

A SUPERIORIDADE NORMATIVA DOS TRATADOS SOBRE TRANSPORTE INTERNACIONAL NA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA E A LIMITAÇÃO DE REGRAS CONSUMEIRISTAS

ANDRÉ RAMOS TAVARES¹

MARINA FARACO²

THIAGO LOPES MATSUSHITA³

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE TRANSPORTE INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2. A SOLUÇÃO DA ANTINOMIA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A CONVENÇÃO DE MONTREAL. 3. A LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LEIS DE DEFESA DO CONSUMIDOR PELAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE TRANSPORTE AÉREO. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Professor da PUC/SP. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UNIALFA/GO. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (www.constitucionais.com.br)

² Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora da Faculdade de Direito da PUC/SP. Professora do Mestrado em Direito da UNIALFA/GO. Membro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo – OAB/SP. *E-mail:* <marina.faraco@unialfa.com.br>.

³ Membro do Conselho Estadual da Educação de São Paulo. Diretor acadêmico da graduação, mestrado e doutorado da Faculdade Autônoma de São Paulo – FADISP. Professor assistente-doutor da graduação, do mestrado e do doutorado em Direito da PUC/SP. Professor do Mestrado em Direito da UNIALFA/GO. *E-mail:* <matsushita@unialfa.com.br>

RESUMO: Enquanto princípio norteador da ordem econômica brasileira, a defesa do consumidor impõe à regulação e ao exercício das atividades econômicas a proteção da parte hipossuficiente da relação de consumo como meio de realização da dignidade da pessoa humana e superação das condições periféricas da economia brasileira. Esse princípio, assim denominado pela Constituição de 1988, vem disciplinado na legislação nacional. Mas esta encontra limites na normativa convencional reguladora do transporte internacional, que tem superioridade em relação ao direito nacional correlato, por força de expressa previsão constitucional. A identificação do caráter supralegal dos tratados internacionais sobre transporte internacional traz importantes consequências teóricas e práticas ao direito brasileiro, servindo, entre outros, como critério de compatibilização dos princípios da ordem econômica brasileira implicados no tema, além de a hierarquia ser critério determinante na solução de eventuais antinomias entre a legislação ordinária nacional e os textos convencionais. Este artigo pretende examinar a temática por meio de metodologia hipotético-dedutiva, analisando os enunciados emergentes do texto constitucional e as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Ordem Econômica Brasileira. Defesa do Consumidor. Superioridade normativa dos Tratados sobre transporte internacional. Código de Defesa do Consumidor. Direito Internacional Privado Uniforme.

THE NORMATIVE SUPERIORITY OF TREATIES ON INTERNATIONAL TRANSPORT IN THE BRAZILIAN ECONOMIC CONSTITUTION AND THE LIMITATION OF CONSUMER LAW

ABSTRACT: As a guiding principle of the Brazilian economic order, consumer protection imposes on the regulation and exercise of economic activities the protection of the hyposufficient part of the consumer relationship as a means to concretize the human person dignity and overcoming the peripheral conditions of the Brazilian economy. This principle, so named by the 1988 Constitution, is disciplined in national law. But it meets limits in the conventional legislation regulating international transport, which has normative superiority over the correlated national law, due to express constitutional provision. The recognition of the supralegal character of international treaties on international transport brings important theoretical and practical consequences to Brazilian law, serving, among others, as a criterion for compatibilization of the principles of the Brazilian economic order implied in the theme, besides the hierarchy being a determining criterion in the solution of possible antinomies between the national ordinary legislation and the conventional texts. This article intends to examine the theme through a hypothetical-deductive methodology, analyzing the statements from the constitutional text and the recent decisions given by the Supreme Court on the matter.

KEYWORDS: Brazilian Economic Order. Consumer Protection. Superiority of Treaties on international transport. Consumer Protection Code. Private International law.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 alçou o consumidor a titular de direitos fundamentais, impondo ao Estado brasileiro a sua proteção⁴. Trata-se de elemento inerente à Ordem Econômica brasileira.

Isso porque o Artigo 170, inciso V5, do texto constitucional incluiu a defesa do consumidor entre os princípios norteadores da atuação estatal econômica, que deve, portanto, servir de baliza para o regramento e a realização de todas as atividades destinadas à produção de bens e serviços no Brasil, como forma necessária - embora não suficiente⁶ - de concretizar a dignidade da pessoa humana, fim precípua da ordem econômica brasileira e fundamento da nossa República, como respectivamente está contemplado pelo caput do Artigo 170 e pelo Artigo 1º, III7, da mesma Constituição.

Também integra a Constituição econômica brasileira a determinação de que tratados e convenções internacionais reguladores do transporte

⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (...)”

⁵ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor; (...)”

⁶ Adicionalmente, é preciso agir sobre as estruturas arcaicas e de dominação social da economia brasileira, de maneira a superar as condições pré-capitalistas, bem como os elementos e instrumentos ainda existentes de reiteração da miséria e subdesenvolvimento (sobre o tema, cf. TAVARES, 2019).

⁷ “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; (...)”

internacional⁸ ratificados pelo Estado brasileiro devam ser observados pela legislação interna, na forma do Artigo 1789 daquele diploma.

Da conjugação de ambos os comandos constitucionais, que integram o mesmo Capítulo I (“Dos princípios gerais da atividade econômica”) do Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”) do Texto de 1988, surgem questionamentos teóricos e práticos acerca da validade das restrições impostas aos direitos do consumidor pelas Convenções internacionais reguladoras do transporte internacional aéreo, sucessivamente ratificadas pelo Estado brasileiro a partir do ano de 1931.

Trata-se das conhecidas Convenções de Varsóvia e de Montreal¹⁰, que estabelecem normas uniformes sobre a temática, a serem observadas pelos países membros em suas relações recíprocas, de forma a conferir unicidade e segurança jurídica às relações privadas decorrentes da prestação do serviço de transporte aéreo que tenham conexão internacional.

O problema é que, em seu cotejo com o Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990, referidos tratados internacionais contêm normas mais restritivas ao consumidor, especialmente no tocante à fixação da indenização material pela falha na prestação do serviço e ao prazo prescricional da correspondente demanda reparatória¹¹.

