ATRASO AÉREO: A ANTINOMIA DE NORMAS EM RELAÇÃO AO ATRASO AÉREO EM VOOS DOMÉSTICOS DE PASSAGEIROS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Roberto Fonseca de Aguiar, Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes e ex-aluno da Esmese.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva reunir subsídios para que o operador do direito seja capaz de entender o espírito do Código Brasileiro de Aeronáutica, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil quando referente à caracterização do atraso aéreo em voos domésticos de passageiros, para que assim, partindo-se das regras de solução das antinomias, direcionar-se no sentido de manter o sistema coeso, sem contradições, em busca da efetiva promoção do bom funcionamento dos serviços de transporte aéreo no país. O atraso aéreo é tema de extrema atualidade, envolvendo uma ampla coletividade, mas que ainda se encontra impreciso na legislação brasileira. Enquanto o CBA permite um atraso até o limite de 4 horas, o CDC e o CC repelem tal prática ao inserir conceitos modernos de eficiência e de proteção aos termos contratados e ao passageiro. Desta forma, mister se faz a realização de um estudo acerca dos métodos de solução das antinomias jurídicas em busca de razões que justifiquem a aplicação de uma ou outra norma. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica à luz da doutrina clássica e moderna, juntamente com estudo jurisprudencial dos Tribunais Pátrios.

2. DIREITO AERONÁUTICO

No Brasil, a legislação aeronáutica teve importância a partir do Código Brasileiro do Ar de 1938 (Decreto-Lei nº 483, de 08.06.1938), sobrevindo o Código Brasileiro do Ar de 1967 (Decreto-Lei nº 32, de 18.11.1966), culminando com o Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986 (Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986).

Mais tarde, com o advento da atual era constitucionalista brasileira,

surgiu o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) e, mais recentemente, o Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) que trouxeram em seu bojo, dentre outras, normas aplicáveis em Direito Aeronáutico, que, conjuntamente com o CBA, passaram a constituir o rol de normas orientadoras de Direito Aeronáutico no Brasil.

3. DO TRANSPORTE AÉREO DOMÉSTICO DE PASSAGEIROS

Oportuno salientar desde já que a questão relativa ao atraso aéreo aqui abordada limita-se às diversas implicações normativas referentes tão somente quanto ao transporte aéreo oneroso, de passageiros e realizado em âmbito nacional, excluindo-se, portanto, aquele ocorrido no transporte realizado de forma gratuita, de coisas, bem como o que possua ponto de partida, intermediário ou de destino situado fora do território nacional.

O CBA estabelece regra geral quanto à determinação do transporte ser nacional ou internacional, tal, aliás, como define o seu art. 215: "Art. 215. Considera-se doméstico e é regido por este Código, todo transporte em que os pontos de partida, intermediários e de destino estejam situados em Território Nacional."

Já com relação ao transporte gratuito, conforme bem lembra Almeida (2004), "o art. 736, CC expressamente exclui do âmbito do CC o transporte gratuito de pessoas, ao estipular que 'Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia. '".

4. CODIFICAÇÕES QUE VERSAM SOBRE DIREITO AERONÁUTICO

Dos três sistemas codificados que atualmente versam sobre o transporte aéreo doméstico, o Código Brasileiro de Aeronáutica é aquele que, aparentemente, mais se especializa ao tema, tendo sido elaborado em meados da década de 80, através da Lei 7.565 de 19 de Dezembro de 1986.

Quando o código passou a ser elaborado, tinha-se como pensamento majoritário o elevado risco empresarial ligado à atividade aérea como consequência do chamado "risco do ar" ou "risco de voo", estando a tecnologia da época ainda a se adaptar às necessidades mundiais, razão pela qual se prezava pela flexibilização do atraso aéreo e a limitação dos danos

materiais, não havendo sequer previsão para os de cunho moral.

De acordo com o Código Brasileiro de Aeronáutica, somente se caracteriza **atraso de voo aquele que resultar de atraso na partida superior a 4 horas**, estabelecendo assim um limite quantitativo baseado numa ideia advinda de meados da década de 80, quando da elaboração do Diploma Legal.

Em sendo constatado o trespasse do limite legal, determina o CBA que a empresa aérea disponibilize imediatamente ao passageiro lesado a opção pela realocação em voo que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, ou então a imediata restituição do bilhete pago (PACHECO, 1998, p. 374).

É o que dispõe o artigo 230, CBA:

> Art. 230. Em caso de atraso da partida por mais de 4 (quatro) horas, o transportador providenciará o embarque do passageiro, em voo que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, se houver, ou restituirá, de imediato, se o passageiro o preferir, o valor do bilhete de passagem.

Trata-se de uma obrigação alternativa onde, de acordo com a manifestação de vontade do consumidor lesado, poderá consistir de uma troca de aeronave ou então do reembolso do bilhete pago, e só (PACHECO, 1998, p. 374)!

O Código Civil de 2002, por sua vez, apresenta papel fundamental na regularização dos contratos de transporte, com a finalidade precípua de, segundo Grevetti (2004), suprir uma lacuna deixada pelo Legislador do CC de 1916, pela simples razão de quando do início de sua elaboração, no fim do século XVII, o transporte coletivo estava ainda a se desenvolver, não havendo, pois a importância que se observa na atualidade.

Desta forma, o Código Civil faz passos largos rumo à própria evolução das relações de transporte, trazendo um compilado de normas influenciadas pelo que de mais moderno existia no direito estrangeiro, aplicando indistintamente a todos os meios de transporte conhecidos, deixando de ser uma matéria esparsa para se tornar concretamente regulamentado (MONTEIRO, 2003, p. 322).

Neste diapasão, dispõe o CC, em seu art. 737, que "**O transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior**." (grifo nosso)

Preza-se assim, pelo dever de pontualidade do transportador, que deverá

realizar o acordado nos limites dos horários e do itinerário previamente definidos (MACHADO, 2008, p. 518)

Uma vez celebrado o contrato de transporte aéreo, obriga-se incontestavelmente a companhia aérea a transportar o passageiro nos termos do bilhete de passagem adquirido, sob pena de, *a priori*, incorrer em inadimplemento contratual.

Já o Código de Defesa do Consumidor, introduzido através da Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990, fora deixado propositadamente por nós como último a ser comentado, muito embora se situe, em linha cronológica, entre a edição do Código Brasileiro de Aeronáutico e o Civil, anteriormente analisados.

Norma de maior relevância para o estudo do tema se perfaz no art. 22, CDC, que versa sobre o caráter público do serviço prestado pelas empresas do governo, concessionárias, permissionárias e demais formas de empreendimento governamentais, vejamos:

> Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, **são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes**, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. (grifo nosso)

Infere-se, de logo, tratar-se o serviço de transporte aéreo verdadeiro serviço público, se sujeitando, desta forma, às normas inerentes à própria administração pública.

Cunha Júnior assim discorre sobre o conceito de serviço público:

> Assim, para nós, serviço público é uma atividade administrativa e material, prestada pelos órgãos da Administração direta do Estado ou por suas entidades da Administração indireta ou, ainda, por empresas privadas que atuam por delegação do Estado (são as concessionárias, permissionárias ou atorizatárias), consistente em utilidades ou comodidades materiais, criadas por lei, fruíveis direta ou indiretamente pelos administrados, sujeita a regime total ou parcialmente público. O serviço público, portanto, é função administrativa exercida

> pelo Estado ou por seus delegados, que consiste em prestações materiais específicas ou genéricas que propiciam aos administrados benefícios das mais variadas ordens (telecomunicação, energia elétrica, transporte coletivo, gás canalizado, fornecimento de água, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, etc.) (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 207)

Nesta esteira, patente que, na qualidade de serviço público, deve ser dotado de segurança, e, sobretudo, eficiência, princípio de insuperável grau de modernidade, sob pena de desatendimento dos interesses do Estado.

