

25/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.331 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É inquestionável, Senhora Presidente, como já ressaltava o eminente Ministro HERMAN BENJAMIN, em trabalho publicado há alguns anos, a respeito da aplicabilidade das convenções internacionais em matéria de responsabilidade das empresas de transporte aéreo, que, “*desde o seu nascimento, a aviação civil convencional postulou e recebeu tratamento diferenciado pelo Direito*”.

Essa observação, como ninguém o desconhece, encontra apoio na própria realidade da prática internacional, pois, como se sabe, já em 1929, celebrou-se a Convenção de Varsóvia, posteriormente atualizada, entre outros, pelos Protocolos de Haia (1955) e da Guatemala (1971), culminando, em 1999, com a Convenção de Montreal, que unificou determinadas regras concernentes ao transporte aéreo internacional e que atualizou, modernizou e refundiu a Convenção de Varsóvia, reafirmando a conveniência de viabilizar-se um desenvolvimento ordenado das operações de transporte aéreo internacional e da circulação de passageiros, bagagens e cargas, conforme os princípios e objetivos da Convenção de Aviação Civil Internacional firmada nos Estados Unidos da América, em Chicago, em 1944.

O exame das convenções e protocolos internacionais que venho de referir revela a existência de tratamento jurídico claramente favorável às empresas de transporte aéreo internacional, ainda que a Convenção de Montreal, de 1999, tenha buscado reduzir o desequilíbrio consagrado em anteriores atos internacionais.

RE 636331 / RJ

A **controvérsia** ora em julgamento **põe em perspectiva** questão **impregnada do mais alto relevo jurídico-constitucional**, pois esta Corte é **provocada a dirimir situação configuradora de antinomia** entre as convenções internacionais **que dispõem** sobre o transporte aéreo internacional, *de um lado*, e o Código de Defesa do Consumidor, *de outro*, **resultante** da norma **inscrita** no art. 178 da Constituição, **cujo teor legitimaria** – *segundo sustentado pelo Relator* – **a precedência** de referidas convenções internacionais **sobre o estatuto que rege, em nosso País, as relações de consumo**.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Com imenso prazer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas ressalto um aspecto: se o voo fosse interno, as indenizações seriam plenas.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Agradeço** o aparte. **Proseguindo** em meu voto, **cabe destacar**, Senhora Presidente, **não se desconhecer que, na aplicação das normas que compõem** o ordenamento positivo, **podem registrar-se situações de conflito normativo reveladoras** da existência **de antinomia em sentido próprio, eminentemente solúvel, porque superável** mediante utilização, *em cada caso ocorrente*, de determinados fatores, **tais como o critério hierárquico** (“*lex superior derogat legi inferiori*”), **o critério cronológico** (“*lex posterior derogat legi priori*”) e **o critério da especialidade** (“*lex specialis derogat legi generali*”), **cuja aplicabilidade tem a virtude de viabilizar a preservação da essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo** (RTJ 172/226-227, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Entendo, notadamente em face do que estabelece o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição da República, **que a utilização do critério da especialidade** –

RE 636331 / RJ

que representaria, na visão do Relator, a **solução ortodoxa** destinada a resolver a antinomia de primeiro grau registrada no contexto em julgamento – **não pode ser invocada** para fazer prevalecer **exegese** que, **ao prestigiar a precedência** de convenções internacionais **em matéria** de responsabilidade civil das empresas de transporte aéreo internacional, **culmine por nulificar direito fundamental assegurado em favor do consumidor, qualquer que seja** a natureza da relação de consumo envolvida.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu também fico deveras impressionado com o argumento que Vossa Excelência traz, só que aqui nós estamos a lidar com um tema assaz complexo neste mundo globalizado. Antes mesmo da globalização de que hoje se fala com tanta destreza e intensidade, as companhias aéreas já compunham esse mundo, que exige uma cooperação e um critério minimamente homogêneo, sob pena de, na verdade, estabelecer-se uma certa anarquia, anomia, perplexidade.

