

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa – Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa – Portugal)

**CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERPRETADO A LUZ DO
SISTEMA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR**

***AIR TRANSPORT AGREEMENT INTERPRETED THE LIGHT OF THE
CONSUMER PROTECTION AND DEFENSE SYSTEM***

DEMETRIUS NICHELE MACEI

Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da matéria de Fundamentos Econômicos do Direito Empresarial do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

ANDRÉ LIPP PINTO BASTO LUPI

Doutor em Direito. Professor no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

PIERRE LOURENÇO DA SILVA

Advogado. Doutorando pelo programa de doutorado em direito civil pela Universidade de Buenos Aires – UBA. Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Graduado pela Universidade da Cidade (Rio de Janeiro). Foi juiz leigo pelo TJRJ.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo abordar algumas situações jurídicas decorrentes do contrato de transporte aéreo em harmonia com as normas vigentes do sistema de proteção e defesa do consumidor.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa – Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa – Portugal)

PALAVRAS CHAVES: Direito Constitucional e do Consumidor; Convenção de Varsóvia; Resolução da ANAC.

ABSTRACT

The objective of this article is to address some legal situations arising from the air transport contract in harmony with the current standards of the consumer protection and defence system.

KEYWORDS: Constitutional and Consumer law; Warsaw Convention; Resolution of the ANAC.

INTRODUÇÃO

Atualmente o contrato de transporte aéreo não é mais um negócio jurídico formalizado exclusivamente por pessoas de alto poder aquisitivo, mas sim está inserido em todas as classes sociais em decorrência do barateamento do preço da passagem aérea, das facilidades na forma de pagamento e do aumento de custo do transporte rodoviário.

Isso representou nos últimos anos um aumento significativo do consumo do serviço de transporte aéreo, seja o transporte de passageiro ou de cargas, no entanto, infelizmente, as companhias aéreas não estavam preparadas para atender adequadamente toda esta nova demanda, acarretando, por consequência, a violação de diversos direitos dos consumidores.

Todos esses problemas decorrentes da falha na prestação de serviço desaguaram no Poder Judiciário que se viu diante de uma demanda gigantesca de ações movidas contra as companhias aéreas, chegando a tal ponto de serem obrigados a instalar Juizados Especiais Cíveis dentro dos aeroportos para atenderem exclusivamente esta demanda.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

Nesse contexto, traremos aqui considerações a respeito dessa relação de consumo e principais problemas decorrentes da mesma, de forma que se permita a análise dos principais temas desse negócio jurídico a luz de todo o sistema de proteção e defesa do consumidor, compreendendo-se não somente o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), como também a Constituição Federal, os Tratados Internacionais, as Leis e Resoluções da ANAC.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) incorporou os direitos dos consumidores como cláusula pétrea, ou seja, irrevogável, a partir do momento que inseriu no artigo 5º, XXXII, da CRFB, o mandamento da “defesa do consumidor”, classificando-o ainda como princípio da ordem econômica, conforme exposto no artigo 170, V, da CRFB¹, possibilitando isto a intervenção do Estado nas relações privadas de modo a garantir a efetivação do direito fundamental da defesa do consumidor.

Os dois dispositivos acima elencados nos permitem dizer que a intervenção do Estado na atividade econômica encontra autorização constitucional quando tem por finalidade a proteção do consumidor. Por esta razão, as normas do Código do Consumidor são de ordem pública e interesse social, sendo, portanto, imperativa e irrenunciável pela vontade das partes.

¹ 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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor;

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

De acordo com Nelson Nery Junior a expressão ordem pública contida no artigo 1º do CDC² autoriza o juiz apreciar qualquer matéria de ofício e em qualquer grau de jurisdição, já que não se operaria a preclusão contra o consumidor³.

Como o principio fundamental que passou a ser, a garantia constitucional de proteção e defesa do consumidor é considerada cláusula pétrea, impossível de ser suprimida ou restringida pelo legislador.

Vale a pena trazer aqui as lições da professora Cláudia Lima Marques que defende a aplicação da norma mais benéfica ao consumidor, mesmo que esta norma não esteja prevista na legislação consumeirista, haja vista a teoria do diálogo das fontes que sugere a ideia de que as normas devem interagir entre si⁴.

Em razão desse respaldo constitucional, as normas que tratam dos direitos do consumidor se sobrepõem as demais normas, mesmo que estejam inseridas em leis extravagantes, isto é, fora do Código do Consumidor.