A discussão travada na doutrina e na jurisprudência nacional a respeito de tais conflitos normativos envolve, notadamente, a questão da constitucionalidade das restrições impostas pela legislação internacional, que

⁸ Sobre a necessidade de integração dos diversos modais de transporte e a importância infraestrutural para o desenvolvimento do país, cf. TAVARES, 2017.

⁹ “Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.”

¹⁰ Publicadas, respectivamente, pelos Decretos Presidenciais n.º 20.704, de 24 de novembro de 1931, e n.º 5.910, de 27 de setembro de 2006. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20704.htm> e <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm>. Último acesso em: 06 out. 2021.

¹¹ Sobre o tema, no Recurso Extraordinário n.º 297.901, relatado pela Ministra Ellen Gracie, julgado em 31.03.2006, o Supremo Tribunal Federal decidiu, com base no Artigo 178 da Constituição Federal, pela prevalência da Convenção de Varsóvia quanto ao prazo prescricional de dois anos para a pretensão indenizatória, frente ao prazo de cinco anos previsto no Artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260411>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

estariam a conferir, como dito, menor esfera de proteção ao consumidor do que o regramento contido na legislação consumerista nacional, supostamente ao arrepio da Constituição econômica¹².

Diante disso, o presente artigo busca examinar a legitimidade dessa (aparente) limitação do princípio da defesa do consumidor, exatamente em sua dimensão econômica, pelos tratados internacionais reguladores do transporte internacional, à luz do comando constante do Artigo 178 do texto constitucional.

A matéria já foi objeto de intensa judicialização¹³, tendo em 2017 o Supremo Tribunal Federal fixado em sede de Recurso Extraordinário com repercussão geral¹⁴ a tese da prevalência dos tratados internacionais “(...) limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.

Embora tenha enfrentado a temática de maneira bastante ampla, a decisão limitou-se a reconhecer a prevalência das normas internacionais quanto à responsabilidade decorrente do transporte de passageiros, sendo que as Convenções de Varsóvia e de Montreal também regulam o transporte de cargas.

É de especial interesse observar que a solução do conflito normativo pautou-se na especialidade da legislação internacional em relação ao Código de Defesa do Consumidor, no que diz respeito ao serviço de transporte aéreo internacional, não na superioridade hierárquica de tais tratados em relação à legislação interna, expressamente prevista no Artigo 178 da Constituição.

¹² Vale recordar, neste ponto, que se adota um conceito integral de Constituição econômica, que não confunde esta com o objetivo simplista de crescimento econômico. Adota-se, antes, uma concepção ampla de Constituição econômica, como Constituição social e de pleno desenvolvimento do ser humano.

¹³ Vide, por exemplo, apenas no Supremo Tribunal Federal, os seguintes julgados: Recurso Extraordinário n.º 214.349, Relator Ministro Moreira Alves, julgamento em 13.04.1999; Recurso Extraordinário n.º 172.720, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 21.02.1997; Recurso Extraordinário n.º 351.750, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 17.03.2009; Recurso Extraordinário n.º 297.901, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 31.03.2006; Recurso Extraordinário com Agravo n.º 766.618, Relator Ministro Roberto Barroso, julgamento em 25.05.2017. Disponíveis em: <www.stf.jus.br>. Último acesso em: 10 out. 2021.

¹⁴ Recurso Extraordinário n.º 636.331, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 25.05.2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

O reconhecimento da superioridade normativa das convenções internacionais disciplinadoras do transporte internacional assume inquestionável relevância para a compreensão da dimensão econômica das regras legislativas nacionais de defesa do consumidor, ainda que amparadas na sua proteção constitucional, e das limitações expressamente autorizadas no texto constitucional, além de orientar a solução de eventuais antinomias supervenientes.

É o que buscamos demonstrar neste artigo, a partir da análise dos comandos emergentes do texto constitucional e das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, por meio do método hipotético-dedutivo de pesquisa.

1. A SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE TRANSPORTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As tradicionais questões acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais no direito pátrio e da solução dos conflitos normativos entre tais normas e o direito interno ainda encerram recorrentes discussões na Doutrina e na jurisprudência contemporâneas.

Do ponto de vista legislativo, a matéria encontra-se regulada, em nível constitucional, especialmente nos Artigos 5º, §§2º e 3º; 102, III, 'b' e 178 da Constituição, sendo tratada, no plano infraconstitucional, pelos Artigos 1º, I, do Código de Processo Penal; 13 do Código de Processo Civil e 98 do Código Tributário Nacional.

Em síntese, o que tais dispositivos estabelecem é que a hierarquia normativa dos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro depende da matéria¹⁵ por eles disciplinada (FARACO, 2017).

Embora não tenha cuidado de indicar de forma expressa a posição hierárquica da legislação convencional como um todo, relativamente aos tratados internacionais de direitos humanos, a Constituição do Brasil disciplinou a matéria de forma específica desde a sua redação original, outorgando-lhes status de norma materialmente constitucional (PIOVESAN, 2013; RAMOS, 2009; TAVARES, 2005b), ao reputar integrados em seu texto os direitos neles consagrados:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou **dos tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil seja parte. (grifos nossos)

Com a Emenda n.º 45/04¹⁶, passou-se, contudo, a exigir a aprovação pelo rigoroso procedimento de reforma constitucional para que os tratados internacionais sobre direitos humanos sejam recebidos internamente como normas formalmente constitucionais, podendo, pois, alterar seu texto:

Artigo 5º. (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos **que forem aprovados**, em cada Casa do

¹⁵ Em sentido contrário, Mazzuoli (2020) defende, com fundamento no Artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que todos os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro têm primazia sobre a legislação infraconstitucional interna, exceção feita apenas aos tratados de direitos humanos, que estão, segundo o autor, no mesmo patamar da Constituição do Brasil. Discordamos, contudo, de tal entendimento, considerando a ausência de expressa diretriz positiva no direito pátrio a esse respeito (cf. FARACO, 2021).

¹⁶ De constitucionalidade duvidosa, nesse ponto, posto que veicula regra incompatível com a redação originária da Constituição, cujo Artigo 5º, §2º, já integrava os tratados de direitos humanos ao texto constitucional, independentemente de procedimento especial de aprovação (cf. FARACO, 2021).

Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (grifos nossos)

Apesar de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ter sido firmada, desde 2008¹⁷, no sentido do caráter supralegal dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo procedimento previsto no §3º do Artigo 5º, em importante decisão prolatada em maio de 2020, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543¹⁸, a Corte reconheceu o caráter materialmente constitucional dessas convenções (FARACO, 2021), finalmente conferindo efetividade à regra emergente do §2º do mesmo dispositivo constitucional.

Quanto aos demais tratados, apesar de não ser pacífico na doutrina e tampouco na jurisprudência nacionais¹⁹, entendemos que os que versam sobre direito tributário (REZEK, 2008), direito processual penal e direito processual civil (FARACO, 2017), ocupam posição de prevalência em relação à respectiva legislação interna abaixo mencionada²⁰.

Desse modo, tais convenções internacionais estão posicionadas abaixo da Constituição Federal – podendo, por esse motivo, ter a sua constitucionalidade controlada –, mas prevalecem sobre determinadas normas infraconstitucionais.

É o que se depreende dos Artigos 1º, I, do Código de Processo Penal; 13 do Código de Processo Civil e 98 do Código Tributário Nacional, ao ressalvarem

¹⁷ Recurso Extraordinário n.º 466.343, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 03.12.2008, e *Habeas Corpus* n.º 87.585, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 03.12.2008. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>. Último acesso em: 25 out. 2021.

¹⁸ Relator Ministro Edson Fachin, julgamento em 11.05.2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Último acesso em: 25 out. 2021.

¹⁹ Ressalvados os tratados sobre direitos humanos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firmemente consolidada no sentido de que as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil são, em geral, integradas ao ordenamento jurídico doméstico com *status* de lei ordinária. Vide, nesse sentido, entre outros: Recurso Extraordinário n.º 80.004, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, julgamento em 04.06.1977; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 04.09.1997. Disponíveis em: <www.portal.stf.jus.br>. Último acesso em 10 out. 2021.

²⁰ A questão sobre se isso representa uma superioridade hierárquica ou uma incorporação prevalente por força de Lei não será endereçada neste ensaio.

o âmbito de validade de tais normas internas quando contrárias ao disposto nos tratados internacionais correlatos:

Art. 1º O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, **ressalvados**: I - **os tratados, as convenções e regras de direito internacional**; (...). (grifos nossos)

Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, **ressalvadas** as disposições específicas previstas em **tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte**. (grifos nossos)

Art. 98. **Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha**. (grifos nossos)

Idêntico é o comando emergente do Artigo 178 da Constituição Federal relativamente aos tratados internacionais sobre transporte aéreo, embora com força e alcance diversos dos acima retratados, pelo assento constitucional que obteve:

Art. 178. **A lei** disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, **devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União**, atendido o princípio da reciprocidade. (grifos nossos)

Ao determinar a observância das regras previstas em acordos internacionais pela legislação interna que disponha sobre a ordenação do transporte internacional aéreo, aquático ou terrestre, o dispositivo constitucional em questão confere a essa legislação internacional inequívoca superioridade hierárquica em relação ao direito nacional sobre a mesma matéria, cuja validade, portanto, está condicionada à sua conformidade com o regramento internacional existente.

É a mesma conclusão a que chega Alexandre Santos de Aragão ao analisar o dispositivo constitucional em questão, embora posicione-se, adicionalmente, pelo vício de inconstitucionalidade²¹ em eventual violação de tratados desse teor:

Uma vez promulgado através de Decreto, o tratado internacional equipara-se, hierarquicamente, à lei ordinária – o que é conhecido como princípio da paridade hierárquica entre tratados e leis – e, por isso, eventual conflito entre as disposições destes poderá ser resolvido através da aplicação dos critérios temporal e de especialidade. **O artigo sob comento, todavia, parece conter exceção a referido princípio da paridade hierárquica, na medida em que determina que a lei que versar sobre ordenação do transporte internacional deverá necessariamente observar os tratados internacionais,** independentemente de ser mais específica ou posterior ao mesmo, o que equivale a dizer que o **tratado internacional – após a sua devida promulgação através de decreto – sempre prevalecerá,** sob pena de incidir a lei ordinária em vício de inconstitucionalidade. (2018, p. 1.945) (grifos nossos)

Ora, se a legislação nacional sobre transporte internacional deve, segundo a Constituição do Brasil, observar a disciplina veiculada nas normas convencionais sobre o assunto, isso significa, pela lógica reversa, que a lei interna não tem aptidão de alterar a lei internacional (CRETELLA JÚNIOR, 1990), porquanto subordinada aos seus ditames, o que implica reconhecer a superioridade daqueles tratados perante o direito interno respectivo.

Como explica Rui Barbosa (2010), a hierarquia de uma norma sobre outra decorre essencialmente da impossibilidade de a norma inferior alterar a superior. É a lição que se recolhe na obra de Adolf Julius Merkl²², certamente o mais

²¹ Discordamos, contudo, da conclusão final do autor, pois entendemos que o controle normativo nesse caso, entre a lei ordinária e o tratado sobre transporte internacional com o qual seja conflitante, é o de convencionalidade (FARACO, 2021), e não o de constitucionalidade, cujo paradigma necessariamente consiste no próprio texto constitucional, o que não ocorre neste caso.

²² “[...] é imprescindível a retomada da teoria desenvolvida por Merkl. Este se refere a *duas possibilidades de escalonamento hierárquico*, sendo uma delas baseada no (i) fundamento de validade e a outra na (ii) capacidade ou força de derrogação. Assim, seria possível que um regulamento, v.g., ocupasse o mesmo patamar de uma lei se seus fundamentos de validade fossem os mesmos (a Constituição), consoante o primeiro critério (i). Mas o regulamento ocuparia um patamar inferior se pudesse ser derogado pela lei, sem que tivesse força para derrogá-la, consoante o segundo critério (ii).” (TAVARES, 2005a, p. 219).

destacado discípulo de Hans Kelsen sobre o tema da estrutura hierárquica da ordem jurídica. Assim se dá com relação às convenções internacionais sobre transporte aéreo, que precisam ser observadas pela lei interna (NASCIMENTO, 1997), o que faz com que o poder de editar a norma nacional sobre o mesmo tema não compreenda o de alterar aqueles tratados, já que “(...) *a lei mais fraca cede à superioridade da mais forte.*” (BARBOSA, 2010, p. 57).

