

O TRANSPORTE AÉREO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR¹

ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN*

*Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.
Professor de "Direito Ambiental Comparado" e "Biodiversidade e Direito"
University of Texas School of Law at Austin - Texas - USA*

Sumário:

1. A importância do transporte aéreo - 2. Classificação do transporte aéreo — 3. Uma primeira aproximação: os conceitos de consumidor, fornecedor e serviço no transporte aéreo: 3.1 Conceito jurídico de consumidor de serviço aéreo; 3.1.1 Os elementos teleológico (destinação final) e remuneratório; 3.1.2 A abstração do elemento teleológico; 3.2 Os conceitos de fornecedor e de serviço no transporte aéreo - 4. Os privilégios jurídicos do transporte aéreo - 5. A Convenção de Varsóvia e sua evolução - 6. O Código Brasileiro de Aeronáutica — 7. Conflito aparente de normas entre o Código de Defesa do Consumidor, a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica: 7.1 A geografia do conflito; 7.2 Delimitação constitucional do conflito - 8. O Código de Defesa do Consumidor e a Convenção - 9. O Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica - 10. A Convenção e o Código Brasileiro de Aeronáutica após Kuala Lumpur - 11. Conclusões articuladas.

¹ Texto preliminar, não revisto pelo autor.

1. A importância do transporte aéreo

As facilidades de locomoção são um dos mais importantes benefícios que o consumidor desfruta no mercado moderno. Aliás, a própria noção de "sociedade global" deve muito aos extraordinários avanços tecnológicos ocorridos nos meios de transporte, principalmente o aéreo. Curioso, então, que um setor que é peça fundamental no mosaico da globalização - o fenômeno político, econômico, social e jurídico que marca este fim de século - ainda seja regido por um regime legal instituído no início do século XX, quando a indústria aeronáutica estava na sua infância².

Vindo de um começo elitista e aventureiro, o transporte aéreo hoje integra, sem dúvida alguma, o quadro das relações de massa, seja pela sua difusão, seja pela sua relevância econômica, seja pela utilização corriqueira de contratação Standard, tudo a justificar e a conclamar seu regramento pela legislação de proteção do consumidor.

2. Classificação do transporte aéreo

Há várias formas de classificação do transporte aéreo. Para os objetivos limitados deste curto estudo, interessa dividi-lo em duas categorias básicas. Primeiro, o transporte aéreo internacional, aquele que liga dois ou mais países. Segundo, o transporte aéreo doméstico, aquele que é prestado no interior de um único país.

A distinção é crucial porque, conforme a modalidade em que se encaixe, o serviço estará regido ora pela Convenção de Varsóvia

² No tema da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao transporte aéreo doméstico e internacional, três excelentes trabalhos, em ordem cronológica de publicação, devem ser necessariamente consultados: Luís Camargo Pinto de Carvalho, O Código do Consumidor e o Direito Aeronáutico, in Revista dos Tribunais, v. 673, nov. de 1991, p. 47-49; Cláudia Lima Marques, A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor, in Revista de Direito do Consumidor, v. 3, set./dez. de 1992, p. 155-197; Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge, A responsabilidade civil no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o transporte aéreo, in Revista de Direito do Consumidor, v. 19, jul./set. de 1996, p. 114/147. Cf., ainda, no tema geral da responsabilidade civil, abordando também o transporte aéreo, três magníficas e modernas obras: Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade Civil, São Paulo, Saraiva, 1994; Rui Stocco, Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994; Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo, Malheiros, 1997.

(Convenção, a partir de agora), ora pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA, a partir de agora).

3. Uma primeira aproximação: os conceitos de consumidor, fornecedor e serviço no transporte aéreo

O transporte aéreo é regrado pelo Código de Defesa do Consumidor, como serviço de consumo. Mas nem sempre.

O Código de Defesa do Consumidor dá aos produtos e serviços tratamento assemelhado, só que, topograficamente, os separa. Assim é em decorrência da complexidade destes últimos, tanto que a nossa economia hoje é chamada, a justo título, de "economia de serviços". Contudo, nem todo serviço (como nem todo produto) é regrado pelo Código de Defesa do Consumidor. Só quando inserido numa relação jurídica de consumo é que o serviço recebe as bênçãos do estatuto consumerista.