Então, aqui me parece que a defesa do consumidor há de ser feita sob a tutela internacional. Tanto é que, como Vossa Excelência inclusive destacou, a partir do modelo de Varsóvia, tivemos uma série de atualizações – o que se faz necessário –, mas no concerto das nações, sob pena de se colocar um país como o nosso, que tem companhias internacionais, como um pária no sistema internacional.

Eu mesmo dizia privativamente a Vossa Excelência que hoje, e já há muito tempo, esse tema ganha uma primazia enorme: a questão do controle dos tratados no plano internacional.

Inclusive, Ministra Cármen, Vossa Excelência está a presidir, nos próximos dias, uma sessão importante de Cortes internacionais. Há países que repudiam o controle preventivo de normas e instauram, aceitam o controle preventivo de normas para os tratados internacionais para evitar exatamente a pecha de não se respeitar o tratado no plano internacional. Então, parece-me que esses valores têm que ser levados em conta quando nós colocamos essa temática.

Vejam que as repercussões das decisões hoje são incríveis, e levam

RE 636331 / RJ

países e empresas a tomarem decisões de ruptura até de relações a partir da não observância desses pactos.

Portugal mesmo, nós lembrávamos, colocou na sua Carta aquilo que a Corte Constitucional alemã considera implícito: a ideia do controle preventivo em relação aos tratados. Antes que eles sejam definitivamente aprovados, é possível ao Presidente da República fazer esse controle para evitar exatamente a pecha de não se honrar o *pacta sunt servanda* no plano internacional, que também é importante. É um valor constitucional; quer dizer, se nós olharmos já o prólogo do Texto Constitucional, veremos a ênfase que se dá ao respeito às relações internacionais em, especialmente, esse ambiente de paz.

Mas eu iria lembrar, Ministro Celso, recentemente, não há muito, eu ouvia de um importante diretor da TAP – empresa portuguesa – que eles estavam prestes a tomar uma decisão em relação ao Brasil. Por quê? Compraram uma empresa, um segmento da Varig, no mercado falimentar, na Vara de Falência, entendendo que estavam assumindo aquela empresa de solo, prestadora de serviços. Pouco tempo depois, diante de decisões da Justiça do Trabalho, a TAP se tornara – Ministra Cármen, Vossa Excelência tem especialidade no assunto, porque decidiu o Caso Varig – sucessora universal da Varig. E ela estava tomando a decisão de fechar as suas atividades no Brasil.

Portanto, quando falamos desse tema hoje, nesse mundo cada vez mais intensamente globalizado, temos que levar em conta, Ministro Lewandowski, esses aspectos. Vejam, a empresa, hoje, que presta um serviço imenso ao Brasil, com relações...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Que facilita os consumidores.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Consumidores brasileiros. Nós mesmos de Brasília saímos para a Europa diretamente de Brasília.

Mas ela estava prestes a fechar, porque ela iria tornar-se a sucessora universal por ter comprado corretamente na Vara Falimentar, colocado os recursos à disposição da Vara de Falência do Rio de Janeiro, em nome dos

RE 636331 / RJ

credores da Varig. E agora se fizera sucessora universal por conta das decisões trabalhistas. Recentemente, acho que faz uma semana, o TST decidiu no sentido que eles advogavam. Mas veja como isso repercute aqui.

Aqui, na medida em que o Brasil se autoriza a não respeitar aquilo que é pactuado no plano internacional em relação às companhias aéreas, também nós podemos ser vítimas desse tipo de piada e estamos autorizando a ruptura do *pacta sunt servanda*.