É exatamente essa a orientação que emana do Artigo 178 da Constituição, ao atribuir a tais tratados internacionais superioridade normativa em face da correspondente legislação infraconstitucional, conferindo-lhes, assim, *status* de norma supralegal (PAGLIARINI, 2012), como explica Celso Ribeiro Bastos:

Por força do parágrafo sob comento, **os acordos aí ventilados têm uma força supralegal**, na medida em que fica ordenado o seu cumprimento, o que significa dizer que seu descumprimento só pode dar-se na forma do direito internacional, é dizer, com a denúncia da avença. (...) O que cumpre é deixar certo que, se de acordo de transporte internacional se tratar, a lei ordinária não poderá descumpri-lo, uma vez que parágrafo subordina a ordenação da matéria ao disposto na avença internacional. (BASTOS; MARTINS, 1990, p. 178) (grifos nossos)

O reconhecimento do caráter supralegal dos tratados disciplinadores do transporte internacional acarreta importantes consequências jurídicas não apenas quanto à resolução de eventuais conflitos normativos com o direito nacional, como também no que diz respeito à própria compreensão do conteúdo e alcance da defesa do consumidor em sua dimensão patrimonial e das supostas limitações constitucionais a esse princípio.

Porém, desde logo, registramos que a violação da hierarquia indicada no Artigo 178 não significa, necessariamente, a possibilidade de se reconhecer um vício de inconstitucionalidade com todas as consequências daí advindas, com a possibilidade de propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade tendo como parâmetro o tratado sobre transportes. Isso porque melhor se vislumbra, na

ocorrência, uma violação indireta da Constituição, que só pode ser descortinada com uma análise que vai além desta, para alcançar o teor de uma Convenção internacional.

2. SOLUÇÃO DA ANTINOMIA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A CONVENÇÃO DE MONTREAL

Tratando-se de normas supralegais, no que diz respeito à regulação do transporte internacional, tais Convenções sempre prevalecerão perante a legislação interna, mesmo que esta seja posterior ou mais especial em relação àqueles tratados.

Isso porque, diante de eventuais antinomias de segundo grau, isto é, entre os critérios²³ contemplados no direito brasileiro para a solução de conflitos normativos –hierarquia²⁴, cronologia e especialidade²⁵ – deve prevalecer a norma hierarquicamente superior²⁶ (BOBBIO, 1997).

Desta forma, existindo tratados internacionais sobre transporte aéreo, sejam eles mais gerais, anteriores ou restritivos, opera-se a revogação tácita da legislação interna acaso existente, dada a superioridade normativa daqueles.

Tal conclusão não seria possível caso se entendesse apenas pela especialidade de tais normas internacionais, já que, neste caso, supondo-se sua

²³ Acrescente-se, ainda, que a Constituição estabelece em seu Artigo 4º, II, a prevalência dos direitos humanos como princípio norteador das relações internacionais do Brasil, fazendo com que, relativamente aos tratados internacionais sobre direitos humanos, a solução de eventual conflito normativo se dê sempre em prol da norma mais protetiva ao ser humano, independentemente de sua cronologia, hierarquia ou especialidade (PIOVESAN, 2013). É o que se dá, por exemplo, no caso do conflito entre o Artigo 5º, XLVII, 'b', da Constituição de 1988, que proíbe a prisão perpétua, e o Artigo 77, 1, 'b', do Estatuto de Roma de 2002, que prevê a possibilidade de aplicação da prisão perpétua aos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, cuja jurisdição o Brasil aderiu. Embora o tratado seja mais específico e posterior em relação à Constituição, o critério da norma mais benéfica ao ser humano, emergente do Artigo 4º, II, do texto constitucional, impõe que o conflito seja solucionado em prol da Constituição, que veicula norma mais protetiva à pessoa (cf. FARACO, 2017).

²⁴ Que, segundo Kelsen (1999), decorre do escalonamento hierárquico próprio do sistema jurídico, que condiciona a validade de uma norma à sua compatibilidade formal e material com a norma superior, que lhe dá fundamento normativo.

²⁵ Previstos no Artigo 2º, §§1º e 2º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (Decreto-lei n.º 4.67, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Último acesso em 17 out. 2021).

²⁶ Em sentido contrário é a posição de Maria Helena Diniz (2007).

paridade hierárquica em relação ao direito interno, a norma nacional posterior e mais especial prevaleceria. Diversa, contudo, é a orientação que advém do Artigo 178 da Constituição, como demonstramos.

Desse modo, diante do conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e as Convenções de Varsóvia e de Montreal, devem prevalecer estas normas internacionais, por mais restritivas que possam ser, diante da sua superioridade normativa, como bem sintetizou a Ministra Rosa Weber:

Parece-me, aliás, que, conquanto os referidos tratados não versem sobre direitos humanos, **a eles o Poder Constituinte conferiu excepcional *status* supralegal, ao erigir, no texto magno, regra segundo a qual as leis internas devem observar os acordos internacionais sobre transporte aéreo, aquático e terrestre firmados pela República Federativa do Brasil.** (Recurso Extraordinário n.º 636.331, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 25.5.2017, p. 81)²⁷ (grifos nossos)

Entretanto, não foi esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento desse Recurso Extraordinário com repercussão geral n.º 636.331²⁸, cuja decisão final, embora pela prevalência daqueles tratados sobre o Código de Defesa do Consumidor, inclusive com base no Artigo 178 da Constituição, solucionou o conflito a partir do critério da especialidade, não reconhecendo a sua supralegalidade.

No recurso, interposto pela empresa *Air France*, discutia-se a limitação da indenização pelo dano material decorrente do extravio de bagagem em voos internacionais, analisando-se justamente a antinomia entre aquelas Convenções internacionais e a legislação consumerista interna.

A decisão recorrida, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, havia negado a aplicação do Artigo 22 da Convenção de Varsóvia, com a redação dada

²⁷ Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

²⁸ *Idem*.

pela Convenção de Montreal²⁹, que limita a indenização devida nesse caso a 1.000 direitos especiais de saque – atualmente correspondentes a R\$ 7.986,30³⁰–, determinando que a reparação fosse fixada com base no Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor³¹, que garante a reparação integral do dano, oferecendo maior proteção.