A caracterização da *relação jurídica de consumo* exige a configuração *simultânea* do tripé "consumidor-fornecedor-produto ou serviço". Dos três elementos, o mais difícil de apreender é o conceito de consumidor, pois não é, de maneira única, caracterizado pelo Código de Defesa do Consumidor³. E não é este o local apropriado para trazer tão árdua discussão. De qualquer maneira, algumas palavras, mesmo que gerais, são essenciais, para que possamos bem visualizar o transporte aéreo como serviço de consumo.

Vejamos.

3.1 Conceito jurídico de consumidor de serviço aéreo

O beneficiário do transporte é necessariamente *cliente* do transportador, mas nem sempre seu *consumidor*, na letra do Código de Defesa do Consumidor. De um lado, o Código, genericamente, diz ser

³ Sobre o conceito jurídico de consumidor, ainda numa perspectiva pré-código, cf. Antônio Herman V. Benjamin, O conceito jurídico de consumidor, RT 628:69.

consumidor "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (art. 2, *caput*). De outra parte, agora já no campo dos acidentes de consumo, a norma codificada estabelece que consumidores são "todas as vítimas do evento" (art. 17), sem qualquer referência à expressão "como destinatário final", evento aqui significando episódio que afeta a saúde ou segurança daqueles que fazem uso de produtos ou serviços. Finalmente, regendo toda a matéria pré-contratual (marketing, por exemplo), contratual (controle das cláusulas abusivas, p. ex.) e pós-contratual (bancos de dados e cobranças de dívidas, p. ex.), o Código de Defesa do Consumidor define consumidores como "todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas" (art. 29), omitindo também o qualificador "como destinatário final".

3.1.1 Os elementos teleológico (destinação final) e remuneratório

O Código de Defesa do Consumidor, no seu conceito primário de consumidor (art. 2º, *caput*), eleva a "destinação final" como linha divisória entre o que é e o que não é produto ou serviço de consumo. Se a caracterização do que vem a ser destinatário final no campo dos produtos já é difícil, mais complicada ainda se torna na área de serviços porque, pelo menos no sentido físico dos fenômenos, não se pode, como regra, "revender" um serviço.

A primeira hipótese a ser examinada é aquela em que o produto ou serviço é passível de ser considerado de consumo, o prestador é tido como fornecedor e, no entanto, não há relação de consumo, por ausência de constituição própria da figura do consumidor. Alguém que adquire um produto ou serviço como matéria prima ou com a intenção de revendê-lo, no exercício de atividade produtiva comercial, não está protegido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), pelo menos até onde se aplique o art. 2º, *caput* (p. ex., em toda a matéria dos vícios de qualidade por inadequação, arts. 18-22), já que não é, nos termos

do estatuto, considerado consumidor. Há aí um produto de consumo (televisão, v.g.) e um fornecedor (o fabricante original, no caso). No entanto, não há relação de consumo pela irrealização do elemento "destinatário final", pressuposto do reconhecimento da figura do consumidor, nesta parte do Código. No caso do serviço aéreo, utilizando a mesma linha de raciocínio, não seria considerada consumidora, para fins de aplicação dos arts. 19 e 20, a pessoa jurídica que fizesse uso da aviação para transporte, como carga, de suas mercadorias ou equipamentos.

A segunda hipótese a ser vista é aquela em que estão presentes alguém com titulação de consumidor potencial (é destinatário final) e um sujeito aceito como fornecedor de serviços, integrando o serviço o grupo daqueles que, em tese, são qualificáveis como de consumo e, apesar de tudo isso, não há relação de consumo, porque ausente o requisito da "remuneração". Veja-se o exemplo, aproveitando o anterior, de alguém que leva seu televisor para conserto na assistência técnica do seu vizinho e amigo, reparo esse que é feito gratuitamente. Não se pode, aqui, falar em relação jurídica de consumo, pois não cumprida a exigência de ser a prestação "mediante remuneração" (art. 3º, § 2º). Igual situação sucede com a companhia aérea, quando transporta, graciosamente, passageiros e encomendas: não está ela submetida ao Código de Defesa do Consumidor, embora este tipo de serviço possa ser (e é) regido pela legislação aeronáutica ou mesmo civil. E, nesse ponto, a exclusão do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor opera não só em relação aos arts. 19 e 20 (vícios de qualidade por inadequação), como também em sede do art. 14 (vícios de qualidade por insegurança ou acidentes de consumo).

