

Regras da Convenção de Montreal e o diálogo das fontes com o CDC

21/06/2017



O Direito do Consumidor é uma conquista da sociedade

contemporânea, tendo sido fundamental para promover a proteção do polo mais vulnerável nas relações de consumo, equilibrando tais relações jurídicas. A promulgação da Constituição de 1988 marca uma nova etapa do Direito Privado no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a centralidade do sistema não estivesse mais no Código Civil e leis especiais, portanto, na proteção do patrimônio, mas na própria Carta Política, primando pela defesa da dignidade da pessoa humana — bem maior a ser resguardado pelo ordenamento e que constitui uma barreira intransponível no que concerne a atuação dos indivíduos e do próprio Estado em suas relações jurídicas, pois fundamento da República, nos termos do no artigo 1º, inciso III, da CF/88.

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”[1]. Não se trata da mera interferência estatal na criação de leis que abordem assuntos de Direito Privado, mas da leitura constitucional dos seus institutos e da inclusão constitucional de temas na tradicionalmente abordados na esfera privada[2]. E dentre essas regras está a defesa do consumidor, insculpida no artigo 5º, inciso XXXII da CF/88 e, logo, alçada à categoria de norma fundamental, dever de proteção do Estado, em especial do Estado-juiz.

Nesse sentido, chama a atenção que o Supremo Tribunal Federal tenha interpretado o artigo 178 da CF/1988 sem conexão com o mandamento constitucional do artigo 5,XXXII da CF/1988 e sem sintonia com a ordem constitucional econômica esculpida no artigo 170 e seu inciso V impondo a defesa do consumidor.

Sem dúvida, trata-se de mal-entendido, que embargos de declaração vão esclarecer e superar. Mas é necessário, desde logo, afirmar três pontos para evitar uma leitura inconstitucional da Convenção de Montreal (Convenção de Montreal para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, promulgada pelo Decreto 5.910/06): a Convenção de Montreal não trata de danos morais (só proíbe as perdas e danos punitivos), não trata da responsabilidade por *overbooking*/práticas comerciais/cláusulas abusivas e por recusa de

embarque! E a Convenção de Montreal, ao contrário do que uma leitura apressada do *decisum* do STF pode afirmar, é regra imperativa de proteção dos passageiros que permite apenas derrogação *im favorem* dos direitos dos passageiros-consumidores[3]. Assim, por exemplo, em caso de demora ou atraso de voo, o consumidor europeu pode escolher entre a indenização "taxada" e automática do Regulamento 261/2004/CE ou da Convenção de Montreal, que procura fixar o verdadeiro dano em caso de atraso, possuindo apenas máximos[4].

Como se vê, a Convenção de Montreal, ao proibir apenas as perdas e danos punitivos, e não os danos morais (artigo 29), e como ensina a doutrina internacionalista, deixa ao juiz abertos os critérios para a responsabilidade por danos morais[5], exigindo o diálogo das fontes para a proteção dos consumidores. Em outras palavras, ao contrário do que parece emergir do resumo da decisão do STF, a Convenção de Montreal permite o diálogo com outras fontes de proteção do consumidor e, obviamente, de proteção da pessoa humana em caso de violação de direitos fundamentais (ou seria uma interpretação inconstitucional da convenção, inferior à Constituição Federal de 1988, por exemplo em caso de passageiros com deficiência ou no que se refere à proteção dos dados sensíveis dos passageiros).

Note-se que a Convenção de Montreal não deve ser considerada totalmente negativa para os consumidores. Seu preâmbulo — que deve ser fonte para sua interpretação em todos os países e inclusive no Brasil — é claro e determina inclusive que uma de suas premissas é a proteção dos consumidores[6]. E enquanto, em caso de morte, a Convenção de Varsóvia (Convenção de Varsóvia para a Unificação de Certas Regras relativas ao Transporte Aéreo Internacional, promulgada pelo Decreto 20.704/31) — esta já considerada inconstitucional por sua taxação pífia da vida humana, na Itália — valorava o fato em 7 mil euros, a Convenção de Montreal vai até 120 mil euros de indenização, conforme as circunstâncias, isso, porém, com o mesmo sistema de presunção de culpa e não garantindo a reparação integral[7]. Sua aplicação no caso de perdas de bagagens é uniforme, mas não se aplica para pacotes de viagens. Também o estabelecimento do foro é ainda pelo CDC e CPC, logo, o consumidor pode acionar em seu domicílio. Aqui um diálogo forçado entre essas fontes, que permitirá inclusive as benesses da inversão do ônus da prova, se a presunção de culpa da convenção não puder ser usada.

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

Mas se o diálogo das fontes entre o CDC e a Convenção de Montreal é possível no Brasil e no mundo, mister considerar, por fim, se a decisão que afasta o CDC ao interpretar o artigo 178 da Constituição não está baseada em uma visão isolada do artigo 178, que obviamente — e a Adin 2.591 estabeleceu — submete-se ao artigo 170, *caput* e inciso V da Constituição como princípio da ordem econômica e ao mandamento do artigo 5, XXXII da CF/1988 de proteção do

consumidor. Isto é, se não haveria — no mínimo exagero — ao afirmar que se afasta o CDC para toda a qualquer tema de responsabilidade civil do transporte de passageiros forte no artigo 178?