3 INCORPORAÇÃO DE TRATADOS NO BRASIL E A CONVENÇÃO DE VARSÓVIA

Atualmente, a regra geral adotada é de que um Tratado Internacional para ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro e, em consequência, ter força

² Art. 1º da Lei 8.078/90 - O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

³ Sendo matéria de ordem pública (art. 1.º, CDC), a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas nos contratos de consumo não é atingida pela preclusão, de modo que pode ser alegada no processo a qualquer tempo e grau de jurisdição, impondo-se ao juiz o dever de pronunciá-la de ofício (JÚNIOR, Nelson Nery. Código Brasileiro de defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 7ª Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2001. Pág. 504).

⁴ 'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (MARQUES, Cláudia Lima. Manual de direito do consumidor. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009. Pág. 89-90).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

obrigatória gerando direitos e obrigações, deverá necessariamente haver o cumprimento de três fases distintas.

A primeira fase consiste na celebração do tratado pelo Presidente da República em nome da República Federativa do Brasil (art. 84, VIII, CRFB). Em seguida, deve ser realizada a aprovação definitiva pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo (art. 49, I, CRFB). A terceira e última fase consiste na promulgação do ato pelo Presidente da República por meio de decreto (art. 84, IV, CRFB).

É neste último momento, promulgação pelo Presidente da República, que o Tratado Internacional adquire executoriedade e, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade - ADI.

Antes da emenda constitucional 45 de 2004 o Supremo Tribunal Federal entendia que os Tratados Internacionais, mesmo aqueles que abordassem matéria relativa a direitos humanos, seriam incorporados ao direito brasileiro como lei ordinária.

Neste sentido, decidiu a Suprema Corte no julgamento do RHC 79.785, de relatoria do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, publicado no DJ 22/11/02, que afirmou prevalecer a Constituição Federal no Direito brasileiro sobre quaisquer outras convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, impedindo a aplicação do Pacto de São José.

Contudo, com a edição da emenda constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, estabeleceu-se a possibilidade de os Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos que, se forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, por votação em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros das Casas do Congresso, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, CRFB).

Não obstante a isso, para o Ministro Gilmar Mendes os tratados que versem sobre direitos humanos que não passaram pelo trâmite de incorporação na legislação nacional previsto no art. 5º, § 3º, da CRFB, que daria *status* de norma constitucional,

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

estes ingressam no ordenamento pátrio com categoria de norma supra legal, isto é, acima das leis e abaixo da Constituição.

Pois bem, vigora em nosso sistema jurídico a Convenção de Varsóvia⁵ que regula o transporte aéreo internacional, prevendo, inclusive, tarifamento de indenizações, sendo este um tratado anterior a Constituição de 1988 e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), tendo, portanto, ingressado no ordenamento jurídico brasileiro com o status de lei ordinária por meio do decreto 20.704/31, o que nos permitiria concluir a prevalência do Código do Consumidor sobre este tratado.

Todavia, o STF decidiu que deve prevalecer os tratados internacionais ratificados pelo Brasil nos conflitos decorrentes de perda de bagagens e prazos prescricionais de demandas que tratem sobre o transporte aéreo internacional (RE

⁵ Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

636.331⁶ e ARE 766.618⁷), pois, de acordo com o STF, o artigo 178 da CRFB⁸ determina que os tratados internacionais, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código do Consumidor.

Divergindo deste entendimento, temos a posição do jurista Pablo Stolze que defende prevalecer o Código do Consumidor sobre os tratados internacionais:

Em nossa modesta opinião, na medida em que a Constituição Federal e o Código do Consumidor (este último, lei muito posterior à Convenção de Varsóvia) não estabeleceram nenhum tipo de tarifamento indenizatório, tanto para o dano moral quanto para o material, concluímos que qualquer limitação nesse sentido, prevista em norma anterior à Carta política e ao próprio CDC, haveria de ser rechaçada por falta de lastro normativo.⁹

⁶ Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. **É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais.** 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor". 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento (Recurso Extraordinário 636.331 - Rio de Janeiro - Tribunal Pleno - Relator: Min. Gilmar Mendes).

⁷ DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CONFLITO ENTRE LEI E TRATADO. INDENIZAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO EM CONVENÇÃO INTERNACIONAL. 1. Salvo quando versem sobre direitos humanos, os tratados e convenções internacionais ingressam no direito brasileiro com status equivalente ao de lei ordinária. Em princípio, portanto, as antinomias entre normas domésticas e convencionais resolvem-se pelos tradicionais critérios da cronologia e da especialidade. 2. **Nada obstante, quanto à ordenação do transporte internacional, o art. 178 da Constituição estabelece regra especial de solução de antinomias, no sentido da prevalência dos tratados sobre a legislação doméstica, seja ela anterior ou posterior àqueles. Essa conclusão também se aplica quando o conflito envolve o Código de Defesa do Consumidor.** 3. Tese afirmada em sede de repercussão geral: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor". 4. Recurso extraordinário provido (Recurso Extraordinário com Agravo 766.618 - São Paulo - Tribunal Pleno - Relator: Min. Roberto Barroso).