3.1.2 A abstração do elemento teleológico

A terceira hipótese que deve ser referida é aquela em que o Código de Defesa do Consumidor, abrindo mão da exigência da não-profissionalidade (=destinatário final), ampara sujeitos que, decididamente,

não seriam considerados consumidores sob os parâmetros estreitos do art. 2, *caput*. Nos acidentes de consumo, o profissional, por força do art. 17, é equiparado a consumidor. O dono de supermercado que, ao fazer uma inspeção nas suas gôndolas, é atingido por uma explosão de garrafa de refrigerante ou, ainda, o grande empresário que, para participar de uma reunião do Conselho de sua empresa, voa com uma companhia aérea e é mortalmente atingido por um pacote que cai do porta-bagagem, ambos são "equiparados" a consumidor, já que vítimas de acidente de consumo.

A quarta hipótese — exatamente aquela onde diverge a doutrina especializada, dividida entre "minimalistas" e "maximalistas" - ocorre no controle das práticas e cláusulas abusivas, pois, tal qual sucedeu com o art. 17, o CDC novamente omite a expressão "destinatário final". A dúvida que fica é se o Código de Defesa do Consumidor seria igualmente aplicável tanto em favor da pessoa física que contrata o transporte de uma encomenda, como da empresa que negocia o transporte de suas mercadorias, diante de abusos publicitários, contratuais ou de cobrança de dívidas por parte das companhias aéreas.

3.2 Os conceitos de fornecedor e de serviço no transporte aéreo

Ainda sem entrar na discussão da aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor à responsabilidade civil aeronáutica, é inquestionável ser o transportador, terrestre ou aéreo, doméstico ou internacional, "fornecedor", nos moldes do art. 3.º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (CDC): "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou *prestação de serviços*⁴." Indubitavelmente, o transportador "presta serviços" e, por isso mesmo,

⁴ Grifo nosso.

tem a qualificação jurídica de "fornecedor", provida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Também não há que se duvidar que o transporte - terrestre ou aéreo, nacional ou internacional - *é serviço*, nos termos do art. 3.º, do CDC: "*Serviço é qualquer atividade* fornecida no mercado de consumo, *mediante remuneração*, inclusive as de natureza bancária, financeira, e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (grifo meu).

Em resumo, aceitando que o Código de Defesa do Consumidor genericamente é aplicável à matéria, haverá hipóteses em que, embora sendo o transportador aéreo "fornecedor" e apesar de ser o transporte aéreo "serviço", ainda assim o regime codificado não protegerá o usuário, posto que desqualificado como "consumidor". Num outro plano, o manto protetório do estatuto não estará disponível por ausência de serviço de consumo, posto que ausente a remuneração.

4. Os privilégios jurídicos do transporte aéreo

Desde o seu nascimento, a aviação comercial postulou (e recebeu) tratamento diferenciado pelo Direito.

Por um lado, a indústria surgiu sob um clima original de aventura, de insegurança geral e tecnológica, de sofisticação, de aparência supérflua e elitista. Tudo isso bastava para explicar suficientemente a existência de mecanismos exoneratórios ou limitativos de responsabilidade civil. Pesava, em particular, a percepção do nascente serviço como beneficiando um grupo pequeno de privilegiados, admiradores da novidade, mais ainda quando acoplada ao perigo. Qualquer fechamento dos mecanismos jurisdicionais asseguradores da plena reparação não traria consigo efeitos anti-distributivos, posto que limitado no, plano subjetivo, a uma casta diminuta de usuários.

Atualmente, o avião transformou-se no veículo de transporte mais rápido, seguro⁵ e eficaz entre todos os existentes, atividade verdadeiramente massificada, servindo a milhões de pessoas em todo o mundo. A aviação civil abriu as portas de um admirável mundo novo, repleto de benefícios, oportunidades e, como não poderia deixar de ser, também de conflitos. O transporte aéreo pode ser mesmo caracterizado como serviço essencial, nos termos do art. 22, do CDC, exigindo e aceitando, como nenhum outro meio de transporte, a intervenção estatal, que regula desde os seus atributos de segurança até a distribuição de rotas (a "política de céus abertos", p. ex., ainda é uma miragem, na grande maioria dos países).