De modo que me parece que essa é uma questão fundamental. E, claro, os ajustes que hão de se fazer em defesa do consumidor terão que ser feitos, nesse caso, no plano internacional, sob pena de nós estabelecermos relações desequilibradas nesse plano.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Agradeço a intervenção de Vossas Excelências, como sempre muito esclarecedoras. É por isso que se mostra importante que o Supremo Tribunal Federal efetivamente reflita e discuta, como o faz neste julgamento, essas questões jurídicas que assumem grande e irrecusável relevo.*

Prossigo, Senhora Presidente, **em meu voto**. **E, ao fazê-lo, quero destacar que a vocação protetiva** das normas **que dispõem** sobre a defesa do consumidor **autoriza, presente o contexto em julgamento**, que, **em situação de antinomia aparente**, o critério hierárquico **prevaleça, eis que a cláusula de proteção** ao consumidor **encontra fundamento na própria declaração constitucional de direitos (CF, art. 5º, inciso XXXII), a que não se podem opor estatutos revestidos de inferior positividade jurídica, como resulta da lição** de eminentes autores (HUGO DE BRITO MACHADO, “**Introdução ao Estudo do Direito**”, p. 164/166 e 168, itens ns. 1.2, 1.3 e 1.6, 2ª ed., 2004, Atlas; MARIA HELENA DINIZ, “**Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**”, p. 67/69, item n. 4, e p. 72/75, item n. 7, 1994, Saraiva; ROBERTO CARLOS BATISTA, “**Antinomias Jurídicas e Critérios de Resolução**”, “in” Revista de Doutrina e Jurisprudência-TJDF/T, vol. 58/25-38, **32-34**, 1998; RAFAEL MARINANGELO, “**Critérios**

RE 636331 / RJ

para Solução de Antinomias do Ordenamento Jurídico”, “in” Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 15/216-240, 232/233, 2005, RT, v.g.), **valendo referir**, entre eles, **o magistério**, *sempre lúcido e autorizado*, de NORBERTO BOBBIO (“Teoria do Ordenamento Jurídico”, p. 93, item n. 5, trad. Cláudio de Cicco/Maria Celeste C. J. Santos, 1989, Polis/Editora UnB), **para quem**, *ocorrendo hipótese de conflito entre normas (aparentemente) incompatíveis*, **deve prevalecer**, por efeito do critério hierárquico, a norma estatal *impregnada de caráter preponderante*, **como se qualificam** as cláusulas constitucionais **que encerram declarações de direitos fundamentais**, **cuja eficácia**, *em razão de sua natureza mesma*, **atribui-lhes a condição de supremacia em relação** a outras regras normativas, **ainda que** veiculadas em sede constitucional.

Tenho para mim, Senhora Presidente, *com a devida vênia*, **que a resolução da antinomia em causa**, *que se revela meramente aparente (e, portanto, superável)*, **há de prestigiar a norma mais favorável ao consumidor**, pois a aplicação da regra consubstanciada no art. 178 da Constituição, *caso interpretada na linha proposta pelo eminente Relator*, **importará**, *em face de seu caráter detrimetoso*, **em grave prejuízo ao consumidor**, *considerada a relevantíssima circunstância de que*, em nosso ordenamento positivo, **a defesa do consumidor**, *tal como determinado no catálogo de direitos fundamentais (CF, art. 5º, XXXII)*, **qualifica-se** como prerrogativa essencial que lhe é atribuída por um estatuto – *a Lei Fundamental da República* – **impregnado do mais elevado sentido hierárquico**.

Nem se diga que a precedência das convenções internacionais sobre os direitos básicos do consumidor, na matéria ora em julgamento, **encontraria fundamento legitimador** na regra consubstanciada no art. 178 da Carta Política.

É que a proteção assegurada ao consumidor **tem suporte** em norma que, **além de possuir idêntico perfil constitucional**, **também é resguardada por cláusula pétrea**, **o que lhe confere eficácia jurídica preponderante**.