5. ANTINOMIA JURÍDICA

5.1 INTRODUÇÃO

A verificação de uma antinomia no caso concreto exige, de pronto, uma atitude positiva do aplicador do direito, pois sua solução é imprescindível para que seja preservada a consistência do sistema Jurídico (FERRAZ JÚNIOR, 2003, P. 206).

Melhor explica o mestre Ferraz Júnior:

> Quando falamos de revogação por incompatibilidade, tocamos num dos temas centrais da teoria do ordenamento; sua consistência. Por consistência deve ser entendida a inocorrência ou a extirpação de antinomias, isto é, da presença simultânea de normas válidas que se excluem mutuamente (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 206)

Novelino com a sapiência que lhe é atribuída, estudando as normas constitucionais, assim se manifestou sobre as razões da existência de antinomias no ordenamento jurídico:

> A Lei Maior é resultante de um compromisso entre setores diferenciados e, por vezes, antagônicos existentes na sociedade. O consenso fundamental responsável pelas normas positivadas não impede e nem apaga o "pluralismo e antagonismo de ideias

> subjacentes ao pacto fundador", o que pode suscitar fenômenos de tensão ou colisões entre normas constitucionais (NOVELINO, 2008, p. 94).

De fato, o estudo sistematizado das três codificações que atualmente versam sobre questões inerentes ao direito aeronáutico faz surgir uma visível antinomia de normas quando referente à determinação e padronização do atraso aéreo.

É necessário que se tenha o seguinte entendimento para que se possa vislumbrar a antinomia aqui apontada:

Em primeiro lugar, sobre o CBA, que em meados da década de 80, introduziu no sistema jurídico brasileiro uma codificação editada sob a égide do "risco do ar", em manifesta proteção aos prestadores do serviço de transporte aéreo em desacordo com os anseios dos passageiros.

Por outro lado, apenas quatro anos depois, mas já sob a luz dos novos princípios da Carta Constitucional de 1988, o CDC, exteriorizado por uma norma de função social, ingressa no ordenamento jurídico com a finalidade precípua de fazer-se atuar em todos os ramos do direito, para que somente assim possam ser defendidos os interesses de uma classe reconhecidamente vulnerável, o consumidor.

Por último, o Código Civil, que após sua revitalização em 2002, passou a prever expressamente direitos e obrigações inerentes à relação de transporte, o que inevitavelmente, fez-se chocar com as normas já existentes trazidas pelo CBA, causando assim uma relevante celeuma jurídica.

E acrescente-se, embora não se tratar de antinomia de fato, a Constituição Federal de 1988, promulgada posteriormente ao CBA, influencia diretamente na renovação de sua interpretação, bem como no teor das novas leis que advieram com a evolução jurídica do sistema normativo brasileiro.

Chega-se então a um verdadeiro conflito de normas, de um lado o CBA, que traz o limite objetivo de 4 horas, de outro o CC, que traz a obrigatoriedade de cumprimento do contrato de transporte nos exatos termos do bilhete, sob pena de inadimplência contratual, e o CDC, que traz noções de eficiência na prestação do serviço. Por último, tem-se a CF, superior a todos as demais codificações, onde logo em seu artigo inaugural, traça como fundamento da República Federativa do Brasil, buscar e assegurar a dignidade da pessoa humana.

Atente-se, porém, que a existência de antinomias no sistema jurídico

não é de todo maléfica, pois revela o caráter mutável das normas, que se manifesta em uma evolução jurídica na busca de uma maior adequação às situações fáticas e anseios da sociedade humana (BOAVENTURA, 2005).

São as palavras de Boaventura:

> Assim sendo, a antinomia jurídica como fenômeno legal moderno surge como algo inerente ao sistema normativo em que se transformou o direito. É de suma importância caracterizar que justamente por ser o sistema normativo algo mutável de acordo com as situações fáticas da sociedade humana, motivo pelo qual as antinomias aparecem. Para tanto deve o jurista solucionar o conflito e sempre lutar pelo estabelecimento da unidade lógica do sistema (BOAVENTURA, 2005).

Pontua Ferraz Júnior:

> O sistema que falamos nesse passo tem, ademais, caráter dinâmico. A expressão sistema dinâmico provém de Kelsen e, em oposição ao estático [...], capta normas dentro de um processo de contínua transformação. Normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade em decorrência de alterações nas situações normadas. O sistema é apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 178).

A premissa do estudo da antinomia no presente caso é fazer com que os diversos microssistemas que regem o direito aeronáutico integrem-se ao ordenamento jurídico sem prejuízo de sua função, bem como de sua força renovadora (MARQUES, 1992, p.157).

É com base nessa distorção entre normas sobre a mesma matéria, mas de conteúdo diverso, que se tem a necessidade de uma análise mais profunda para que se alcance um denominador comum, medida que trará relevantes consequências para o direito aeronáutico ao ponto em que se estabelecerá

a segurança jurídica necessária ao sistema normativo.

5.2 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DAS ANTINOMIAS

Diniz, com o brilhantismo que lhe é inerente, trabalha o conceito de antinomia da seguinte forma:

> Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular (DINIZ, 2006, p. 478).

No entender de Ferraz Júnior:

> Podemos definir, portanto, antinomia jurídica como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 212).

Assim, pelo que se observa, antinomia é o fenômeno em que duas ou mais disposições conflitantes sobre a mesma matéria passam a coexistir no sistema jurídico, sem que, contudo, seja possível vislumbrar qual norma deverá ser aplicada em detrimento da outra no caso concreto (DINIZ, 2006, p.478).

Destarte, para o melhor estudo do tema, temos que a situação aqui exposta se revela como antinomia jurídica no momento em que, contraditórias, as normas fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se vigentes, no território nacional, versando sobre os usuários do transporte aéreo.

Decerto, a antinomia apresentada somente estará configurada quando, após a adequada interpretação das normas conflitantes, perdurar a incompatibilidade entre elas, seja por falta de critérios, ou ainda pelo conflito de mais de um critério apto a ser aplicado (FERRAZ JÚNIOR,

2003, p. 212).

Por conseguinte, Novelino (2008, p.95) ressalta que a antinomia somente se observará quando as normas conflitantes pertencerem ao mesmo ordenamento, e que ambas tenham o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material).

Não há, portanto, dúvidas do conflito existente, devendo de tal forma, o aplicador de direito extirpar a contradição para ter plena segurança da consecução dos objetivos primários das normas conflitantes, sempre segundo balizamento dos princípios elencados na Carta Constitucional.

Definida a antinomia jurídica, há a necessidade de classificá-las, vejamos:

As antinomias podem ser classificadas segundo 4 critérios distintos: quanto à solução, quanto ao conteúdo, quanto ao âmbito e quanto à extensão (DINIZ, 2006, p. 479-481).

A primeira classificação, que diz respeito ao critério de solução, traz a separação entre antinomias aparentes e reais (DINIZ, 2006, p. 479).