⁸ Art. 178, CRFB. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995).

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil. 14ª edição. Saraiva. São Paulo, 2016. Pág. 376.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

De fato, o entendimento firmado pelo STF se mostra um retrocesso, uma vez que essa aplicação cega da Convenção de Varsóvia só era aplicada nos primórdios de sua existência, quando ainda nem se falava a respeito do direito do consumidor, ou muito menos existia a atual Constituição Federal e o Código do Consumidor¹⁰.

Ademais, até na jurisprudência do TJSP de 1975 ressaltava a possibilidade de mitigação da indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia na hipótese de dolo ou culpa da transportadora aérea.

Tem-se, destarte, que a Convenção de Varsóvia e o Protocolo de Haia, a que o Brasil aderiu, prevalecem em nosso país, estabelecendo um sistema de indenização tarifada, apenas como exceção cabendo a indenização ilimitada na hipótese de dolo ou culpa a ele equivalente¹¹.

De tal modo, nos parece completamente equivocado o entendimento do STF que fixou como norma prevalecente a Convenção de Varsóvia sobre o Código do Consumidor quando estivermos diante de contrato de transporte aéreo internacional.

4 DO CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

De acordo com as lições de Pablo Stolze o contrato de transporte é regulamentado expressamente pelo Código Civil, tendo por principal característica a bilateralidade, uma vez que delimita uma série de direitos e deveres específicos tanto para o contratante como para o contratado.

¹⁰ Transporte aéreo. Responsabilidade da transportadora. Indenização tarifada no artigo 22, n. II, da Convenção para a Unificação das Regras relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Varsóvia). Mercadoria que, embora ainda não transportada, já se encontrava no depósito da transportadora. Responsabilidade desta pela perda (artigo 99 do Código Brasileiro do Ar). Irrelevância da transferência da carga para outra empresa, porque operada sem qualquer ciência ou concordância da proprietária (Apelação Cível n. 237.861 – São Paulo. Relator: desembargador Dantas de Freitas. 27.12.1974 – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Volume 33. Lex Editora. São Paulo, 1975. Pág. 89-92).

¹¹ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Volume 33. Lex Editora. São Paulo, 1975. Pág. 92.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

O contrato de transporte, cuja disciplina é feita a partir do art. 730 do Código de 2002, pode ser definido como negócio jurídico bilateral, consensual e oneroso, pelo qual uma das partes (transportador ou condutor) se obriga a, mediante remuneração, transportar pessoa ou coisa a um destino previamente convencionado.¹²

Embora a grande maioria dos contratos deste seguimento corresponda a uma relação de consumo, nem sempre o contrato de transporte aéreo permitirá a utilização do Código do Consumidor, caso em que serão empregadas as normas gerais estabelecidas no Código Civil (art. 730 e seguintes), como no caso de negócio jurídico realizado entre empresas¹³ (pessoa jurídica e companhia aérea).

O Código do Consumidor (CDC) será aplicado apenas na hipótese de negócio jurídico firmado entre pessoa física ou jurídica com a companhia aérea, distinguindo-se o caso do parágrafo anterior (relação mercantil) com o deste parágrafo (relação consumeirista) a questão da utilização do serviço como destinatário final, conforme preceitua o artigo 2º do CDC.

Se o contratante do transporte aéreo firmar o contrato como destinatário final do serviço, este poderá invocar a utilização do sistema de proteção e defesa do consumidor, mesmo sendo pessoa jurídica¹⁴. Assim, consumidor seria o não

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 4: tomo II: contratos em espécie. 9ª edição. Saraiva. São Paulo, 2016. Pág. 457.

¹³ AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURADORA CONTRA O CAUSADOR DO DANO. PRESCRIÇÃO. CDC. NÃO APLICAÇÃO. CONVENÇÃO DE MONTREAL. INCIDÊNCIA. TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL. INOVAÇÃO RECURSAL. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. **A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável ao contrato de transporte de cargas realizado entre a seguradora e a companhia aérea, visto se tratar de relação mercantil.** Precedentes. 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ, sob o regime da repercussão geral, consolidou o entendimento de que as normas e os tratados internacionais devem ser aplicados às questões envolvendo transporte internacional, seja este de pessoas ou coisas, especialmente as Convenções de Varsóvia e de Montreal. 4. Não é possível a análise da tese alegada apenas nas razões do agravo interno por se tratar de evidente inovação recursal. 5. Agravo interno não provido (**AgInt no REsp 1711866/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 27/03/2018**).