RE 636331 / RJ

precisamente porque enunciadora de direito fundamental, como resulta claro do que proclama o art. 5º, **inciso XXXII**, da Constituição da República, **cujo texto** – **ao contrário do que ocorre com o art. 178 acima mencionado** – **traduz limitação material explícita ao poder reformador** do Congresso Nacional (**CE**, art. 60, § 4º, IV).

Presente esse contexto, **em que se registra um claro estado de tensão dialética** entre as normas **fundadas** no art. 178 e no art. 5º, inciso XXXII, **ambos** da Constituição da República, **torna-se essencial reconhecer** que a superação desse antagonismo, **que opõe** valores **impregnados de estatura constitucional**, **dependerá da ponderação concreta** entre os direitos e interesses **postos** em situação de conflito, **em ordem** a harmonizá-los.

Isso significa, portanto, Senhora Presidente, **que a superação dos antagonismos** existentes entre princípios e valores constitucionais **há de resultar** da utilização de critérios que permitam ao Poder Público (e aos magistrados e Tribunais) **ponderar e avaliar**, “*hic et nunc*”, **em função** de determinado contexto e **sob uma perspectiva axiológica concreta**, **qual deva ser** o direito a preponderar no caso, **considerada a situação de conflito ocorrente**, **desde que**, no entanto – **tal como adverte** o magistério da doutrina **na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos** (DANIEL SARMENTO, “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal” p. 193/203, “*Conclusão*”, itens ns. 1 e 2, 2000, Lumen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, “Temas de Direito Constitucional”, p. 363/366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 661, item n. 3, 5ª ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, “Colisão de Direitos”, p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, “Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade”, p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de

RE 636331 / RJ

Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, p. 216, “*Conclusão*”, 2ª ed., 2000, Brasília Jurídica, v.g.) –, **a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial** dos direitos fundamentais, **entre os quais avulta**, por sua significativa importância, **o direito fundamental de proteção a que faz jus o consumidor**.

Com efeito, a **proteção** ao consumidor **e a defesa** da integridade de seus direitos **representam compromissos inderrogáveis** que o Estado brasileiro **conscientemente** assumiu **no plano** de nosso ordenamento constitucional.

O relevo indiscutível desse compromisso estatal – **considerada a irrecusável importância** jurídica, econômica, política e social *de que se revestem os direitos do consumidor* – **tanto** mais se acentua **quando se tem presente** que a Assembleia Nacional Constituinte, *em caráter absolutamente inovador*, **elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental** (CF, art. 5º, XXXII), **atribuindo-lhe**, ainda, a **condição** de princípio estruturador e conformador da própria ordem econômica (CF, art. 170, V) **cuja eficácia**, segundo penso, **permite reconhecer a precedência** do Código de Defesa do Consumidor **sobre** a Convenção de Varsóvia (1929), **atualizada**, entre outros, pelos Protocolos de Haia (1955) e da Guatemala (1971), **bem assim** sobre a Convenção de Montreal (1999).

É por essa razão que o eminente Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 261/262, item n. 27, 20ª ed., 2002, Malheiros), **ao analisar** a obrigação, *constitucionalmente imposta* ao Estado, **de prover**, na forma da lei, **a proteção do consumidor**, **põe em destaque** a inserção dessa cláusula de tutela “entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais”, **conjugando-se** a isso a **previsão constante** “do art. 170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica”, **com o relevante propósito** “de legitimar

RE 636331 / RJ

todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista”.

Na realidade, a proteção estatal ao consumidor – **quer seja esta qualificada** como um direito fundamental **positivado** no próprio texto da Constituição da República, **quer seja compreendida** como diretriz conformadora da formulação e execução de políticas públicas, **bem assim** do exercício das atividades econômicas em geral – **assume**, *em última análise*, **na perspectiva** do sistema jurídico consagrado em nossa Carta Política, **a condição** de meio instrumental **revelador** de um “*princípio constitucional impositivo*” (EROS ROBERTO GRAU, “**A Ordem Econômica na Constituição de 1988**”, p. 272, item n. 115, 6ª ed., 2001, Malheiros), **destinado a neutralizar o abuso do poder econômico** praticado **em detrimento** das pessoas e de seu direito ao desenvolvimento e a uma existência digna e justa.