A antinomia real é aquela que se revela insolúvel, enquanto que as aparentes carecem desta qualidade (BOBBIO, 1999, p.92).

Segundo Marques (1992, p. 158), a antinomia será aparente quando puder ser resolvida pela simples compatibilização dos dispositivos legais, enquanto que será real, quando, em não sendo possível a compatibilização pela via meramente interpretativa, forçar o aplicador do direito a escolher uma afastando a aplicação da outra.

Na observação inequívoca de Ferraz Júnior (2003, p. 212), as "antinomias reais seriam aquelas para as quais não há, no ordenamento, regras normativas de solução, sendo aparentes aquelas para as quais existem critérios normativos".

No entanto, no magistério do próprio Ferraz Júnior (2003, p. 212), a distinção entre antinomia real e aparente segundo a existência de critérios normativos deve ceder lugar a outra característica, vejamos:

> A distinção entre antinomias reais e aparentes, fundada na existência ou não de critérios normativos positivos para a sua solução pode e deve, pois, ser substituída por outra em que a **antinomia real é definida como aquela em que a terceira condição é preenchida, ou seja, a posição do sujeito é insustentável porque não há critérios para sua solução, ou porque entre os critérios existentes há**

> **conflito**, e é aparente em caso contrário (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 212) (grifo nosso).

Ratifica em sua integralidade Bobbio:

> Chamamos as antinomias solúveis de aparentes; chamamos as insolúveis de reais. Diremos portanto, que as antinomias reais são aquelas em que o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de critério ou por conflito entre os critérios dados (BOBBIO, 1999, p. 92).

Quanto ao conteúdo, a antinomia poderá ser observada sobre duas esferas: própria e imprópria, sendo que esta ainda se subdivide em antinomia de princípios, valorativa e teleológica (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p.213).

Nos dizeres de Diniz (2006, p. 479), a antinomia será própria "quando uma conduta aparece ao mesmo tempo prescrita e não prescrita, proibida e não proibida, prescrita e proibida", ou seja, ocorre quando uma norma é a negação da outra, e por isso há impedimento para que a outra ocorra pois as suas atitudes são completamente inconciliáveis, a ponto de causar insegurança na seara jurídica.

Já a antinomia imprópria, segundo Diniz (2006, p. 478) se dá "em virtude do conteúdo material das normas", sendo de princípios quando a desarmonia se der por conta das normas que versem sobre a mesma matéria estiverem inseridas em ideias fundamentais conflitantes; valorativa, quando o legislador não for fiel a uma valoração por ele próprio realizada; e teleológica quando "se apresentar incompatibilidade entre os fins propostos por certa norma e os meios previstos por outra para a consecução daqueles fins".

Neste sentido, manifesta-se Ferraz Júnior:

> Nesses casos, a antinomia é imprópria porque nada impede o sujeito de agir conforme as normas, ainda que, em virtude de um juízo particular de valor, ele não concorde com elas. Ou seja, não se cogita nesses casos, sequer de antinomia aparente, pois nesta o sujeito fica numa situação em que tem que optar e sua opção por uma norma implica a desobediência de outra, devendo recorrer a regras para sair da situação.

> Nas antinomias impróprias, o conflito é mais entre o comando estabelecido e a consciência do aplicador, aproximando-se a noção de antinomia imprópria da noção de lacunas políticas ou de *lege ferenda* (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 213).

A terceira classificação, quanto ao âmbito, subdivide as antinomias em de direito interno, quando ocorrer "entre normas de mesmo ramo do direito ou entre aquelas de diferentes ramos jurídicos"; de direito internacional que surge entre normas de direito internacional, como entre tratados e costumes internacionais; ou ainda de direito interno-internacional, quando ocorre entre normas internas conflitando com outras de outro direito interno ou entre normas de direito interno com normas internacionais (DINIZ, 2006, p.480).

Por último, quanto à extensão, tem-se uma antinomia total-total, quando "uma das normas não puder ser aplicada em nenhuma circunstância sem conflitar com a outra"; total-parcial, quando "uma das normas não puder ser aplicada, em nenhuma hipótese, sem entrar em conflito com a outra, que tem campo de aplicação conflitante com a anterior apenas em parte; e a parcial-parcial, "quando as duas normas tiverem um campo de aplicação que, em parte, entra em conflito com o da outra, e em parte não" (DINIZ, 2006, p. 480-481)

Trazendo ao presente caso, constatamos que a antinomia acerca do atraso aéreo deve ser classificada da seguinte forma:

Real, haja vista que as disposições trazidas pelo CC e CDC são completamente incompatíveis com as do CBA, esbarrando-se em outro conflito, qual seja o de critérios, que mais à frente será melhor esmiuçado.

Própria, pois o conflito se revela inerente a questões formais no momento em que uma norma permite o que a outra proíbe.

De direito interno, pois as normas conflitantes fazem parte de diferentes ramos do direito interno brasileiro e;

Total-parcial, pois, segundo Bobbio (1999, p. 89), "a primeira norma não pode ser em nenhum caso aplicada sem entrar em conflito com a segunda; a segunda tem uma esfera de aplicação em que não entra em conflito com a primeira", que se visualiza da seguinte forma: É proibido atrasar um voo (CDC + CC) e É proibido atrasar um voo, desde que seja por mais de 4 horas (CBA).

Completa Bobbio:

> A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, é aquela correspondente ao tipo *total-parcial*. Isso significa que quando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial (BOBBIO, 1999, p.96-97, grifo do autor)

5.3 CRITÉRIO PARA SOLUÇÃO DAS ANTINOMIAS

No magistério de Marques (1992, p.158), os conflitos das leis no tempo e no espaço deverão ser solucionados pela Lei de Introdução ao Código Civil, a partir de agora tratada por LICC, que disponibiliza dois instrumentos básicos: o da continuidade das normas e a revogação daqueles incompatíveis, estabelecidas pelas seguintes normas, *in verbis*:

> Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
> § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.
> § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Revogação, segundo Marques (1992, p. 158), "é a perda da vigência, total ou parcial, da lei e representaria a vontade do legislador, que editou lei posterior incompatível com a anterior".

Entretanto, deve-se ressaltar que o mero conflito de leis não pode ser confundido com a constatação de uma antinomia jurídica, posto tratarem-se de fatos diferentes que ocorrem no ordenamento. A ocorrência de uma antinomia provoca a afetação da própria lógica do sistema, enquanto que o conflito de leis não a afeta, posto que o próprio sistema indica como resolver o conflito (LICC) (MARQUES, 1992, p. 159).

É o que observa Marques:

> A solução da antinomia tem um caráter efêmero,

> para aquele caso concreto, como todo exercício de interpretação, sem afetar necessariamente, como ocorre nos conflitos, a vigência das normas no sistema. O estudo das antinomias concentra-se, não no problema de vigência das normas novas e anteriores, mas sim no problema de lógica do sistema, influenciando a sua solução, casuisticamente, a eficácia de uma das normas contraditórias. Os conflitos de leis no tempo e no espaço, se considerados existentes, não afetam a lógica do sistema, pois o próprio sistema positiva as normas pelas quais deseja que se resolvam os conflitos (MARQUES, 1992, p. 159).

Identificada a antinomia, deve primeiro o intérprete verificar se existe a possibilidade de compatibilizar as duas normas pretensamente contraditórias. Se possível a sua adequação, desaparecerá a antinomia, restando o sistema perfeitamente coeso (MARQUES, 1992, p. 164).

