiais decorrentes do extravio de bagagens no transporte aéreo retrocederam socialmente direitos já consolidados.

Pensando no mesmo sentido, ainda, a limitação indenizatória impõe a obrigação de fazer ao consumidor, seja assim, aqueles passageiros que transportem bagagens com valores superiores ao teto

indenizatório de 1.131 Direitos Especiais de Saque (DES)² deverão apresentar declaração acerca do montante transportado; tal fato, implica, de certo modo, em outra problemática, a transferência do risco da atividade do fornecedor para o consumidor e a vulnerabilidade informacional da parte vulnerável da relação.

Nesse sentido, assiste razão para Silva:

Ora, primeiro, o consumidor em regra, por sua reconhecida vulnerabilidade técnica e informacional, sequer tem conhecimento do que consiste o direito especial de saque; segundo, não possui, normalmente, plenas condições de avaliar, especificamente, o valor dos itens que serão transportados. Importante frisar que, no Brasil, 75% das pessoas entre 15 e 64 anos não conseguem ler, escrever e calcular plenamente, enquadrando-se como analfabetos funcionais, ou seja, que assinam os respectivos nomes, mas não possuem habilidade efetiva de leitura (2017, p. 169).

Ademais, a prevalência de ambas as convenções, de Varsóvia e de Montreal, no referido RE 636.331 STF conduziu a redução do prazo prescricional para o ajuizamento de ação reparatória por danos, adotando-se a partir do julgado o prazo de dois anos e não mais de cinco anos previsto no art. 27 do CDC, caracterizando mais uma arbitrariedade reducionista da proteção consumerista advinda do ativismo judicial pró mercado.

Como palavras que seguem para o desfecho da linha de raciocínio, explicita-se, em plena concordância, o nobre ensinamento de Marques e Squeff:

Por força disso, não parece admissível que a interpretação mais benéfica ao consumidor seja ignorada, até mesmo porque esses tratados estariam hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, haja vista que, quando internalizados, por tratarem de regras de Direito internacional geral, eles seriam consideradas equiparáveis a leis ordinárias no ordenamento interno, seguindo o posicionamento do próprio Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE de 1977. E mesmo os tratados de direitos humanos, que não é o caso da Convenção de Montreal, são apenas supralegais, nunca superiores à Constituição. Assim, apesar de a norma do artigo 178 da Constituição Federal determinar a observação dos tratados, estes devem e podem ser observados, seja por suas lacunas naturais, internas e as externas (como os danos morais, que dependem da *lex fori*), em diálogo com o CDC e todo o sistema de proteção do consumidor, de clara origem também constitucional (artigo 48 dos ADCT), sob pena de estarmos aceitando um reducionismo do dever de proteção dos consumidores, parte integrante e valor fundamental da CF/1988 (2017).

Nesse sentido, o sentimento protecional constitucional dá-se em proporções inversas; a credibilidade social nos valores da Carta Magna aos poucos vai esvai. Compreende-se então um momento jurisdicional pautando-se na hierarquia supralegal, em que mais do que as normas constitucionais pesam na balança as leis infraconstitucionais, e por um viés mais complexo e delicado, passam-se a sopesar mais e mais, as resoluções, portarias e julgamentos dos Ministros face aos valores que emanam da Constituição.

Conclusão

O julgamento do Recurso Extraordinário 636.331 do Supremo Tribunal Federal trouxe consigo a demonstração da resistência do Judiciário em fazer “dialogar” fontes que eram necessárias para a matéria

² Valor constante na Convenção de Montreal e na Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.

do transporte aéreo internacional, quais sejam o Código de Defesa do Consumidor, marco protetional dos direitos dos vulneráveis, e as Convenções de Varsóvia e Montreal, assim, por meio da decisão proferida fez-se prevalecer um posicionamento que, ao nosso ver, configura-se como uma afronta ao ordenamento brasileiro, quanto ao princípio do retrocesso social.

Demonstrou-se que o instrumento do “diálogo de fontes”, que preconiza que não se aplica uma norma jurídica isoladamente em detrimento de outra, devendo haver a compatibilização e integração dos conteúdos no sistema jurídico, fora ignorado, permitindo enviezadamente que a hermenêutica constitucional do art.178 da CF/88 fosse sobreposta à normatização consumerista, subtraindo o caráter principiológico da Lei 8.078/90 face à normatização ordinária das Convenções internacionais.

A limitação de valores indenizatórios à título de danos materiais era uma realidade que não se vislumbrava desde a aceção da reparação integral dos danos, prevista no art. 6º, VI, do CDC, justo pelo fato de que os valores básicos e fundamentais constituídos em prol dos vulneráveis no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal de 1988 são indisponíveis pela via contratual, em tese, até então não poderiam ser desconstituídos.

Caminhando para as palavras finais, ressalta-se que não se pode ignorar que tal decisão reflita um posicionamento liberal do STF no julgamento da matéria, pois a limitação indenizatória por danos materiais e a redução do prazo prescricional para dois anos produzem mensagens claras ao consumidor e ao fornecedor do transporte aéreo. Para o primeiro, não há dúvida de que se pretende desestimular a reparação civil de danos através do Judiciário, corroborando com a ideia preconceituosa de que o consumidor pretende se beneficiar da famigerada “Indústria de Danos”, quer sejam os danos patrimoniais – discussão enfrentada no presente RE 636.331 STF – ou a categoria de danos extrapatrimoniais, muito discutidos em outros julgados na seara judicial, e que, ainda, seria o responsável interesseiro pelo crescimento das demandas de consumo, pois pretende obter pretensa vantagem econômica indevida às custas do Judiciário³.