Com o claro objetivo de dar concreção e significado a tais proclamações constitucionais, **a Carta Política** fez instaurar **um estado de comunhão solidária** entre as **diversas** esferas políticas **que compõem** a estrutura institucional da Federação brasileira, **congregando-as** em torno de finalidade comum, **impregnada** do mais elevado sentido social.

Vale referir, *bem por isso*, **a primazia** que a Carta Política **conferiu** tanto à defesa do consumidor **quanto** à preservação da integridade das prerrogativas jurídicas, que, *em seu favor*, **foram reconhecidas** pelo ordenamento positivo, **podendo-se afirmar**, *a partir de tal asserção*, **que os direitos do consumidor**, *embora desvestidos de caráter absoluto*, **qualificam-se**, *no entanto*, **como valores essenciais e condicionantes** de *qualquer* processo decisório **que vise a compor** situações de antagonismo **resultantes** das relações de consumo, **que se processam**, *no âmbito da vida social*, **de modo** tão estruturalmente desigual, **marcadas**, *muitas vezes*, **pela nota de indisfarçável conflituosidade**, **a opor** prestadores de serviços e fornecedores e produtores, *de um lado*, **a consumidores**, *de outro*.

RE 636331 / RJ

Com esse propósito, Senhora Presidente, e para não degradar o compromisso de defesa do consumidor à condição inaceitável de uma promessa irresponsavelmente vã, ou de uma proclamação constitucional meramente retórica, ou, ainda, de um discurso politicamente inconsequente, a Lei Fundamental, visando a promover o bem de todos, veio a instituir verdadeiro condomínio legislativo, partilhando entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal (CF, art. 24, VIII), sem falar nos Municípios, a competência para legislar, em caráter concorrente, sobre medidas e políticas públicas destinadas a viabilizar a proteção – que se quer efetiva, plena e real –, a ser conferida ao consumidor.

Daí justificar-se, plenamente, o reconhecimento de que a proteção ao consumidor – que traduz prerrogativa fundamental do cidadão – qualifica-se como valor constitucional inerente à própria conceptualização do Estado Democrático e Social de Direito, razão pela qual incumbe a toda a coletividade – e ao Poder Judiciário, em particular – extrair dos direitos assegurados ao consumidor a sua máxima eficácia.

Cumprе reiterar, bem por isso, a afirmação de que a função tutelar resultante da cláusula constitucional de proteção aos direitos do consumidor projeta-se, também, na esfera relativa à ordem econômica e financeira, na medida em que essa diretriz básica apresenta-se como insuprimível princípio conformador da atividade econômica (CF, art. 170, V).

Impende destacar, por oportuno, que todas as atividades econômicas estão sujeitas à ação fiscalizadora do Poder Público. O ordenamento constitucional outorgou ao Estado o poder de intervir no domínio econômico, assistindo-lhe, nesse especial contexto das funções estatais, competência para proceder como agente normativo e regulador da atividade negocial (art. 174).

RE 636331 / RJ

A liberdade de atuação empresarial e de prática negocial, *contudo, não se reveste* de caráter absoluto, pois o seu exercício *sofre, necessariamente, os condicionamentos normativos impostos* pela Lei Fundamental da República.

Dentro dessa perspectiva, a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) – considerados os valores básicos concernentes à proteção da vida, da saúde e da segurança, e relativos à liberdade de escolha, à igualdade nas contratações, ao direito à informação e à proteção contra publicidade enganosa, entre outros – representou a materialização e a efetivação dos compromissos assumidos, *em tema de relações de consumo*, pelo Estado brasileiro.