Para resolução das antinomias aparentes, utiliza-se apenas métodos interpretativos que objetivam integrar as normas para que delas emanem efeitos cujos propósitos sejam inteiramente compatíveis (MARQUES, 1992, p. 158).

Para o caso de antinomia real, três são os critérios para solução: cronológico, hierárquico e da especialização. (BOBBIO, 1999, p. 92).

O critério hierárquico, que se materializa no brocardo *lex superior derogat legi inferiori*, baseia-se na superioridade de uma fonte de produção jurídica em relação à outra fonte, deixando transparecer a ideia de hierarquia entre leis (MARQUES, 1992, 164).

São os dizeres de Boaventura:

> O segundo dos critérios é o hierárquico, o seu comando é lex superiori derogat legi inferiori. O uso deste critério para solução de antinomia remeterá o aplicador ou intérprete ao uso da norma hierarquicamente superior, quando se tratar de normas de diferentes níveis. Maria Helena (2001) assim exemplifica: "a Constituição prevalece sobre uma lei. Daí falar-se em inconstitucionalidade da lei

> ou ilegitimidade de atos normativos diversos da lei, por a contrariarem". A norma é inferior ou superior devido ao seu poder normativo (BOAVENTURA, 2005).

Por este entendimento, temos que a CF, por ser a norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro, estaria acima de todas as leis, invadindo o seu campo de interpretação, influenciando toda e qualquer disposição que se contraponha aos seus princípios (antinomia real), e adequando a interpretação das normas à nova realidade (antinomia aparente).

Exemplifica Boaventura (2005), no sentido de que "O poder normativo da Constituição é mais abrangente, e por isso é superior a uma lei ordinária, assim como o poder normativo de uma lei é superior ao poder normativo de um ato normativo".

O critério cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), de maior simplicidade, induz a prevalência da norma mais recente em contrário à mais antiga que se encontre incompatível. Este critério faz presumir que a lei mais recente será aplicada por refletir o pensamento e orientação mais atual e renovador do legislador, que tendo conhecimento da lei anterior, preferiu elaborar norma que traga disposições diversas (MARQUES, 1992, 164).

Para Bobbio (1999, p. 93), o critério cronológico revela a atual vontade do legislador, onde de dois atos emanados da mesma pessoa, valeria o último. Além disso, presume-se que o legislador "não queira fazer coisa inútil e sem finalidade; se devesse prevalecer a norma precedente, a lei sucessiva seria um ato inútil e sem finalidade" (BOBBIO, 1999, p. 93).

No entanto, é de se ressaltar que tal critério, afinal como nenhum outro, é absoluto, devendo sempre ser utilizado com cautela, como bem explica Boaventura (2005) ao dispor que "O critério cronológico dá ao sistema a sua dinamicidade, mas em nome desta não se pode legislar afoitamente".

Último critério, tido por especialidade, manifesta-se sobre o brocardo *lex specialis derogat generalis* e tem por premissa o fato de a lei especial prevalecer à geral (BOBBIO, 1999, p. 96).

Justifica Bobbio:

> Também aqui a razão do critério não é obscura: a lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária

ou contraditória) (BOBBIO, 1999, p. 96).

Em suma, o critério cronológico será utilizado quando duas normas incompatíveis forem sucessivas; o critério hierárquico, por sua vez, quando duas normas incompatíveis estiverem em níveis diversos; o de especialidade quando duas normas incompatíveis se chocarem pelo fato de uma ser de cunho especial e outra de cunho geral (BOBBIO, 1999, p. 97).

E se mais de um critério puder ser utilizado no caso concreto? Estaremos assim diante de uma das hipóteses da existência da antinomia real, ou, como define a doutrina, de antinomia de segundo grau (DINIZ, 2006, p. 483).

Nesta esteira, Bobbio (1999, p. 107) se manifesta no sentido de que a antinomia real, ou de segundo grau, "não se trata mais da incompatibilidade de que falamos até agora, entre normas, mas da incompatibilidade entre critérios válidos para a solução da incompatibilidade entre normas".

É uma questão bastante complexa, de difícil solução, haja vista que presentes dois critérios plenamente aplicáveis, mas que entre eles, pode acarretar medidas contraditórias, permanecendo assim a impossibilidade de uma aplicação justa da norma legal.

É esta a questão que incide perante a antinomia aqui tratada. A *priori*, teríamos uma lei especial mais antiga (CBA) em contraste com uma lei geral mais nova, ou melhor dizendo, mais moderna e atual (CDC em análise conjunta com o CC, ambos balizados pela CF).

Mas antes de adentrar no mérito da questão, há de se destacar que a nosso ver, inexiste antinomia entre o CDC e o CC, haja vista que ambos refletem o espírito da CF, estando com disposições adequadas ao sistema, e, consequentemente, entre si. A questão da antinomia se diz tão somente com relação a esse grupamento de normas e o CBA, e só.

A problemática se inicia com o questionamento acerca da existência de regramentos tradicionalmente admitidos para a solução do conflito de critérios.

Desse modo, a evolução histórica da ciência jurídica tem demonstrado que o conflito de critérios se resolve pela elaboração de outros novos critérios, ora chamados de metacritérios ou meta-regras (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 211).

Sendo três os critérios de solução de antinomias (A, B, C), três são as hipóteses de conflitos entre eles (A+B, A+C, B+C), o que implica a necessidade de elaboração de ao menos três metacritérios.

Primeiramente, há de se falar do conflito entre o critério cronológico e o hierárquico, que tem dimensão quando uma norma mais nova se revela antinômica em relação a uma norma mais antiga superior hierarquicamente. O conflito existiria no momento em que, se fosse utilizado o critério cronológico, aplicar-se-ia a primeira, enquanto que se fosse utilizado o critério hierárquico, aplicar-se-ia a segunda (BOBBIO, 1999, p. 107).

Mas neste caso, aponta Bobbio (1999, p. 107), a resposta não se faz complicar, sendo de plano aplicado o critério hierárquico em face do cronológico. E não por menos seria assim.

O critério cronológico, dada à estrutura do sistema jurídico, não pode prevalecer sobre o hierárquico, pois se assim fosse, a norma superior perderia o poder que lhe é inerente. O critério cronológico somente poderá ser utilizado quando duas normas estiverem no mesmo plano.

Admitir que uma norma superior fosse modificada por uma inferior seria o mesmo que permitir a alteração de normas constitucionais por meras leis ordinárias. Seria admitir que a força de uma Constituinte padecesse sob a vontade do legislador ordinário, cujo poder legislativo é derivado.

Em contrapartida, quando conflitantes os critérios hierárquico e de especialidade, a situação não se torna perfaz em tamanha simplicidade. Embora tecnicamente devesse prevalecer o critério hierárquico, não é essa a solução apontada pela doutrina. Inexiste metacritério para este caso, pois no ensinamento de Bobbio,

> a gravidade do conflito derivaria do jogo de "dois valores fundamentais de todo o ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade (BOBBIO, 1999, 109).

Na prática, há de se observar o caso concreto, analisando atentamente as implicações de cada norma, sempre em coerência com o próprio sistema jurídico. No entanto, frequentemente poderemos observar que o critério da especialidade em muitas vezes prevalece à própria hierarquia das leis, pois as novas situações requerem leis mais específicas para regulamentá-las, do contrário, haver-se-ia lacuna no direito.