O artigo 178 da CF, após a EC 7/95, afirma que a "lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo...., devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União". A redação é muito mais branda do que a anterior, que determinava em um parágrafo primeiro cumprir os acordos internacionais (parágrafo 1º. A ordenação do transporte internacional cumprirá os acordos firmados pela União...), não havendo motivo, agora que devemos só "observar" esses acordos — que, diga-se de passagem, são comerciais (tratado-lei) e não devem ou podem afetar direitos humanos e leis protetivas, "desobservar" leis especiais nacionais como o CDC.

A inserção da defesa do consumidor na lista de direitos fundamentais impõe ao Estado o dever de resguardar o consumidor dos abusos que este poderia sofrer nas relações faticamente estabelecidas no mercado em função da sua vulnerabilidade, inclusive como passageiro de um avião, daí porque no mínimo os danos morais sofridos terão de ser indenizados com base no princípio da reparação integral do CDC. Enquanto direito fundamental, o direito do consumidor possui eficácia horizontal e vertical[8], inclusive no que tange a interpretação de tratados que afetam a proteção dos consumidores.

Ademais, o direito do consumidor é igualmente um princípio da ordem econômica, cujo objetivo é estabelecer um modelo econômico que pugne por uma liberdade de mercado com certa intervenção estatal[9], a fim de guiar a sociedade à consecução da justiça social (artigo 3º da CF/88). Afinal, esse é um preceito fundante da ordem econômica, a qual é exteriorizada por uma série de princípios previstos no artigo 170 da Constituição, os quais são entendidos enquanto comandos norteadores da conduta dos agentes econômicos e insculpem-se nas políticas econômicas implementadas pelo Estado, de modo a não ver o texto constitucional esvaziado[10].

Dentre esses princípios está a "defesa do consumidor", especificamente no artigo 170, inciso V, cabendo ao Estado realizar atos ou editar medidas que não só restrinjam, condicionem ou suprimam a iniciativa privada, como também promovam condutas específicas, a fim de garanti-lo[11]. Nesse escopo, pode-se dizer que todas as regras inseridas dentro do capítulo da ordem econômica devem se guiar por esse princípio, afinal, o consumidor é o elo entre o mercado e a economia, sem o qual a atividade econômica não se desenvolve[12].

Se em um primeiro momento se pode concluir da leitura da ementa que o STF fez uma leitura restritiva da própria Carta de 1988, em detrimento da proteção do consumidor, com base apenas no artigo 178 da Constituição Federal. Mister lembrar que se a Constituição Federal é uma unidade de valores, assim dever-se-ia realizar uma leitura harmoniosa e dialogada entre as diversas prescrições constitucionais[13], especialmente no que diz respeito às cláusulas pétreas — como o artigo 5, inciso XXXII —, as quais, importa lembrar, estão protegidas da atuação e deliberação do poder constituinte derivado (artigo 60, parágrafo 4º) por terem o condão de "assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade"[14].

Por conseguinte, se uma simples modificação não é plausível ao legislador, não seria ela “alterável” pelo Poder Judiciário, especialmente quando da realização de uma leitura restrita a um único dispositivo do texto constitucional ou por qualquer outro ente do poder público — e nem mesmo nas relações jurídicas entre particulares, haja vista que os direitos fundamentais no Direito brasileiro produzirem eficácia imediata e irrestrita[15].

Ademais, mesmo se a leitura do texto político se restringisse ao capítulo da ordem econômica, a regra contida no artigo 178 tampouco prevaleceria, haja vista confrontar-se diretamente com um princípio norteador da atividade econômica. Imperioso lembrar que, muito embora regras e princípios sejam espécies de normas, os princípios são “mandamentos de otimização”, os quais devem ser cumpridos de acordo com “as possibilidades jurídicas e fáticas” de cada situação, servindo como um norte para a aplicação das regras e orientando a sua aplicação[16].

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 supraleais, 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*[17]), 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. Temos certeza de que esse entendimento prevalecerá no Brasil.

[1] BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2009, p. 85.

[2] SOUZA NETO, Cláudio P.; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 44.

[3] CACHARD, Olivier. *Le transport international aérien des passagers*. Haye: LPRcueils de Cours, 2015, p. 21.

[4] CACHARD, Olivier. *Le transport international aérien des passagers*. Haye: LPRcueils de Cours, 2015, p.111.

[5] CACHARD, Olivier. *Le transport international aérien des passagers*. Haye: LPRcueils de Cours, 2015, p. 107.

[6] CACHARD, Olivier. *Le transport international aérien des passagers*. Haye: LPRcueils de Cours, 2015, p. 60.

[7] CACHARD, Olivier. *Le transport international aérien des passagers*. Haye: LPRcueils de Cours, 2015, p. 176 et seq.

[8] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 31-33.



- [9] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: ed. Malheiros, 2003, p. 763.
- [10] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *A experiência brasileira na Constituição econômica*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 102, pp. 29-32, abr./jul., 1989, p. 29.
- [11] MIRAGEM, Bruno Barbosa. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 45.
- [12] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 95.
- [13] Cf. MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do Direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012; MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, pp. 70-99, jan./mar. 2003.
- [14] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 92.
- [15] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, passim.
- [16] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.
- [17] CACHARD, Olivier. *Le transport international aérien des passagers*. Haye: LPRécueils de Cours, 2015, p. 105.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2017-jun-21/regras-convencao-montreal-dialogo-fontes-cdc/>