É por tal razão que ANTÔNIO CARLOS EFING (“Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor”, p. 23/25, item n. 1.1 e 1.3, 1999, RT), ao ressaltar a importância do advento da Lei nº 8.078/90, *por tudo o que significou na concretização do compromisso constitucional de proteção aos direitos do consumidor*, registrou as sensíveis transformações por que passou, *em nosso sistema jurídico*, o tratamento normativo dispensado às relações de consumo:

“Todavia, não resta dúvida que a proteção do consumidor somente adquiriu aspecto relevante com a promulgação da Carta Magna de 1988, assumindo, neste momento, estado de garantia constitucional e princípio norteador da atividade econômica.

Com a edição do CDC e a entrada em vigor de suas normas, restaram esclarecidos e consolidados os direitos dos consumidores, através da criação do microsistema das relações de consumo, com a inserção de novas normas e princípios jurídicos para a tutela dos consumidores.

Assim, conclui-se que, com o passar do tempo, as relações de consumo foram sofrendo tratamento inovador e protetivo da parte mais frágil na relação, qual seja o consumidor, restando as relações de consumo, agora, amplamente tuteladas pelo CDC.

RE 636331 / RJ

Não só a legislação brasileira, mas também a doutrina internacional, estão voltadas para a regulamentação das relações de consumo (...).

*Conforme se verá mais adiante, seja quanto à proteção contratual, seja quanto ao acesso do consumidor à tutela jurisdicional, **o CDC representa o maior avanço da disciplina das relações de consumo.***

.....
***Atribuir plena eficácia** às normas contidas no CDC **significa conferir** ao Código a sua **total aplicação**, **representa possibilitar** ao consumidor a **garantia** da sua proteção e defesa, **bem como estabelecer** ao fornecedor **parâmetros** para sua conduta dentro deste regulamento, **visando, assim, ao equilíbrio** nas relações de consumo." (grifei)*

Cabe insistir, portanto, **no reconhecimento** de que o Código de Defesa do Consumidor **reveste-se de plena validade constitucional**, **especialmente se se considerarem** os princípios **que regem, condicionam e informam** a própria formulação e execução da política nacional das relações de consumo, **cujo precípua objetivo** – **reconhecida a situação de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo** – **consiste em viabilizar** o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, **bem assim** a transparência e harmonia das relações de consumo.

Nesse contexto, a atuação normativa do Poder Público, **como aquela consubstanciada na legislação de defesa do consumidor, vocacionada a coibir**, com fundamento na prevalência do interesse social, **situações e práticas abusivas** que possam comprometer a eficácia do postulado constitucional de proteção e amparo ao consumidor (**que representa** importante vetor interpretativo na ponderação e superação **das relações de antagonismo** que se registram no mercado de consumo), **justifica-se** ante a necessidade – **que se impõe ao Estado** – **de impedir** que as empresas e os agentes econômicos em geral **afetem e agravem a situação de vulnerabilidade** a que se acham expostos os consumidores (RIZZATO NUNES, “Comentários

RE 636331 / RJ

ao Código de Defesa do Consumidor”, p. 629/630, item n. 2.7, 6ª ed., 2011, Saraiva, v.g.), **qualquer que seja** o domínio em que exerçam as suas atividades, **inclusive no plano do transporte aéreo internacional**.

Os agentes econômicos **não têm** nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência **instrumentos de proteção incondicional**. Esses postulados constitucionais – *que não ostentam valor absoluto* – **não criam, em torno dos organismos empresariais, inclusive** das empresas de transporte aéreo internacional, *qualquer círculo de imunidade* que os exonere **dos gravíssimos** encargos cuja imposição, *fundada na supremacia do bem comum e do interesse social*, **deriva** do texto da própria Carta da República.

Há a considerar, ainda, Senhora Presidente, **um outro aspecto cuja análise, segundo penso, também permite concluir no sentido da prevalência, no julgamento em curso, do Código de Defesa do Consumidor sobre as convenções internacionais invocadas** pela parte ora recorrente.