No sopesar de Bobbio, (1999, p. 109), "a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva frequentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional".

Último metacritério, propositadamente deixado para o final, diz respeito ao conflito entre o critério de especialidade e o cronológico, presente quando uma norma anterior-especial se tornaria incompatível com uma norma posterior-geral, onde caso utilizado o critério de especialidade, aplicar-se-ia a primeira, enquanto que em se utilizando do critério cronológico, a segunda (BOBBIO, 1999, p. 108).

Para a doutrina, tal conflito deve ser resolvido com a prevalência da lei especial perante a cronológica, pela qual "a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente" (BOBBIO, 1999, p. 108).

Esta posição se daria por conta de uma presunção de que o legislador, quando da elaboração da norma, tinha pleno conhecimento do regime especial, não querendo dispô-lo na nova lei, pois o regime especial traria maior justiça que o geral (MARQUES, 1992, p. 167).

Contudo, da mesma forma que os critérios de solução das antinomias de normas, os metacritérios não são absolutos, muito menos de fácil aplicação.

Especificamente no caso de conflito entre critério especial e cronológico, o objeto jurídico tutelado, o espírito da lei e a intenção do legislador é que devem ser levados em ponderação para aplicação da norma mais correta.

Ressalta Diniz:

> A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, tendo em vista certas circunstâncias presentes. Não há uma regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério (DINIZ, 2006, p. 484, grifo meu).

Marques (1992, p. 168), reconhecendo a relativização dos metacritérios, aponta a CF como mecanismo de orientação ao aplicador do direito, fazendo-o influenciar diretamente na solução dos conflitos de critérios, *in verbis*:

> A hierarquia entre critérios, portanto, não é tão clara e baseia-se em presunções não absolutas a exigir um

> esforço casuístico do intérprete. [...] Cada vez mais, em se tratando de conflitos entre critérios se utiliza uma interpretação "conforme a Constituição" para destacar a norma que deverá efetivamente ser aplicada ao caso concreto, afastando a outra e solucionando a antinomia entre normas (MARQUES, 1992, p. 168, grifo do autor).

Aliás, é o que pontua Novelino:

> A supremacia da Constituição e o seu deslocamento para o centro do sistema jurídico lhe confeririam uma posição de destaque na interpretação dos demais ramos do direito, os quais devem ser compreendidos "sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados" (*filtragem constitucional*). Por isso, a afirmação de que "toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional" (NOVELINO, 2008, p. 114).

Continua o mesmo Autor:

> A compreensão do direito infraconstitucional à luz dos valores consagrados na Constituição, a inserção cada vez maior de normas próprias de outros domínios no texto constitucional e a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares ("eficácia horizontal") são alguns dos aspectos que identificam uma tendência de constitucionalização do direito (NOVELINO, 2008, p. 114).

Portanto, não obstante a existência de regras e meta-regras, deve o aplicador fazer uso de uma análise sistemática para que sua decisão se adéque à ordem jurídica como um todo. Não se quer dizer, no entanto, que a resolução da antinomia se dê por critérios constitucionais, mas sim orientado por sua essência.

5.4 APLICAÇÃO NOS CASOS DE ATRASOS AÉREOS

Cabe agora desdobrar os critérios e metacritérios abordados no sentido

de resolver a problemática envolvendo a antinomia entre a norma do CBA e as normas do CDC e CC.

Inquestionavelmente, o CBA é uma codificação que visa a proteger o transportador, posto que quando de sua elaboração, temia-se o chamado "risco do ar". O sistema de informatização e telecomunicação ainda se demonstrava precário e padecia de precisão, devendo, portanto, à época, haver um compêndio legal que viabilizasse a própria estrutura do sistema de transporte aéreo.

Ademais, as estradas brasileiras e a generalidade dos meios de transporte terrestres provocavam viagens de muito demoradas, sendo o padrão de tempo para realização de um trecho à época, bastante elevado se comparado ao vislumbrado atualmente.

Assim, o CBA surgiu como questão de ordem para a aviação, elaborado com auxílio das próprias empresas de aviação comercial para que houvesse um sistema que proporcionasse pleno desenvolvimento à aviação nacional na medida em que disponibilizava limites bastante elevados para isenção da responsabilização do cumprimento da obrigação avençada: transportar o passageiro incólume de um ponto ao outro dentro dos limites do horário estabelecido no bilhete.

Mas inicialmente, devemos observar que o primeiro fator que interfere na permanência do art. 230, CBA, na caracterização do atraso aéreo em voos domésticos de passageiros (impondo a permissão até o limite de 4 horas), está no fato de que quando de sua elaboração, estava vigente a Constituição de 1967, em muito destoante e retrógrada se comparada com a atual Constituição.

Esta nova era constitucional iniciada em 1988 se fortalece em valores mais humanitários e sociais, buscando pelo bem-estar da população ao ponto em que se funda no princípio da dignidade da pessoa humana.

A antinomia de fato desponta quando, em 1990, em manifesta consonância com os princípios da Carta Magna de 88, surge uma codificação voltada à defesa do consumidor, reconhecidamente vulnerável, prezando pela boa prestação dos serviços a fim de garantir um sistema de consumo alheio ao abuso por parte dos fornecedores e comerciantes em face dos consumidores.

Finalmente o CC, que em 2002 provocou uma relevante modificação nas relações civis brasileiras. Revogando o diploma de 1916, que nada previa sobre as relações de transporte e dispôs sobre responsabilidade contratual e aquiliana, além da imperiosidade de cumprimento dos horários fixados

no bilhete adquirido.

Assim, para solucionar o impasse, devemos, de logo, interpretar os critérios de solução das antinomias.

Em não havendo antinomia envolvendo a norma constitucional, exclui-se a hipótese de antinomia relacionada à hierarquia das normas, restando àquelas referentes à especialidade e à cronologia.

Caso utilizado o critério cronológico, teríamos a prevalência do diploma civil e consumerista em detrimento do aeronáutico, mas como dito anteriormente, a antinomia sobre o atraso aéreo é de segundo grau, posto colidirem os próprios critérios de solução apontados pela doutrina.

Cabe, portanto, identificar se o CDC e o CC são normas gerais ou especiais frente ao CBA.

Quanto ao CC, é inquestionável o seu caráter geral, haja vista que embora regulamente toda a relação de transporte, não oferece a especialização que o CBA, diploma elaborado especificamente para a relação da aviação, trazendo normas bastante específicas, detém.

No entanto, não há como não reconhecer o caráter especial do CDC, que protege determinado sujeito na relação específica de consumo, invadindo todo o sistema jurídico a ponto de proteger qualquer relação de consumo, o que se torna visível no pensamento de Marques (1992, p. 155), para quem "a entrada de uma lei nova de função social traz como consequência natural uma modificação profunda no ordenamento jurídico".

Continua:

> O Código de Defesa do Consumidor é uma destas leis de função social, as quais têm o mérito de positivar as novas noções valorativas orientadoras da sociedade, procurando, assim, assegurar a realização dos modernos direitos fundamentais (direitos econômicos e sociais) previstos nas constituições (MARQUES, 1992, p. 155).

O CDC é uma lei típica de intervencionismo do Estado Social, que tem como função precípua "servir de parâmetro, de nova orientação e de efetivo instrumento para alcançar o equilíbrio social que o legislador moderno pretende realizar" (MARQUES, 1992, p. 155).