No Brasil, o tratamento jurídico da aviação civil, nos passos do transporte marítimo e ao contrário do que sucedeu com o transporte terrestre, veio de fora para dentro, sob a bandeira internacional da unificação e uniformização. No entanto, ordens constitucionais novas e legislações internas - tanto gerais, como especializadas (proteção do consumidor) - ajustam a configuração jurídica do transporte aéreo à realidade e necessidades de cada nação, em particular limitando, quando não expurgando, privilégios outorgados pela anciã normatização internacional e expandindo os direitos da parte vulnerável, na relação jurídica de consumo.

Alguns países, inibidos pela dimensão pequena de seu território, não puderam desenvolver uma regulamentação interna própria

⁵ Hoje, a segurança é exatamente um dos mais festejados atributos da aviação civil. Carlos Eduardo Lins da Silva, em artigo para a Folha de São Paulo, assim descreveu o transporte aéreo: "Andar de carro é mais perigoso que voar"; "Em 1995, 177 pessoas morreram em acidentes de avião nos EUA, contra 43.900 em acidentes de automóvel. Mesmo levando em consideração que muito mais pessoas viajam de carro do que de avião, ainda assim as chances de morrer em terra são maiores do que no ar. A Lloyd's de Londres, talvez a mais famosa agência de seguros do mundo, calcula que a possibilidade de morrer em desastre automobilístico é 20 vezes maior do que em desastre aéreo... Em 1995, foram feitos 12 milhões de vôos, com 500 milhões de passageiros. Houve 2,9 acidentes para cada 1 milhão, com 177 mortos... Dos acidentes aéreos dos últimos 25 anos, 50% ocorreram na aproximação e pouso. Outros 20%, na decolagem e subida, segundo a Fundação para a Segurança de Vôo. A maior causa é erro do piloto (68,4% dos casos nos anos 80, segundo o Comitê Nacional de Segurança no Transporte)" (Folha de São Paulo, 03.11.1996, p. 2, Caderno Cotidiano).

para o transporte aéreo. Não é o caso do Brasil, que tem seu Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), de 19.12.1986.

Procurando explicar os limites de responsabilidade, várias são as justificativas dadas pelos defensores do regime de privilégios, nenhuma delas sustentando-se atualmente, argumentos esses que se aplicam tanto à Convenção de Varsóvia, como aos regimes especiais nacionais: a) analogia com o Direito Marítimo; b) necessidade de proteção a uma indústria essencialmente frágil e em processo de afirmação de sua viabilidade econômica e tecnológica; c) reconhecimento de que danos dessa magnitude não devem ser suportados apenas pelas companhias; d) indispensabilidade de contratação de seguro, o que é dificultado pela inexistência de teto; e) possibilidade dos próprios consumidores contratarem seguro pessoal; f) compensação entre, de um lado, a limitação e, do outro, o agravamento do regime de responsabilização (inversão do ônus da prova de culpa ou mesmo imputação objetiva); g) eliminação de complexos e demorados processos judiciais; h) unificação do Direito, quanto aos valores indenizatórios pagos⁶.

5. A Convenção de Varsóvia e sua evolução

Se o transporte aéreo é internacional, isto é, entre mais de um País, sobre ele incide, normalmente, a Convenção de Varsóvia (Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Transportation by Air), de 1929, promulgada apenas dois anos após a odisséia transatlântica de Charles Lindberg, em 1927, vôo que levou todo o mundo a sonhar com transporte aéreo internacional de longa duração e distância.

A Convenção desde a sua promulgação em 12.10.1929, passou por várias alterações. Infelizmente, não podemos analisar sua evolução integral aqui. Nosso estudo ficará concentrado no último estágio dessa longa cronologia.

⁶ Aleksander Tobolewski, Monetary Limitations of Liability in Air Law: Legal, Economic and Socio-Political Aspects, Montreal, De Daro Publishing, 1986, p. 75.

Em 31.10.1995, foi firmado o "Acordo de Kuala Lumpur" que, embora não sendo um tratado, mas um acerto entre transportadoras, portanto de caráter contratual, e cuidando *somente* dos danos decorrentes de *acidentes de consumo* (não inclui, p. ex., perda de bagagem), trouxe mudanças fundamentais e, até pouco tempo, impensáveis, no regramento do sistema da Convenção, alterações essas que podem ser assim resumidas: a) extirpação integral do teto (art. 22, § 1.º); b) responsabilidade civil objetiva até aproximadamente US\$ 146.000; c) juízo competente é aquele que aplica o direito do domicílio do passageiro (o intuito de evitar o *fórum shopping*).