Com efeito, o exame da controvérsia jurídica **suscitada** nesta sede recursal **faz instaurar instigante discussão** em torno de tema **impregnado** do mais alto relevo constitucional, **consistente** na análise *da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações* entre particulares (*empresa aérea internacional, de um lado, e consumidor, de outro*), **valendo referir**, a esse respeito, **valiosas opiniões doutrinárias** (WILSON STEINMETZ, “A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais”, 2004, Malheiros; THIAGO LUÍS SANTOS SOMBRA, “A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas”, 2004, Fabris Editor; ANDRÉ RUFINO DO VALE, “Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas”, 2004, Fabris Editor, v.g.).

A **questão constitucional** em debate no processo ora em julgamento – **que estimula reflexões** em torno do tema pertinente à **eficácia externa** (ou eficácia em relação a terceiros) dos direitos,

RE 636331 / RJ

liberdades e garantias, **também denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada** – **resume-se**, em seus elementos essenciais, à **seguinte indagação**, que, **formulada** por J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 1.151, Almedina), **bem delinea o aspecto central** da matéria em análise:

*“Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) **devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou colectivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?**” (grifei)*

O acórdão objeto do presente recurso, **ao conferir precedência** ao Código de Defesa do Consumidor, **no plano das relações de consumo, sobre as Convenções** de Varsóvia e de Montreal, **claramente reconheceu que o estatuto dos direitos fundamentais (enquanto complexo de poderes, de prerrogativas e de garantias) não se restringe** à esfera das relações **verticais** entre o Estado e o indivíduo, **mas incide também** sobre o domínio em que se processam **as relações de carácter meramente privado, como sucede na esfera de celebração de contratos de transporte aéreo internacional, eis que, presente referido contexto, os direitos fundamentais (como o de proteção ao consumidor, “ex vi” do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição) projetam-se**, por igual, **numa perspectiva de ordem estritamente horizontal**.

Cumpre considerar, bem por isso, **até mesmo** para efeito de exame da questão ora em análise, **a advertência** de INGO WOLFGANG SARLET (“A Constituição Concretizada: Construindo Pontes entre o Público e o Privado”, p. 147, 2000, Livraria do Advogado, Porto Alegre), **cujas observações acentuam** que o debate doutrinário **em torno do reconhecimento, ou não, de uma eficácia direta** dos direitos e garantias fundamentais, **com projeção imediata sobre as relações jurídicas entre particulares, assume** um nítido carácter político-ideológico, **assim**

RE 636331 / RJ

caracterizado por esse mesmo autor: “**uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade**, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa” (grifei).

Essa **mesma** percepção em torno da denominada **eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares tem sido acolhida** pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal em diversas situações, **como o atestam vários precedentes** firmados por esta Corte Suprema (RTJ 164/757-758, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – AI 346.501-AgR/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RE 161.243/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 201.819/RJ, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES).

O entendimento doutrinário não dissente dessa orientação jurisprudencial, **cabendo mencionar** por oportuno, no sentido que venho de expor, **o magistério** de eminentes autores (ANDRÉ RUFINO DO VALE, “Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas”, p. 137/138, item n. 3.4, 2004, Fabris Editor; CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, “Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas”, “in” “Cadernos de Soluções Constitucionais”, p. 32/47, 2003, Malheiros; DANIEL SARMENTO, “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”, p. 301/313, item n. 5, 2004, Lumen Juris; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais”, “in” “Direito Público”, ano I, nº 2, p. 170/174, out/dez de 2003, v.g.), **valendo destacar** por extremamente relevante, **a autorizada lição** da eminente Professora CLAUDIA LIMA MARQUES (“Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, p. 257/259, item n. 4.1, 5ª ed., 2006, RT):

“A força normativa do Direito Constitucional no Direito Privado não mais pode ser negada, assim como é evidente o