Conclui Marques:

> Os choques entre as novas leis de função social e as leis anteriores do sistema não pode, portanto, ser evitado, ao contrário, integra a própria finalidade da nova lei, que vem para renovar o sistema e assim transformar a própria realidade social (MARQUES, 1992, p. 156).

Assim, o CDC insere na relação de consumo a noção de eficiência no serviço, qualificando-o como defeituoso aquele que não corresponde aos anseios dos termos contratados.

Destarte, aos contratos de transporte aéreo se aplicam, indubitavelmente as disposições do Código de Defesa do Consumidor, composto de normas de interesse social e de ordem pública, conforme dispõe o art 5°, inciso XXXII e 170, inciso V da Constituição Federal, *in verbis*:

> 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;
>
> 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;

O CDC é norma que contamina todo o ordenamento jurídico, invadindo a competência das demais normas para ali plantar a semente de proteção ao consumidor.

Aliás, é o que diz a jurisprudência pátria:

> **TRANSPORTE AÉREO - ATRASO DE VOO** E EXTRAVIO DE BAGAGEM - DANO MORAL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

E CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - DANOS MATERIAL E MORAL FIXADOS EM PRIMEIRO GRAU - APELAÇÃO - REFORMA DA SENTENÇA - RECURSO ESPECIAL - PRETENDIDA REFORMA - SENTENÇA DE 1º GRAU RESTABELECIDA - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

I - **Prevalece o entendimento na Seção de Direito Privado "de que tratando-se de relação de consumo, em que as autoras figuram inquestionavelmente como destinatárias finais dos serviços de transporte, aplicável é à espécie o Código de Defesa do Consumidor**" (REsp 538.685, Min. Raphael de Barros Monteiro, DJ de 16/2/2004). [...] (REsp 612.817/MA, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 08/10/2007 p. 287) (grifo nosso).

RESPONSABILIDADE CIVIL. **TRANSPORTADOR**. LIMITAÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA.

Editada lei específica, em atenção à Constituição (Art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. Havendo antinomia, o previsto em tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível. Recurso conhecido e não provido. (REsp 169.000/RJ, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, Terceira Turma, julgado em 04/04/2000, DJ 14/08/2000 p. 164) (grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO. BAGAGEM EXTRAVIADA. APLICABILIDADE DO CDC. CABIMENTO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. VALOR ARBITRADO A TÍTULO

> DE DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO.
> 1. **Caracterizando a prestação de serviços de transporte aéreo uma relação de consumo, devem-se aplicar as normas do Código de Defesa do Consumidor em detrimento dos dispositivos contidos no Código Brasileiro de Aeronáutica.** [...] (Apelação Cível nº 84617-9/188 (200402377677), 2ª Câmara Cível do TJGO, Goiânia, Rel. Des. Gilberto Marques Filho. j. 19.04.2005, unânime, DJ 23.05.2005) (grifo nosso).

Portanto, é fora de dúvida que o fornecimento de transporte em geral é atividade abrangida pelo CDC por constituir modalidade de prestação de serviços, sobressaindo-se sobre os outros regimes jurídicos, como no caso o CBA.

A posição por nós adotada, segundo ensinamentos dos autores aqui estudados é que, independentemente de qual norma se confronte com o CBA, seja o CDC, seja o CC, deverá prevalecer aquela que mais se adéque ao espírito do ordenamento jurídico.

Segundo Diniz (2006, p. 485), é na falta de critérios que se utiliza a máxima da busca da justiça. É o sentimento de justiça que deverá prevalecer em todo o ordenamento jurídico. A lei nasce para fazer justiça social, reger determinado assunto em prol da coletividade e em prol dos princípios da nação. Não pode ela servir de meio a permitir a injusta invasão na seara de liberdade de quem quer que seja, portanto, entre duas normas incompatíveis, dever-se-á optar pela mais justa.

Desta forma, entre o CC e o CBA, embora presente o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, o melhor entendimento se traduz na superação do limite de 4 horas estabelecido pelo CBA para fazer-se cumprir a obrigatoriedade de transporte nos exatos termos do bilhete segundo prediz o CC.

In casu, a especialidade do CBA não pode obstar a aplicação do CC, haja vista que esta codificação traz ao sistema jurídico o que mais há de moderno no direito, sendo que conquanto norma especial, o CBA padece em seus próprios fundamentos, onde sequer havia previsão de ressarcimento de danos morais. A finalidade do CBA não é e nunca foi proteger o passageiro ou evitar a ocorrência de atrasos.

A permanência do art. 230, CBA engessa o sistema jurídico e torna lícita

a inadimplência contratual, exceto, é claro, o caso fortuito e a força maior, já consagrados na doutrina, e que embora ocasionem um retardamento na prestação do serviço, se dão por fatos alheios à vontade do transportar. Por outro lado, o atraso de até 4 horas pode ser utilizado livremente pelas companhias aéreas, inclusive injustificadamente, sem que com isso seja responsabilizada por qualquer dano provocado.

A superação do critério de especialidade em consagração ao cronológico deve ser utilizada em casos excepcionais, mas plenamente justificados. Deve-se assim verificar a finalidade de cada regime de modo a estabelecer os antagonismos presentes e fornecer ao aplicador do direito conteúdo para justificar a supressão de uma das normas.

A sua utilização, conforme o magistério de Marques (1992, p. 158) deve ser realizada em homenagem à justiça social, senão vejamos:

> Trata-se, porém, de uma presunção, arraigada, sem dúvida, ao espírito dos juristas, muito bem querer modificar o sistema, passar do privilégio à abolição deste privilégio para a maior justiça social, prevalecendo sua aplicação por uma questão teleológica (MARQUES, 1992, p. 158)

O Código Civil tem que se fazer aplicável, não havendo razoabilidade na manutenção do limite de 4 horas.

O CDC, por sua vez, não deveria oferecer maiores dificuldades para a conscientização de sua aplicação em detrimento do CBA.

Tratam-se de normas especiais, cada uma com seu objeto específico: O CBA em relação ao transporte aéreo, o CDC ao consumidor.

É certo que o âmbito de especialidade diverge, mas não é esse fator que implicará a ausência de critérios. A proteção ao consumidor em detrimento do transportador é medida que se revela de maior proximidade ao sistema jurídico constitucional.

O CDC como lei de função social invade o campo de atuação do CBA e provoca uma modificação em sua interpretação. O intuito do legislador foi de proteger a classe vulnerável, mas para isso reconheceu que o fornecedor, seja pelo poder econômico, ou ainda pelo risco da atividade, não merece maiores proteções.

Não se trata de previsão discriminatória, mas sim desigual, sem que, no

entanto, seja ferido qualquer preceito básico da relação comercial.

Inclusive, não é outro o entendimento da totalidade dos Tribunais Pátrios, que reconhecem a aplicação do CDC em detrimento do CBA, senão vejamos:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
> **Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro de Aeronáutica. Precedentes da Segunda Seção do STJ**. [...] (Recurso Especial nº 538685/RO (2003/0036274-6), 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Barros Monteiro. j. 25.11.2003, unânime, DJ 16.02.2004) (grifo nosso).