Sob os auspícios da IATA - International Air Transport Association, companhias aéreas do mundo todo reuniram-se em 1995 e 1996 com o propósito de, voluntariamente, aumentar ou simplesmente eliminar os limites indenizatórios no caso de morte ou lesão de passageiro. Em 1995, o objetivo era elevar o teto para algo em torno de 365.000,00 dólares americanos⁷. Com o avanço das discussões, várias companhias chegaram a conclusão que o melhor seria mesmo abrir mão, unilateralmente, dos limites. Recorde-se que embora proíba a Convenção qualquer alteração de seus termos pelas transportadoras, sob pena de serem consideradas "nulas de pleno direito" (art. 32), as companhias têm feito uso do art. 22(1) para afastar *sponte sua* aspectos do tratado. Assim ocorreu, p. ex., com o "Acordo Provisório de Montreal", de 1966, em que as empresas aéreas abriram uma exceção ao teto indenizatório para satisfazer as demandas dos Estados Unidos.

No decorrer de seus encontros, as companhias chegaram a vários entendimentos, sendo o primeiro, de caráter geral, chamado de "Acordo Guarda-Chuva", também conhecido por IIA (IATA Inter-carrier Agreement), concluído em Kuala Lumpur, em 1995). O segundo, MIA

⁷ Ou 250.000 "direitos especiais de saque", "moeda" ou base de troca criada pelo Fundo Monetário Internacional.

(Agreement on Measures to Implement the IATA Inter-carrier Agreement), foi finalizado no começo de 1996, tendo por objetivo implementar o IIA.

Nos termos do IIA, as companhias, na hipótese de transporte internacional, abrem mão do limite indenizatório do sistema de Varsóvia - art. 22(1) -, nos casos de morte e lesão em passageiro. Além disso, o regime deixa de ser um de inversão do ônus da prova da culpa e passa a ser objetivo até o limite de 100.000 SDRs⁸ ou 146.000 dólares⁹, já que as empresas abdicaram da defesa do art. 20(1), isto é, não mais poderão eximir-se provando que *ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou qu'il leur était impossible de les prendre*.

De outra parte, para cobrar a integralidade de seus danos, a vítima não terá que provar dolo ou culpa grave da transportadora, mas é esta que terá que comprovar que não agiu de maneira negligente.

6. O Código Brasileiro de Aeronáutica

A Lei 7.565, de 19.12.1986, instituiu o Código Brasileiro de Aeronáutica. Nele, interessa-nos o transporte doméstico, definido como todo aquele "em que os pontos de partida, intermediários e de destino estejam situados em território nacional" (art. 215).

7. Conflito aparente de normas entre o Código de Defesa do Consumidor, a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica

A Convenção, o Código Brasileiro de Aeronáutica e o Código de Defesa do Consumidor convivem de maneira harmoniosa, permanecendo aqueles dois primeiros documentos plenamente em vigor, exceto em relação a alguns de seus dispositivos, onde o conflito é evidente. Isso quer dizer que o Código de Defesa do Consumidor não revogou a integralidade da Convenção e do Código Brasileiro de Aeronáutica, a não ser onde patente a antinomia.

⁸ No caso de transporte internacional envolvendo os Estados Unidos.

⁹ Em valores de set. de 1996, o SDR estava cotado a 1,46 dólares.

7.1 A geografia do conflito

O conflito aparente de normas entre o Código de Defesa do Consumidor, a Convenção e o Código Brasileiro de Aeronáutica é restrito a apenas uma área temática importante: a responsabilidade civil do transportador.

Primeiro, é bom repisar que só haverá conflito aparente de normas entre os três regimes jurídicos quando estivermos diante de relação jurídica de consumo. As relações tipicamente comerciais (inter-companhias, companhia aérea x cliente comercial¹⁰ ou transporte gratuito)¹¹ por não serem abrigadas pelo Código de Defesa do Consumidor, permanecem, no plano privado, sob o regime do Código Civil, Código Comercial, Convenção e Código Brasileiro de Aeronáutica. No caso dos vícios de qualidade por inadequação (cancelamento de vôo, atraso, serviço inadequado, bagagem extraviada), só haverá conflito aparente de normas quando nos deparamos com relação do tipo *transporta-dor-consumidor*, excluindo-se, como regra, a relação *transportador-usuário comercial* (excetuando-se, também aqui, o transporte de passageiros).