RE 636331 / RJ

efeito horizontal, entre privados, dos direitos fundamentais (Drittwirkung). *Queira-se ou não, a verdade é que a Constituição Federal de 1988 interessou-se indiretamente pela contratação que envolve consumidores, tanto no momento em que identificou este novo sujeito de direitos fundamentais, o consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/88), como no momento em que assegurou sua proteção, apesar da livre iniciativa de mercado (art. 170, V, da CF/88) e concomitante com a possibilidade de privatização, concessão e outros métodos de iniciativa privada em atividades antes exercidas pelo Estado, como é o caso da saúde, educação, habitação, previdência etc.*

.....
O contrato é o instrumento de circulação das riquezas das sociedades, mas hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro. Estes paradigmas concretizam não só a nova ordem econômica constitucional (art. 170, V, da Constituição Federal), mas também os mandamentos constitucionais de igualdade entre os desiguais (art. 5º da Constituição Federal), de liberdade material das pessoas físicas e jurídicas (art. 5º c/c art. 170, V, da Constituição Federal) e, em especial, da dignidade deste sujeito como pessoa humana (art. 1º, III, c/c art. 5º, XXXII, da Constituição Federal).

.....
O fato de um dos sujeitos da relação contratual ter recebido direitos fundamentais, quando ocupa o papel de consumidor, influencia diretamente a interpretação da relação contratual em que este sujeito está. O contrato de consumo passa a ser um ponto de encontro de direitos individuais, sendo que os direitos dos consumidores, 'stricto sensu', em especial, das pessoas físicas, são direitos da mais alta hierarquia constitucional, direitos fundamentais, protegidos por cláusula pétrea (art. 60 da Constituição Federal). (...).

A doutrina brasileira tem destacado esta hierarquia de direito fundamental da proteção do consumidor e sua origem no princípio máximo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), a ressaltar a função integradora e hermenêutica que esse

RE 636331 / RJ

princípio exerce, constituindo-se em 'Richtlinie', linha-guia ou parâmetro para a aplicação, interpretação e concretização de todas as normas do ordenamento jurídico." (grifei)

Idêntica reflexão sobre o tema é também compartilhada por WILSON STEINMETZ ("A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais", p. 295, 2004, Malheiros), cujo magistério põe em destaque a significativa importância de estender-se ao plano das relações de direito privado estabelecidas entre particulares a cláusula de proteção dos direitos fundamentais, cuja incidência – como precedentemente referido – não se resume, apenas, ao âmbito das relações verticais entre os indivíduos, de um lado, e o Estado, de outro:

"No marco normativo da CF, direitos fundamentais – exceto aqueles cujos sujeitos destinatários (sujeitos passivos ou obrigados) são exclusivamente os poderes públicos – vinculam os particulares. Essa vinculação se impõe com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, no postulado da unidade material do ordenamento jurídico, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no princípio constitucional da dignidade da pessoa (CF, art. 1º, III), no princípio constitucional da solidariedade (CF, art. 3º, I) e no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º)." (grifei)

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra clara limitação de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos de terceiros, especialmente em face de prerrogativas positivadas em sede constitucional, como o direito fundamental assegurado ao consumidor, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, como as empresas de transporte aéreo internacional, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativas, em tema de liberdades fundamentais, também se impõem aos particulares, inclusive aos organismos empresariais, no âmbito de suas relações privadas.

RE 636331 / RJ

Concluo o meu voto, Senhora Presidente. **E**, ao fazê-lo, **peço vênia** para, **acompanhando** o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **negar provimento** ao presente recurso, **por entender** que, *em matéria de responsabilidade civil de empresa de transporte aéreo internacional (tema que envolve típica relação de consumo)*, **as disposições** do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) **têm precedência** sobre as normas **fundadas** em convenções internacionais, **como as Convenções de Varsóvia (1929) – e respectivos Protocolos – e de Montreal (1999)**.

É o meu voto.