> PROCESSO CIVIL E CIVIL - TEMPESTIVIDADE DO RECURSO - TRANSPORTE AÉREO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
> O prazo para interpor recurso conta-se da data em que os autos são retirados do cartório, à consideração de que naquele dia o advogado toma ciência inequívoca do julgado que pretende impugnar. **Os destinatários finais de serviço de transporte aéreo são consumidores, de sorte que são aplicáveis as normas insertas no Código de Defesa do Consumidor em detrimento do Código Brasileiro de Aeronáutica**. Se o serviço foi efetivamente prestado e não houve comprovação de que o valor contratado foi em excesso, não incidirá o permissivo da repetição de indébito. [...] (Apelação Cível nº 20030110200676 (Ac. 214573), 6ª Turma Cível do TJDFT, Rel. Otávio Augusto. j. 02.05.2005, DJU 09.06.2005) (grifo nosso).

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - EXTRAVIO DE BAGAGEM - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO -

APLICAÇÃO DO CDC - PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS - DANO MORAL - QUANTUM FIXADO MODERADAMENTE - RECURSO DESPROVIDO.

"Não se caracteriza o cerceamento de defesa quando há nos autos elementos suficientes à formação do convencimento do Juiz, permitindo-lhe o julgamento antecipado da lide" (Embargos Infringentes nº 2000.024881-9, de Jaguaruna, Rel. Des. Sérgio Paladino). **"O Código de Defesa do Consumidor instituiu nova política de proteção ao consumidor, tendo suas regras abrangido todas as relações de consumo. Em caso de antinomia entre o Código Brasileiro de Aeronáutica e o CDC, prevalece este último, porque posterior e especial, além de editado em consonância com a Constituição Federal**" [...] (Apelação Cível nº 2004.030123-4, 3ª Câmara de Direito Civil do TJSC, Barra Velha, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil. unânime, DJ 31.03.2005) (grifo nosso).

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO DE VOO.

A responsabilidade da empresa concessionária de serviço público é objetiva. Dano moral configurado, pelo aborrecimento e transtorno causados aos passageiros. O seu valor deve ser fixado moderadamente. **Para efeito de indenização, as normas do Código de Defesa do Consumidor prevalecem sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica.** Aplicação dos arts. 37, § 6º da CF, 3º, 6º, X, 14 e 22 do CDC. Indenização reduzida. Parcial provimento do segundo recurso. Prejudicado o primeiro. (Apelação Cível nº 2004.001.23501, 7ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos. j. 08.03.2005) (grifo nosso).

RECURSO PRINCIPAL - APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - EXTRAVIO DE BAGAGEM - CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA

- APLICAÇÃO APENAS SUBSIDIÁRIA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DANO MORAL CARACTERIZADO - RECURSO IMPROVIDO.

É induvidoso que o Código Brasileiro de Aeronáutica somente poderá ser aplicado a situações de transporte aéreo, com extravio de bagagem, de modo subsidiário ao Código de Defesa do Consumidor, que lhe é posterior e veio regulamentar preceitos constitucionais, permitindo a efetiva reparação dos danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI). A indenização pré-tarifada não foi recepcionada pela Constituição Federal, além de não ter sido prevista no **Código de Defesa do Consumidor, que é a legislação apta a tratar de matéria relativa a contratos de transporte aéreo**. Estando caracterizada a ocorrência de dano moral, ele deve ser indenizado. [...] (Apelação Cível nº 2001.004023-1, 3ª Turma Cível do TJMS, Campo Grande, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. j. 26.04.2004, unânime) (grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. EXTRAVIO DE BAGAGEM. DENUNCIAÇÃO À LIDE INDEFERIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INDENIZAÇÃO TARIFADA. CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA. INAPLICABILIDADE.

No caso de extravio de bagagem, **ocorrido após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, a indenização deve ser ampla e integral, não se adotando as limitações previstas nas leis especiais anteriores, neste ponto, derrogadas elas novas regras legais, editadas em observância ao preceito constitucional que se refere à proteção dos consumidores.** O extravio da bagagem traz para o viajante constrangimento, desconforto, humilhação e aborrecimento. Ou seja, sentimentos capazes de desestabilizá-lo, psicologicamente. O valor da

> indenização deve ser fixado razoavelmente e de forma proporcional aos danos sofridos. [...] (Apelação Cível nº 200500114145, 12ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Gamaliel Q. de Souza. j. 06.09.2005) (grifo nosso).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - TRANSPORTE AÉREO - EXTRAVIO DE MERCADORIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS CONCEDIDOS. EXISTÊNCIA DO DANO - RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO QUANTUM - JULGAMENTO PROCEDENTE - RECURSO ADESIVO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA TRANSPORTADORA - AFASTAMENTO DAS REGRAS DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA E DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRECEDENTES DO STJ - RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.
> [...]
> São direitos básicos do consumidor: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais e difusos (art. 6º do CDC). **O Código de Defesa do Consumidor tem aplicação no caso de indenização baseada em responsabilidade do transportador, afastando-se as regras da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica.** [...] (Apelação Cível nº 2003202029 (4547/2004), I Grupo da 2ª Câmara Cível do TJSE, Rel. Des. José Artêmio Barreto. j. 16.11.2004, unânime) (grifo nosso).

O CDC é uma norma atual, moderna, louvável. Não evita por completo os danos causados aos consumidores, mas ao menos se presta a influenciar no modo da prestação dos serviços para que haja uma sensível diminuição nos abusos que frequentemente se observam.

Permitir a permanência do limite de 4 horas da forma em que hoje se encontra é reconhecer a morte da teoria do ordenamento jurídico de Bobbio.

O sistema deve ser coeso, compatível entre si, não permitindo a permanência de normas com implicações antagônicas. Extirpa-se a segurança jurídica do ordenamento e induz-se à arbitrariedade e desordem.

O legislador é livre para formular normas em oposição entre si, mas cabe ao aplicador do direito, reconhecer a incongruência e resolvê-la. A manutenção do sistema se dá, assim, por uma soma de esforços sendo que inquestionavelmente, deverá prevalecer o que é melhor para todos.

É por esta razão que, através da técnica de solução das antinomias, se chega à conclusão que o limite de 4 horas para voos domésticos de passageiros não pode perdurar enquanto vigentes as normas do CDC e do CC, haja vista que manifestamente contrário à evolução do direito pátrio.

6. CONCLUSÃO

Assim, diante de tudo o que foi exposto, não se pode chegar a outra conclusão senão da completa impropriedade e incongruência do limite objetivo de 4 horas como sendo aquele aplicável incontestemente ao caso dos atrasos aéreos.

A história da aviação demonstra fartamente que tal limite já deveria há muito ser superado, posto que contraditório com os princípios basilares da Carta Superior e da proteção ao passageiro/consumidor, ao tempo em que regula com base em critérios já ultrapassados e vencidos uma realidade que vem mudando com o advento da evolução tecnológica e jurídica.

Não se pode desvincular a análise do tema das razões históricas que sofreu a aviação civil no país e no mundo.

O Direito Aeronáutico passou por diversas atualizações, sendo que sua última codificação específica do tema tem sua vigência a partir de meados da década de 80, tempo em que se temia o chamado "risco do ar", que diante do fator imprevisibilidade, regia o direito obrigacional das empresas de aviação.

Demonstramos neste trabalho que de acordo com a legislação atualmente vigente no país, três são as codificações que versam sobre Direito Aeronáutico, e mais precisamente sobre o atraso aéreo, sendo o CBA permissivo até o limite de 4 horas, enquanto que o CDC e o CC atribuem a noção de obrigatoriedade aos termos contratados.