Segundo, conforme já notamos acima, só um fragmento - mas de grande relevância - do Código de Defesa do Consumidor conflita com a Convenção e com o Código Brasileiro de Aeronáutica: a matéria da responsabilidade civil pelos vícios de qualidade por insegurança (acidentes de consumo, no caso de morte ou lesão) e por inadequação (atraso, perda de bagagem, etc).

¹⁰ Quando se tratar de responsabilidade civil no transporte de cargas, encomenda empresarial ou mala postal, p. ex., mas não nos acidentes de consumo, onde, já vimos, o caráter profissional da relação é irrelevante. Também importa agregar, como mencionado, que forte corrente - aparentemente majoritária - entende que, em sede de práticas comerciais e contratuais, por força do art. 29, o Código de Defesa do Consumidor confere proteção a qualquer contratante, independentemente de sua qualificação como destinatário final ou não.

¹¹ O Código Brasileiro de Aeronáutica protege, também, sujeitos que não são tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, como o transportado gratuitamente (art. 256, § 2.º, b). Contudo, não se confunda "transporte gratuito" com os prêmios ou bônus próprios dos programas de milhagem, que são acessórios de uma relação contratual prévia de caráter oneroso.

Todo o restante do Código de Defesa do Consumidor não encontra qualquer antagonista (= precedente) seja na Convenção, seja no Código Brasileiro de Aeronáutica. Importa dizer, em temas como o controle das cláusulas abusivas¹², da publicidade, dos bancos de dados, da cobrança de dívidas e das práticas abusivas (entre elas, o *overbooking*), o Código de Defesa do Consumidor reina sozinho. E já que, observamos há pouco, ninguém contesta seja o transporte aéreo serviço de consumo, tem o Código total e indisputada aplicação nessas áreas.

7.2 Delimitação constitucional do conflito

A Constituição Federal de 1988 é, abertamente, *welfarista*: tem por fundamento "a dignidade da pessoa humana"¹³ e por objetivo a construção de "uma sociedade livre, *justa e solidária*"¹⁴.

Devemos, pois, com os olhos postos na Constituição, analisar a legitimidade a) do próprio teto indenizatório, quando instituído *ope legis* (em contraposição ao decorrente de contrato, quando a cláusula não for considerada abusiva), e b) dos valores do teto. Sem maior digressão, é lícito afirmar que os limites indenizatórios do transporte aéreo não passam pelo teste constitucional da *dignidade humana* nem, muito menos, da *justiça e solidariedade social*. É, não há como negar, um critério anti-dignidade (em particular porque abstrai o valor real da vida humana), iníquo (viola os mais mezinhos traços da justiça, já que desequipara) e anti-solidarista (impõe o ônus do risco à parte que não o criou, precisamente o sujeito vulnerável na relação).

A cláusula de limitação tem um efeito desestruturador do sistema indenizatório, pois frustra ou restringe a apreciação do dano pelo juiz, que passa a ser impedido de julgar ou a julgar parcialmente as

¹² Exceção se faz ao art. 247 do CBA, que, no seu espírito, não conflita com o Código de Defesa do Consumidor: "É nula qual quer cláusula tendente a exonerar de responsabilidade o transportador ou a estabelecer limite de indenização inferior ao previsto neste Capítulo, mas a nulidade da cláusula não acarreta a do contrato".

¹³ Art. 1.º, inc. III.

¹⁴ Art. 3.º, inc. I, grifo nosso.

lesões sofridas pela vítima. Por isso mesmo, há violação do art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), garantia moldada em norma pétrea.

Em conclusão, podemos dizer que, no que tange à limitação da responsabilidade civil, tanto a Convenção, como o Código Brasileiro de Aeronáutica padecem de doença incurável, posto que de fundo constitucional. O resultado é que, havendo relação jurídica de consumo, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se, inteiramente, ao transporte aéreo, doméstico ou internacional, na medida em que, tacitamente (por incompatibilidade)¹⁵, revogou ele os privilégios estatutários da indústria, principalmente quando garante, como direito básico do consumidor, "a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos"¹⁶.

Nesse sentido, há um repertório jurisprudencial crescente que, por limitação de espaço, será aqui omitido.