Entretanto, para o fornecedor, como um incentivo natural à precarização dos serviços, já que os ricos da atividade estão sendo paulatinamente invertidos em desfavor do consumidor, que se vê obrigado a aceitar cláusulas e condições contratuais abusivas no transporte aéreo, muitas exoneratórias de responsabilidade e que, agora, diante dessa guinada conservadora do STF, sequer podem ter a expectativa de vê-las discutidas, pois já convalidadas a partir da lógica equivocada da autonomia da vontade.

Mais grave o diagnóstico, quando se percebe que a decisão do STF não está isolada no Judiciário brasileiro, pois se vive tempos sombrios no âmbito da tutela do consumidor brasileiro e, principalmente, em desfavor do usuário do transporte aéreo. Nessa ótica, podemos claramente apontar a Resolução 400/2016, editada em 13 de dezembro de 2016, pela Agência Nacional de Aviação Civil, a qual dignou-se a regular as condições gerais do transporte aéreo, fundamentando a extinção da franquias de 23 quilos de bagagens para voos domésticos e de 32 quilos para os voos internacionais, teoricamente, sob o argumento da limitação de

³ Sobre o assunto, recomenda-se o artigo de VERBICARO, Dennis; SILVA, João Vitor Penna; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário brasileiro.** *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26, n. 114, p. 75-99, nov./dez. 2017.

10 quilos de peso bruto para bagagem de mão, em um único volume, seria o suficiente para cada passageiro, excluindo do prestador de serviços a responsabilidade pela bagagem e transferindo exclusivamente ao consumidor-passageiro a responsabilidade pelo traslado, além de expor que com a retirada da franquia haveria uma redução significativa no preço das passagens aéreas, cuja até o presente momento não pode ser constatada.

Contudo, o ápice do regulamento da ANAC, pela análise dialógica com o Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, transparece a falta de cuidado com os normativos já existentes, sejam o artigo 734 CC e art. 6º, II e 39º, I do CDC, seja a ideia de que o transporte de pessoas necessariamente engloba o próprio passageiro e a bagagem que traz consigo, assim, demonstrando a dimensão dessa capitulação que o traslado da bagagem consiste em prestação imanente à relação contratual pactuada.

Dentre outros tópicos, a proteção pelo direito de arrependimento oferecida no ato normativo 400/2016 da Agência Reguladora responsável pela Aviação Civil, especificamente no seu art. 11, § único, traduz que em casos de compra de passagem aérea, limita-se tal direito ao prazo de 24 horas a contar do recebimento do comprovante pelo consumidor, entretanto, há conflito legislativo pré existente x regulatório a considerar que atualmente é fato notório de que as passagens aéreas, quase sempre, são realizadas via *on line*, e que o texto do art. 49 do CDC prevê que o direito de arrependimento a ser exercido em 7 dias.

Percebe-se então que o cenário consumerista tem emitido sinais erráticos acerca do alcance real da proteção do consumidor, o que aliado a um Estado ausente e descompromissado com a adequada regulação do mercado, favorece a violação das metas e princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, previstos nos artigos 4º e 5º do CDC, relativizando os efeitos de uma legislação de vanguarda, que agora passa a ter uma dimensão obrigacional inferior em relação à viciada vontade das partes no contrato de transporte aéreo. Diz-se viciada justamente pela coação econômica do transportador nos contratos de adesão impostos unilateralmente no fornecimento dos serviços, através das quais se transfere o risco da atividade para a parte mais vulnerável.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CATALAN, Marcos. Um sucinto inventário de vinte e cinco anos de vigência do código de defesa do consumidor no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23, p. 23-53, 2016.

CATALAN, Marcos. **O direito do consumidor em movimento: diálogos com tribunais brasileiros**. 2. ed. Canoas: Unilasalle, 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana

sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 31 jul. 2018.

FILHO, Roberto Alves de Oliveira; PORTO, Ana Luísa Figueira. A responsabilidade do Transportador Aéreo nos casos de perda, extravio e danos às bagagens. **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo**. [Recurso eletrônico on-line]. CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF. Coordenadores: Joana Stelzer, Valter Moura do Carmo, Florianópolis: CONPEDI, 2016.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. “Diálogo de Fontes” e coerência na concretização de direitos fundamentais. In: VELOSO, Zeno; OLIVEIRA, Frederico; BARCELAR, Jeferson (Org.). **Ciência e interpretação do direito: homenagem à Daniel Coelho de Souza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Cardoso. As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo das fontes com o CDC. **Revista Consultor jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/regras-convencao-montreal-dialogo-fontes-cdc>>. Acesso em 30 jul. 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004.

SILVA, Josiane Suzart Lopes da. A Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a proteção dos usuários dos serviços de transporte aéreo de passageiros com esteio no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, a. 26, v. 111, p. 151-195, maio-jun. 2017.

TARTUCE, Flávio; CASAGRANDE E SILVA, Bruno. A aplicação das Convenções Internacionais de Varsóvia e Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor: uma crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal em face do princípio da vedação ao retrocesso. **Revista de Direito do Consumidor**, a. 27, v. 115, p. 41-68, jan.-fev. 2017.

VERBICARO, Dennis. **Consumo e cidadania: identificando os espaços políticos de atuação qualificada do consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VERBICARO, Dennis; SILVA, João Vitor Penna; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário brasileiro**. **Revista de Direito do Consumidor**, a. 26, v. 114, p. 75-99, nov-dez. 2017.