Entre outros aspectos, a discussão no Recurso Extraordinário girou em torno da aplicação dos critérios da cronologia, alegado pela recorrida, e da hierarquia, sustentado pela recorrente.

A Corte entendeu ser aplicável o limite indenizatório estabelecido naqueles tratados, modificando o precedente anterior, firmado em 2009 no Recurso Extraordinário n.º 351.750³². Neste caso, o Supremo Tribunal Federal havia decidido que o princípio constitucional da defesa do consumidor, por ser aplicável a todo o capítulo constitucional da atividade econômica, afastava a aplicação do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando tais normas fossem menos favoráveis ao consumidor do que a Lei Federal n.º 8.078/90.

Diferentemente, a nova decisão, de 2017, fixou a tese da prevalência das normas internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros em relação ao Código de Defesa do Consumidor, por veicularem normas *especiais* sobre o serviço de transporte aéreo internacional, sem, contudo, reconhecer a supralegalidade de tais tratados, como assentado no voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes:

²⁹ “Artigo 22. Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga. (...) 2. No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.”

³⁰ Conversão realizada junto ao sítio do Banco Central do Brasil em 29 out. 2021. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/conversao>>. Último acesso em: 29 out. 2021.

³¹ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

³² Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 17.03.2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603051>>. Último acesso em 10 out. 2021.

Os diplomas normativos internacionais em questão *não gozam de estatura normativa supralegal* de acordo com a orientação firmada no RE 466.343, uma vez que seu conteúdo não versa sobre a disciplina dos direitos humanos. Sendo assim, a antinomia deve ser solucionada pela aplicação ao caso em exame dos critérios ordinários, que determinam a prevalência da lei especial em relação à lei geral e da lei posterior em relação à lei anterior. (...). **Prevalecem, no caso, as Convenções internacionais não apenas porque são mais recentes, mas porque são especiais em relação ao Código de Defesa do Consumidor.** (Recurso Extraordinário n.º 636.331, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 25.5.2017, p. 13-14)³³ (grifos nossos)

Com isso, eventual lei interna posterior e mais específica sobre o tema poderia prevalecer sobre tais convenções internacionais, conforme os critérios da cronologia e da especialidade utilizados, pressupondo tratar-se de normas com paridade hierárquica, como entendeu a Corte.

Embora a decisão deva ser festejada, também merece críticas, por não reconhecer a superioridade normativa dos tratados sobre transporte internacional no Direito brasileiro, consagrada no Artigo 178 da Constituição do Brasil, especialmente porque veiculam direito internacional privado uniforme sobre a matéria.

Com efeito, o direito internacional privado é o conjunto de normas destinadas a disciplinar o conflito de leis no espaço (DOLINGER, 2012), indicando, por meio dos elementos de conexão eleitos pelo legislador, o ordenamento jurídico ou a regra uniforme aplicável à relação privada com conexão internacional, assim considerada a que esteja simultaneamente conectada a mais de uma ordem jurídica estatal, de modo que quaisquer delas, em tese, lhe seriam aplicáveis.

É exatamente o que se dá quanto ao serviço de transporte internacional, que tem origem em uma jurisdição estatal, concluindo-se noutra. Dessa conexão

³³ Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

internacional resulta a possibilidade de serem aplicadas normas diversas à solução dos conflitos decorrentes dessa relação jurídica, como o ordenamento dos países em que tenha sido iniciada e finalizada a execução do serviço e o das jurisdições em que eventualmente tenham sido realizadas escalas ou conexões, por exemplo.

Foi justamente a complexidade jurídica inerente à aferição da norma incidente a tais relações, fator que inequivocamente acarreta insegurança jurídica às partes envolvidas, que motivou a elaboração da Convenção de Varsóvia³⁴, em 1929, estabelecendo regras uniformes³⁵ sobre a matéria aos países membros, especialmente quanto à responsabilidade do transportador.

Sucessivamente alterada pelo Protocolo de Haia, de 1965³⁶, pelos Protocolos Adicionais n.º 1, 2 e 4, de 1998³⁷, e, finalmente pela Convenção de Montreal, de 1999³⁸, esse regramento internacional visa ao estabelecimento de regras comuns a essas relações jurídicas privadas multiconectadas, oferecendo parâmetros e soluções idênticas para os mesmos conflitos a todos os países membros e, assim, maior unicidade e estabilidade, evitando o indesejado aumento no preço das passagens para incluir os riscos da incerteza indenizatória, o que, em última análise, apenas desprotegeria o consumidor.

Com isso, confere-se mais “(...) *previsibilidade à respectiva atividade econômica*”, oferecendo “(...) *tratamento igualitário aos consumidores em plano*”

³⁴ Publicada pelo Decreto Presidencial n.º 20.704, de 24 de novembro de 1931. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20704.htm>. Último acesso em: 06 out. 2021.

³⁵ Conforme consta na exposição de motivos desse tratado internacional, que reconhece “(...) a utilidade de regular de forma uniforme as condições do transporte aéreo internacional na medida em que identifique os documentos utilizados para este transporte e a responsabilidade do transportador (...)”.

³⁶ Publicado pelo Decreto Presidencial n.º 56.463, de 15 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d56463.htm>. Último acesso em: 06 out. 2021.

³⁷ Publicados pelos Decretos Presidenciais n.º 2.860 e n.º 2.861, ambos de 07 de dezembro de 1998. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2860.htm> e <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2861.htm>. Último acesso em: 06 out. 2021.

³⁸ Publicada pelo Decreto Presidencial n.º Decreto 5.910, de 27 de setembro de 2006. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm>. Último acesso em: 06 out. 2021.

internacional (...) por meio de pactos multilaterais entre Estados soberanos”, nas palavras da Ministra Rosa Weber³⁹.

3. A LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LEIS DE DEFESA DO CONSUMIDOR PELAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE TRANSPORTE AÉREO

Não há dúvidas de que a defesa do consumidor é valor de extrema relevância para o Estado brasileiro, devendo nortear o exercício das atividades econômicas e de sua regulação estatal.

Com efeito, a ordem econômica brasileira, conjunto de normas disciplinadoras da atuação do Estado sobre o domínio econômico que tem por objetivo precípua assegurar a todos uma existência digna, promovendo a justiça social, adota entre seus princípios orientadores a defesa do consumidor, expressamente previsto no inciso V do Artigo 170 da Constituição.