Quando comparado à Convenção e ao Código Brasileiro de Aeronáutica, o Código de Defesa do Consumidor apresenta várias inovações. Inicialmente, o regime de responsabilização é objetivo, proibida a fixação de piso ou teto. Além disso, o dano moral, individual ou coletivo, é plenamente admitido.

Tanto a Convenção (via ratificação)¹⁷, como o Código Brasileiro de Aeronáutica integram o sistema brasileiro de Direito Interno. A partir daí, qualquer lei ordinária que a eles se oponha, afasta sua aplicação. Assim foi com o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor pertence àquela categoria de leis denominadas "horizontais", cujo campo de aplicação invade, por

¹⁵ Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, § 1.º.

¹⁶ Art. 6, inc. VI, grifo nosso.

¹⁷ A Convenção de Varsóvia foi ratificada pelo Decreto n. 20.704, de 24.11.1931, e o Protocolo de Haia, pelo Decreto 4656.463, de 15.06.1965.

assim dizer, todas as disciplinas jurídicas, do Direito Bancário ao Direito de Seguros, do Direito Imobiliário ao Direito Aeronáutico, do Direito Penal ao Direito Processual Civil. São normas que têm por função, não reger uma determinada matéria, mas proteger sujeitos particulares, mesmo que estejam eles igualmente abrigados sob outros regimes jurídicos. Daí o caráter "especialíssimo" do Direito do Consumidor. Enquanto que o Direito Aeronáutico é disciplina especial em decorrência da modalidade de prestação, o Direito do Consumidor é disciplina especial em razão do sujeito tutelado. E, como é curial, prepondera o sistema protetório do indivíduo em detrimento do regime protetório do serviço ou produto. É a fisionomia humanista que informa todo o Direito do *Welfare State*.

Sendo assim, o correto seria, em querendo evitar que o transporte aéreo ficasse sob seu guarda-chuva, que o legislador, ao proteger o consumidor, estipulasse, expressamente (como faz em outros países), que suas normas não se aplicariam a tal modalidade de serviço. O Código de Defesa do Consumidor não só não tem tal corte, como, ao contrário, determina que os direitos nele previstos "não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacional de que o Brasil seja signatário¹⁸." Vale dizer, os tratados e convenções, nessa matéria, são válidos, *desde que sirvam para ampliar os direitos dos consumidores, nunca para reduzi-los*.

Mas analisemos, agora, separadamente, o conflito entre o Código de Defesa do Consumidor, a Convenção e o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que se refere à responsabilidade civil.

8. O Código de Defesa do Consumidor e a Convenção

Devemos, inicialmente, verificar o conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção.

¹⁸ Art. 7, caput, grifo nosso.

Alega-se, certamente com a percepção turbada por outros sistemas jurídicos, que o afastamento da Convenção por uma lei ordinária violaria princípios básicos de Direito Internacional. Ora, no Brasil (ao contrário do que ocorre em outros países, por expressa permissão constitucional) a regra é a submissão dos tratados ao teste de constitucionalidade. Os tratados, no nosso sistema, só podem se afastar da Constituição Federal para ampliar garantias, jamais para riscá-las ou inviabilizá-las (art. 5º, § 2º). E, nunca esqueçamos, nossa Constituição foi elaborada em época em que o homem já voava e voava bem.

Tampouco podemos olvidar a raiz constitucional do Código de Defesa do Consumidor. A proteção do consumidor não só é princípio da ordem econômica¹⁹ (e princípios são regras que preponderam, que regem outras regras, sobretudo se vêm sediados no texto constitucional), como o Código de Defesa do Consumidor em si nasce de determinação expressa da própria Constituição²⁰.

Finalmente, sublinhe-se que, certo ou errado, cause ou não cause problemas no plano de Direito Internacional, o Supremo Tribunal Federal firmou a posição de que, mesmo sem denúncia, é possível a revogação de tratado firmado pelo Brasil. Assim é porque os tratados, no momento de sua incorporação no ordenamento nacional (via ratificação), tornam-se *the supreme law of the land*. E, como tal, ficam subordinados à Constituição, tendo peso, no nosso sistema, de lei ordinária; são, pois, revogáveis por disposição que o contrariem *a posteriori*.

9. O Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica

Em relação ao Código Brasileiro de Aeronáutica, a solução do conflito é até mais fácil, pois se trata de norma de Direito interno. Sendo o

¹⁹ Art. 170, inc. V.

²⁰ Art. 48, do ADCT.