A elaboração do Código Brasileiro de Aeronáutica se deu, assim, em uma época em que se exigia um tratamento diferenciado em manifesta proteção ao fornecedor de serviços, que passava por uma séria instabilidade diante

da ainda precária infraestrutura do setor aéreo no país.

Mas tal como tudo em Direito, o dinamismo é situação inerente ao caso, tendo de fato as relações de direito aeronáutico evoluído intensamente na história moderna. O grau de tecnologia e segurança alcançados, não obstante a recente questão dos desastres aéreos, não mais se coaduna com um limite permissivo que em muito destoa das exigências da população brasileira.

A princípio, o estudo do tema levaria a crer que o CBA, por se tratar de uma codificação supostamente mais específica, deveria prevalecer sobre as demais, fazendo com que ao transportador, fosse permitido incondicionalmente o atraso injustificável até o limite de 4 horas.

Por sua vez, o CC e o CDC, modernos e atuais, atuam de forma a compelir o abuso perante o passageiro/consumidor. O CC, com base nos novos ditames do direito obrigacional, impõe que o transportador deve estar adstrito aos termos do bilhete contratado, sob pena de responsabilização pelas respectivas perdas e danos; Já o CDC, dispõe sobre a eficiência e segurança dos serviços públicos.

Verificada a existência de normas contraditórias versando sobre o mesmo tema e com mesmo âmbito de validade, nasce o fenômeno da Antinomia de Normas, devendo o aplicador do direito atuar positivamente na sua resolução em busca da unidade e coesão do sistema jurídico.

Assim, a nosso ver, com base na mais conceituada teoria de Norberto Bobbio, seguida por Tércio Sampaio Ferraz, Maria Helena Diniz, dentre outros, a aplicação das regras de solução de controvérsias geradas por antinomias leva a crer que a disposição relativa ao atraso aéreo inserida no CBA deve deixar de ser aplicada quando referente ao atraso aéreo em voos domésticos de passageiros na legislação brasileira.

E tal conclusão somente se faz possível quando realizada uma análise histórico-sistemática da legislação vigente, onde se percebe que o espírito do legislador de 86 não mais é aceito pelos padrões atuais.

O CBA, frise-se, no que se refere ao atraso aéreo, é uma norma antiga, ultrapassada e, sobretudo, retrógrada. Não pode o Direito permitir a sua aplicação com base em valores ultrapassados e já vencidos.

Como dito, permitir a aplicação do art. 230, CBA é engessar o ordenamento jurídico, agindo em completo disparate a princípios já consagrados.

A sociedade brasileira não mais pode suportar a permanência de tal situação. Os abusos cometidos e os atrasos injustificados são manchete todos

os dias perante os noticiários brasileiros, sem que, contudo sejam tomadas medidas efetivas para sua solução.

O dispositivo debatido do CBA é, assim, injusto, e como tal, não pode perdurar surtindo seus efeitos negativos para quem tem a legítima expectativa de um serviço de qualidade.

Alie-se ao fato de que o serviço de transporte aéreo é caro e de resultado, não podendo, pois, ser mantido da forma em que se encontra.

O objetivo deste trabalho é, portanto, fornecer subsídios fundamentais para que o aplicador do direito possa desempenhar seu papel em prol da sociedade, interferindo diretamente na realidade para promoção de uma maior qualidade do serviço prestado.

Contudo, não se está aqui a tentar estabelecer a intolerância ao atraso aéreo, ou muito menos incentivar a punição às empresas aéreas através de multas ou processos judiciais para cada atraso. O que se objetiva é trazer à realidade o fato de que uma lei erigida à luz de princípios que hoje se revelam injustos e ilegais, não deve prevalecer no âmbito da sociedade brasileira.

Desta forma, temos como imperiosa a reformulação do entendimento acerca do atraso aéreo em prol da prevalência das normas insculpidas no CC e CDC em face da regra permissiva do CBA, como único meio de promover o bem da sociedade em geral.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. Contrato de Transporte Aéreo no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista brasileira de direito aeroespacial*. 2004, n. 87. Disponível em: <http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1761.htm>. Acesso em: 31 ago. 2008

BOAVENTURA, Bruno José Ricci. O fenômeno da antinomia jurídica . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 678, 14 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6707>. Acesso em: 05 nov. 2008.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei n. 4.657. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília,DF. 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Código Brasileiro

de Aeronáutica. (Substitui o Código Brasileiro do Ar). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 20 dez. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>. Acesso em: 10 mar. 2008.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 mar. 2008.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras provid6encias. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça - REsp 612.817/MA, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 08/10/2007 p. 287. Disponível em:<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3400557&sReg=200302103802&sData=20071008&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 538685/RO (2003/0036274-6), 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Barros Monteiro. j. 25.11.2003, unânime, DJ 16.02.2004. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1031752&sReg=200300362746&sData=20040216&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça - REsp 169.000/RJ, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, Terceira Turma, julgado em 04/04/2000, DJ 14/08/2000 p. 164. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199800221786&data=14/08/2000>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Apelação Cível nº 20030110200676 (Ac. 214573), 6ª Turma Cível do TJDFT, Rel. Otávio Augusto. j. 02.05.2005, DJU 09.06.2005. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=jrhtm03&ORIGEM=INTER&PGATU=219953&l=&ID=708461328&OPT=&DOCNUM=1>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul - Apelação Cível nº 2001.004023-1, 3ª Turma Cível do TJMS, Campo Grande, Rel. Des.

Oswaldo Rodrigues de Melo. j. 26.04.2004, unânime. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=010001SYP0000&nuSeqProcessoMv=17&tipoDocumento=ACO&cdAcordaoDoc=30973&pdf=false>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - Apelação Cível nº 200500114145, 12ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Gamaliel Q. de Souza. j. 06.09.2005. Disponível em: <http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00037F1FD85E6EAD51090CD295107FEDAC252893C324272B>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Apelação Cível nº 2004.001.23501, 7ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos. j. 08.03.2005. Disponível em: <http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000368BF23F58631F600C2BA69786D63FBFF0680C31E5A3A>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - Apelação Cível nº 2004.030123-4, 3ª Câmara de Direito Civil do TJSC, Barra Velha, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil. unânime, DJ 31.03.2005. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe - Apelação Cível nº 2003202029 (4547/2004), I Grupo da 2ª Câmara Cível do TJSE, Rel. Des. José Artêmio Barreto. j. 16.11.2004, unânime. Disponível em: <http://www.tj.se.gov.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp.numprocesso=2003202029&tmp.numacordao=20044547>. Acesso em: 10 out.2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 7ª ed., rev., ampl. Salvador: Edições Juspodivim, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

GREVETTI, Rodrigo Binotto. Contrato de transporte e responsabilidade civil à luz do novo Código Civil . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 596, 24 fev. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6297>. Acesso em: 21 set. 2008.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008.
MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor – Antinomia entre Norma do CDC e de Leis Especiais, *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, RT, v.1, nº 3, p. 155-197, set., 1992.
MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações : dos contratos em geral : das várias espécies de contrato. Dos atos unilaterais. Da responsabilidade civil.* 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e controle de constitucionalidade*. Salvador: Edições Juspodivm, 2008.
PACHECO, José da Silva. *Comentários ao código brasileiro de aeronáutica: (lei n. 7565, de 19.12.1986)*. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.