Isso significa que a realização da dignidade da pessoa humana, em seu aspecto econômico, deve estar ancorada na defesa do consumidor (GRAU, 2017), cuja promoção também integra o catálogo de direitos fundamentais tutelados pelo Estado brasileiro, conforme estabelece o inciso XXXII do Artigo 5º do texto constitucional.

Em seu Artigo 48⁴⁰, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias também tratou da defesa do consumidor, estabelecendo prazo de 120 dias, a contar da promulgação da Constituição, para que o Congresso Nacional elaborasse a legislação respectiva.

³⁹ Recurso Extraordinário n.º 636.331, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 25.5.2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

⁴⁰ “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

Em cumprimento a essa diretriz, em 1990 foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n.º 8.078/90⁴¹), microssistema normativo que tem como premissa a hipossuficiência do consumidor, estabelecendo, portanto, regras destinadas justamente a promover a equiparação jurídica entre as partes de uma relação consumerista.

A inversão do ônus da prova, por exemplo, consagrada no Artigo 6º, VIII⁴², do Código de Defesa do Consumidor, que impõe à parte contrária a demonstração da inveracidade dos fatos alegados pelo consumidor, é regra que visa à mitigação da desigualdade ínsita à relação de consumo, na qual o fornecedor de bens ou de serviços, de um lado, ocupa inequívoca posição de superioridade em relação ao consumidor, no outro polo, especialmente no que diz respeito ao conhecimento técnico e informacional a respeito do objeto da relação jurídica.

De outro lado, também integra os princípios gerais da atividade econômica a regra segundo a qual os tratados e convenções internacionais reguladores do transporte internacional têm prevalência sobre a respectiva legislação interna, devendo por ela ser observados, como visto.

Partindo do pressuposto da superioridade hierárquica dos tratados internacionais sobre transporte aéreo relativamente ao direito nacional comum, preconizada no Artigo 178 da Constituição, a compreensão das restrições às regras legislativas de proteção do consumidor impostas pelas Convenções de Varsóvia e de Montreal deve também ser analisada sob o prisma constitucional. É dizer, deve-se averiguar se as limitações consagradas nessas normas internacionais são compatíveis com o texto constitucional, que protege amplamente o consumidor.

⁴¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Último acesso em: 06 out. 2021.

⁴² “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (...).”

Isso porque o caráter supralegal de tais tratados, embora subordine a legislação infraconstitucional aos seus ditames, não afasta a verificação vertical de sua compatibilidade com a Constituição, que lhe é superior.

Para tanto, deve-se ter em vista, em primeiro lugar, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que “*não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto*”⁴³, já que a própria Constituição possibilita a imposição de restrições ao exercício de direitos fundamentais, “*(...) principalmente quando se cuide de direitos veiculados sob a forma de normas-princípios*” (BARROSO, 2004, p. 110).

É o que ocorre com o princípio da defesa do consumidor no que diz respeito à sua dimensão econômica, cuja mitigação é permitida, entre outros, pelo próprio Artigo 178 da Constituição.

Ademais, os dispositivos constitucionais em análise, quais sejam, os Artigos 170, V, e 178, integram o mesmo Capítulo I (“*Dos princípios gerais da atividade econômica*”) do Título VII (“*Da Ordem Econômica e Financeira*”) do texto constitucional, veiculando, portanto, comandos igualmente reguladores da ordem econômica e financeira, que devem, por esse mesmo motivo, ser interpretados e aplicados sistematicamente.

Da conjugação de ambos os enunciados tem-se que o princípio constitucional (abstrato) da defesa do consumidor na ordem econômica brasileira não tem o condão de afastar as Convenções internacionais sobre transporte internacional ratificadas pelo Brasil, incidentes também sobre os consumidores, justamente porque tais normas prevalecem sobre a legislação interna, ainda que esta seja caracterizada como legislação editada sob o guarda-chuva da defesa constitucional do consumidor.

Além disso, o exame do conjunto das normas do Capítulo I do Título VII da Constituição, nos quais estão inseridos os dispositivos sob análise, demonstra que “*(...) a proteção do consumidor não é a única diretriz a que se*

⁴³ Mandado de Segurança n.º 23.452, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 16.09.1999, p. 04. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

orienta a ordem econômica nem o único mandamento constitucional que deve ser observado pelo legislador (...)”, como observado pelo Ministro Gilmar Mendes⁴⁴.

Ao contrário, o constituinte⁴⁵ estabeleceu que os acordos internacionais relativos à ordenação do transporte internacional prevalecem sobre a lei interna, determinando, assim, uma específica priorização, que não pode ser simplesmente afastada por postulados teóricos ou doutrinários. Essa prevalência pontual e expressa permite a conformação e adequação da proteção conferida ao consumidor, na lei nacional, por eventuais normas de Convenções internacionais existentes, como no caso.

Ponto de grande alcance para adequada compreensão desse fenômeno normativo complexo está em identificar uma específica forma de proteção do consumidor, em nível global, pelas Convenções. A opção constituinte pela prevalência da regra das Convenções internacionais não significou, necessariamente, uma opção em detrimento do consumidor. Trata-se de assegurar regras uniformes, que permitem a continuidade desses serviços e a manutenção de valores em patamares que condizem com um acesso mais amplo de consumidores. A eliminação do risco decorrente de custos nacionais exorbitantes, arbitrários, mutáveis, permite a manutenção das rotas aéreas no nível desejável de previsibilidade.

A supralegalidade dessas Convenções e demais tratados ratificados pelo Brasil sobre a matéria impõe, portanto, a sua prevalência não apenas relativamente ao prazo prescricional para a correspondente demanda, objeto do

⁴⁴ Recurso Extraordinário n.º 636.331, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 25.5.2017, p. 12. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

⁴⁵ Na redação original da Constituição, a prevalência dos acordos internacionais sobre transporte internacional, atualmente prevista no caput do Artigo 178, constava do §1º do mesmo dispositivo, da seguinte forma: “Art. 178. A lei disporá sobre: I - a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre; (...) § 1º **A ordenação do transporte internacional cumprirá os acordos firmados pela União**, atendido o princípio da reciprocidade.” A Emenda Constitucional n.º 7/95 modificou a redação do dispositivo, mantendo a regra, agora expressa na cabeça do artigo: “Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.” (grifamos).