Código de Defesa do Consumidor lei mais nova, afastados estão os pontos do Código Brasileiro de Aeronáutica naquilo que com ele conflitarem.

O Código de Defesa do Consumidor conflita com o tratamento da responsabilidade civil do Código Brasileiro de Aeronáutica, tanto no que se refere ao regime de imputação (o Código Brasileiro de Aeronáutica exige aferição de "dolo ou culpa grave" para permitir a reparação *in integrum*²¹, enquanto o Código de Defesa do Consumidor faz uso de um sistema objetivo de responsabilização)²², como no que tange à fixação de teto indenizatório.

10. A Convenção e o Código Brasileiro de Aeronáutica após Kuala Lumpur

O Acordo de Kuala Lumpur põe aquelas companhias aéreas que pretendem sustentar os limites indenizatórios numa posição extremamente delicada. Como justificar - no caso das empresas que não firmarem o acordo - a manutenção das restrições da Convenção, no que tange à morte e lesão decorrente da prestação do serviço? Por outro lado, agora no plano interno, imaginemos a seguinte situação: X e Y viajam no mesmo voo doméstico, ambos com destino a Manaus. O passageiro X embarcou em Nova York, cidade onde comprou seu bilhete, fazendo uma escala em São Paulo para troca de aeronave; já o passageiro Y embarcou originalmente em São Paulo, cidade onde adquiriu sua passagem. No caso de um acidente, Y terá sua indenização limitada ao irrisório teto do Código Brasileiro de Aeronáutica, enquanto X, submetido à Convenção de Varsóvia, agora flexibilizada pelo Acordo de Kuala Lumpur, dele estará livre (caso a companhia seja signatária). É sustentável uma situação de disparidade como essa? Logo se percebe, então, que no que tange à limitação de indenização por morte ou lesão de passageiro, sob o regime da Convenção de Varsóvia, a situação sofreu uma reviravolta impensável

²¹ Art. 248.

²² Art. 14.

até poucos anos atrás, consequência da insatisfação mundial generalizada com seus limites indenizatórios.

O impacto desse novo regime será imediato, mesmo para aquelas companhias que não sejam signatárias. Como explicar a oposição à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, quando as próprias empresas, grandes interessadas na manutenção do regime restritivo de Varsóvia, reconhecem sua injustiça e descompasso com o mundo atual?

11. Conclusões articuladas

1. O transporte aéreo é serviço, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

2. O transportador aéreo é fornecedor, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

3. O usuário de serviços aéreos é consumidor, mas nem sempre, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

4. Na responsabilização civil por vícios de qualidade por inadequação (arts. 18 a 25), só é consumidor o destinatário final do serviço aéreo, não salvaguardadas pelo Código de Defesa do Consumidor as relações tipicamente comerciais.

5. Na hipótese de acidente de consumo aéreo, qualquer vítima do evento é consumidora.

6. No controle das práticas comerciais e na proteção contratual (arts. 29 a 54), é consumidor do transporte aéreo todo aquele a elas exposto, independentemente de ser destinatário final ou não.

7. A Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica não foram recepcionados pela Constituição Federal, no que se refere à limitação de responsabilidade civil por acidentes de consumo (vícios de qualidade por insegurança). Seus dispositivos, nessa matéria,

são contrários à ordem pública constitucional brasileira, posto que o *quantum debeat* máximo (teto), em ambos os estatutos, é simples valor simbólico, não propriamente indenização justa pelos danos sofridos.

8. Como regra geral, sendo a relação jurídica de consumo, a responsabilidade civil no transporte aéreo não pode ser limitada (CDC, arts. 25, § 1º, e 51, inc. I).

9. Nas relações jurídicas de consumo em que o consumidor do serviço aéreo é pessoa jurídica com fins lucrativos, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis (transporte de carga, p. ex.), na forma do art. 51, inc. I, excluída qualquer possibilidade de limitação nos acidentes de consumo.

10. O Código de Defesa do Consumidor, como lei mais nova, afasta a aplicação da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica, nos casos de antinomia.

11. A Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica não cuidam do controle das práticas (*overbooking*, p. ex.) e cláusulas abusivas, da publicidade enganosa e abusiva, e da cobrança de dívidas, inexistindo, portanto, antinomia entre aqueles e o Código de Defesa do Consumidor. Aplica-se, pois, este em todas as hipóteses em que tais patologias se manifestem no transporte aéreo.