Recurso Extraordinário n.º 297.901⁴⁶, ou quanto aos limites da indenização pelo extravio de bagagem, analisada no Recurso Extraordinário n.º 636.331, mas em todas as hipóteses de conflito normativo com a legislação nacional, ainda que esta possa ser mais protetiva ao consumidor, sempre que a questão envolver o aspecto econômico do serviço de transporte internacional prestado ao consumidor. Na linha da inclusão ampla dos demais itens acima relacionados também concluiu o Ministro Gilmar Mendes, relator do último caso:

Aliás, com base nos fundamentos acima alinhavados, penso que é de se concluir pela prevalência da Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil em detrimento do Código de Defesa do Consumidor não apenas na hipótese extravio de bagagem. A mesma razão jurídica impõe afirmar a mesma conclusão também nas demais hipóteses em que haja conflito normativo entre os mesmos diplomas normativos. (Recurso Extraordinário n.º 636.331, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 25.5.2017, p. 13-14)⁴⁷ (grifos nossos)

Contudo, apesar de ter analisado a problemática de forma extensa, a decisão final do Supremo Tribunal Federal nessa demanda limitou-se a reconhecer a prevalência das normas internacionais quanto à responsabilidade decorrente do transporte de passageiros⁴⁸, ao passo que as Convenções de Varsóvia e Montreal também regulam o transporte de cargas.

A constitucionalidade de soluções que, na prática, significam ao consumidor uma restrição, encontra amparo na própria Constituição, por disposição expressa no item dos transportes, que admite a supremacia das Convenções, independentemente de seu conteúdo, sobre as leis nacionais, gerando, assim, a referida limitação da legislação consumerista

⁴⁶ Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 31.03.2006. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260411>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

⁴⁷ Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

⁴⁸ Conforme a tese fixada no acórdão: “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”.

infraconstitucional, em seu aspecto econômico, pelo direito estrangeiro ratificado pelo Estado brasileiro que discipline o serviço de transporte internacional.

Ademais, as convenções em questão, embora restrinjam o prazo prescricional e limitem o valor da indenização material pelo extravio de bagagem, impondo regras uniformes a tais matérias, não desprotegem o consumidor.

Ao contrário, impõem um sistema de reparação tarifado aos países membros, fixando a indenização em valores comuns de 1.000 direitos especiais de saque – hoje equivalentes a R\$ 7.986,30⁴⁹ –, além de permitir que o usuário faça declaração especial de valor quanto à sua bagagem, hipótese na qual a indenização será calculada até a importância declarada, salvo se a empresa provar ser ela superior ao valor real da entrega no destino, nos termos do que se encontra previsto no Artigo 22, 2, da Convenção de Montreal⁵⁰:

Artigo 22 – Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga. (...) 2. No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, **a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino**, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino. (grifos nossos)

Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia, “essa disposição é suficiente para assegurar proteção mínima ao consumidor, preservando o princípio do art. 170, inc. V, da Constituição da República”⁵¹.

⁴⁹ Conversão realizada junto ao sítio do Banco Central do Brasil em 29 out. 2021. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/conversao>>. Último acesso em: 29 out. 2021.

⁵⁰ Publicada pelo Decreto Presidencial n.º 5.910, de 27 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm>. Último acesso em: 06 out. 2021.

⁵¹ Recurso Extraordinário n.º 636.331, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 25.5.2017, p. 133. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

Ademais, o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu Artigo 7º, prevê que os direitos nele previstos “(...) não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário (...)”, regra que, interpretada em conformidade com o Artigo 178 da Constituição, impõe a necessária compatibilização da proteção conferida pela legislação consumerista com a ordenação contemplada na normativa internacional, inclusive suas eventuais restrições, já que Ihe é hierarquicamente superior.

O Código Brasileiro de Aeronáutica⁵², lei que disciplina o transporte aéreo no Brasil, declara em seu Artigo 1º que “(...) o direito aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar”, afastando a incidência dessas normas internacionais quando estabeleçam limites de responsabilidade inferiores aos nele previstos, entre outras hipóteses reguladas em seu Artigo 10⁵³.

Esse dispositivo, nesse ponto, não foi recepcionado, já que, sendo pré-constitucional, veicula comando contrário ao Artigo 178 da Constituição, segundo o qual aquelas normas internacionais Ihe são prevalentes. Contudo, de se notar que o montante previsto na Convenção de Montreal é superior ao dobro do limite indenizatório fixado no Artigo 260 daquele Código⁵⁴, de 150 Obrigações do Tesouro Nacional, hoje equivalentes a cerca de R\$ 3.233,46⁵⁵.

⁵² Lei Federal n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17565compilado.htm>. Último acesso em: 10 out. 2021.

⁵³ “Art. 10. Não terão eficácia no Brasil, em matéria de transporte aéreo, quaisquer disposições de direito estrangeiro, cláusulas constantes de contrato, bilhete de passagem, conhecimento e outros documentos que: I - excluam a competência de foro do lugar de destino; II - visem à exoneração de responsabilidade do transportador, quando este Código não a admite; III - estabeleçam limites de responsabilidade inferiores aos estabelecidos neste Código (artigos 246, 257, 260, 262, 269 e 277)”.

⁵⁴ “Art. 260. A responsabilidade do transportador por dano, conseqüente da destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou conservada em mãos do passageiro, ocorrida durante a execução do contrato de transporte aéreo, limita-se ao valor correspondente a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, por ocasião do pagamento, em relação a cada passageiro.”

⁵⁵ Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n.º 607.930, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. em 06/04/2004; Recurso Especial n.º 1.168.625, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 09/06/2010. Disponíveis em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Último acesso em: 10 out. 2021), o valor de 50 OTNs, título da dívida pública emitido entre 1986 e 1989, foi fixado em R\$ 328,27 a partir de janeiro/2001, devendo ser corrigido pelo IPCA-E (IBGE). “Em abril/2021, 500 OTNs valiam R\$ 10.778,19” (<<https://helomnunes.com/2021/06/19/e-possivel-utilizar-do-alvara-judicial-quando-existirem-bens-moveis-ou-imoveis-alem-de-valores/>>), de maneira que, atualmente, 150 OTNs equivalem a cerca de R\$ 3.233,46.

Realmente, o regramento das Convenções internacionais reguladoras do transporte internacional aéreo em vigor no Brasil “(...) não vulnera o direito dos consumidores (...). Pelo contrário, resguardam seus direitos de forma adequada, pois os valores previstos para as indenizações são razoáveis”, nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski⁵⁶.

De maneira que não se vislumbra qualquer sacrifício ao núcleo essencial da defesa do consumidor pelas restrições impostas pelas Convenções de Montreal e de Varsóvia, que, além de constitucionalmente permitidas, não desprotegem o consumidor.

CONCLUSÕES

A possibilidade de mitigação constitucional da defesa do consumidor, em sua dimensão patrimonial, pelos tratados internacionais reguladores do transporte internacional, decorre de comando constitucional expresso sobre a superioridade hierárquica destes quanto à legislação nacional. Ademais, a referida mitigação ampara-se, ainda, na compreensão de que a incidência dos tratados não significa desamparo jurídico ao consumidor.

Ao contrário, tais Convenções supralegais asseguram a proteção do consumidor por meio da adoção de normas uniformes garantidoras da reparação material em patamares comuns aos seus países membros, trazendo maior segurança jurídica a eventos e atividades globais essenciais, evitando o indesejado aumento arbitrário do preço das passagens como medida de compensação da incerteza quanto ao valor de eventuais indenizações.

A regra emergente do Artigo 178 da Constituição Federal afasta, portanto, o aparente conflito entre o princípio constitucional que impõe a defesa do

⁵⁶ Recurso Extraordinário n.º 636.331, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 25.5.2017, p. 94. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

consumidor e as limitações constantes das Convenções de Varsóvia e de Montreal. Não há conflito. Existe uma opção constitucional por superioridade normativa destas Convenções no tópico aqui abordado.

O fato de a Constituição atribuir a esses tratados posição hierárquica superior à legislação interna reguladora do transporte aéreo determina, portanto, a compreensão dos limites da dimensão patrimonial do princípio constitucional da defesa do consumidor, não apenas por opção política do legislador constitucional, que expressamente autoriza os efeitos decorrentes da prevalência da legislação internacional, mas, especialmente, porque as limitações nela contempladas não desprotegem o consumidor.

Em síntese, não há afronta ao princípio constitucional em questão, já que o direito internacional privado uniforme sobre a matéria, de *status* supralegal por expressa opção do constituinte, atende à necessária segurança jurídica a tais relações privadas com conexão internacional e, concomitantemente, protege o consumidor, ao assegurar a reparação do dano em patamares equânimes relativamente aos países membros daquelas Convenções. Confere-se, com isso, maior proteção ao consumidor em escala geral, e não apenas em uma visão tópica relacionada às indenizações patrimoniais individuais.

O sistema de transportes aéreos, essencial ao Mundo contemporâneo, e sua disponibilidade ao consumidor em patamares que assegurem o mais amplo acesso, é modelo que atende também aos interesses do consumidor.

Diferentemente do que decidiu o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 636.331, portanto, a prevalência dessas normas internacionais não se restringe a fazer incidir uma limitação da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros. De um lado, abrange quaisquer aspectos relacionados à regulação do transporte internacional, já que o Artigo 178 prevê a superioridade hierárquica de tais normas sobre a legislação interna respectiva.

De outra parte, também protege, no caso específico aqui analisado, os próprios interesses do consumidor a manter um sistema de transporte aéreo estável e em preços que não sejam proibitivos à maior parte da população.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Art. 178. *In*: CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 3ª ed. Campinas: Russell Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão e Limitação a Direitos Fundamentais. Ilegitimidade de Restrições à Publicidade de Refrigerantes e Sucos. *In*: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 109-141, jul./set. 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, v. 7**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. Superior Tribunal Federal de Justiça. **Recurso Especial n.º 607.930**. Relatora: Ministra Eliana Calmon, j. 06 abr. 2004. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.168.625**. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 09 jun. 2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543**. Relator: Ministro Edson Fachin, j. 11 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Último acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 87.585**. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Último acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 23.452**. Relator: Ministro Celso de Mello, j. em 16 set. 1999. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480**. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 04 set. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 80.004**. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, j. 04 jun. 1977. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 172.720**. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 21 fev. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 214.349**. Relator: Ministro Moreira Alves, j. 13 abr. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 297.901**. Relatora: Ministra Ellen Gracie, j. 31 mar. 2006. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260411>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 351.750**. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 17 mar. 2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603051>>. Último acesso em 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 466.343**. Relator: Ministro Cezar Peluso, j. 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Último acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 636.331**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 25 mai. 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>>. Último acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n.º 766.618**. Relator: Ministro Roberto Barroso, j. 25 mai. 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Último acesso em: 10 out. 2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. VIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado, Parte Geral**. 10ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FARACO, Marina. Pluralismos jurídicos e conflitos normativos: a solução de antinomias sob a racionalidade dualista. *In*: GUIMARÃES, Antônio Marcio da

Cunha; MARQUES, Miguel Ângelo (Coord.). **DIGE: Direito Internacional e Globalização Econômica**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 61-74. Disponível em: <<https://pucsp.academia.edu/MarinaFaraco>>. Último acesso em: 25 out. 2020.

FARACO, Marina. Pluralismos jurídicos sob a perspectiva de um Código de Processo Constitucional: a necessária regulamentação processual do Controle de Convencionalidade das leis no Brasil. *In*: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda (Orgs). **Um código de processo constitucional para o Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 337-354.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal: ordem econômica e financeira: arts. 170 a 192**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dois direitos humanos. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito constitucional e internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25-48.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho Ramos. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os Tratados de Direitos Humanos. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 241 – 286, jan./dez. 2009.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público. Curso Elementar**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, André Ramos. Direitos socioeconômicos na periferia do capitalismo: uma proposta de mudança. *In*: VELLOZO, Julio César de Oliveira. ISHIKAWA, Lauro. FILHO, Marco Aurélio Florêncio (orgs). **Direitos Humanos. Diálogos ibero-americanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 1041-1048.

TAVARES, André Ramos. *Acesso especial à infraestrutura rodoviária e práticas administrativas inconstitucionais*. *In*: **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, n.1, p. 36 – 67, abr./jun. 2017.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005a.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des) estruturando a Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2005b.