¹⁴ Em alguns casos o STJ superou essa discussão acerca do alcance da expressão destinatário final constante no artigo 2º do CDC, consolidando a teoria finalista mitigada como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor, entendendo que em algumas hipóteses pode-

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

profissional (aquele que utiliza ou adquire um produto para uso próprio, ou de sua família, ou até mesmo empresa).

Constatado então que contraiu o serviço como destinatário final, estaremos diante de uma relação de consumo que permite a aplicação do CDC. Neste caso, o contrato firmado entre o consumidor e a companhia aérea deverá observar todas as diretrizes estabelecidas na Lei 8.078/90, em especial, o prazo prescricional¹⁵ que é mais alongado comparado a Convenção de Varsóvia e a inexistência de limite para a fixação de indenização pelo fato do serviço¹⁶.

Temos ainda a proibição de uma série de práticas de atos abusivos pelo fornecedor do serviço (art. 39 e 51, CDC); a determinação de que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC); o direito de complementação da garantia legal com a contratual (art. 50, CDC), dentre outros direitos de ordem material e processual.

5 RESOLUÇÃO DA ANAC E O TRANSPORTE DE BAGAGENS

Muito se tem falado a respeito da nova resolução da ANAC, que entrou em vigor no dia 15 de março de 2017, que trata das novas regras sobre o transporte aéreo, especialmente no que tange a possibilidade de cobrança do transporte de bagagens, o que, a nosso sentir configura uma afronta a todo sistema de Proteção e Defesa do Consumidor.

se superar a questão da utilização final do produto ou serviço quando evidenciada a vulnerabilidade do consumidor (vulnerabilidade técnica, jurídica e fática).

¹⁵ Art. 27, CDC. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

¹⁶ Art. 14, CDC. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

Segundo as novas regras estipuladas pela ANAC, através dos artigos 13 a 15 da Resolução de nº 400, a empresa transportadora terá a obrigação apenas de transportar gratuitamente a bagagem de mão do passageiro que não superar o peso de 10 kg, podendo as demais bagagens ser taxadas¹⁷.

Primeiramente, deve-se esclarecer que em razão da regra de hermenêutica jurídica denominada pela doutrina de diálogo das fontes, prevista no artigo 7º do CDC (Lei 8.078/90), quando há confronto entre normas, devem ser aplicadas as regras mais benéficas ao consumidor.

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

O sistema de proteção e defesa do consumidor representado através da Lei 8.078/90 garantiu um avanço social cujo objetivo seria atender uma série de demandas que ocorrem diariamente contra o consumidor, pelo que eventual norma que venha contrariar os interesses do consumidor jamais deveriam ter validade, ante o princípio da vedação ao retrocesso que significa que uma norma de hierarquia igual ou inferior aquela que concede o direito não teria eficácia sobre a norma anterior que é mais benéfica.

Outro ponto que devemos observar se refere ao disposto no artigo 6º, X do CDC: “São direitos básicos do consumidor: a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”. Quando o artigo 6º do CDC afirma ser direito do consumidor a adequada e eficaz prestação do serviço, no caso do transporte aéreo não se refere apenas no encaminhamento seguro da pessoa ao seu destino, estando

¹⁷ Art. 14 da resolução 400 da ANAC. O transportador deverá permitir uma franquia mínima de 10 (dez) quilos de bagagem de mão por passageiro de acordo com as dimensões e a quantidade de peças definidas no contrato de transporte. § 1º Considera-se bagagem de mão aquela transportada na cabine, sob a responsabilidade do passageiro. § 2º O transportador poderá restringir o peso e o conteúdo da bagagem de mão por motivo de segurança ou de capacidade da aeronave.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

neste caso implícito no contrato de transporte aéreo o transporte também de suas bagagens, ao passo que, se uma pessoa vai viajar de férias logicamente ela não irá sem os seus pertences pessoais.

O mesmo raciocínio nossos Tribunais aplicaram a respeito dos planos de saúde que vendiam o plano cobrindo um determinado tratamento, no entanto, quando o consumidor iria se valer do seguro simplesmente cobrava-se pelo uso de equipamentos cirúrgicos e próteses. Neste caso, consolidou-se o entendimento de que a cobertura de um determinado tratamento engloba todos os equipamentos cirúrgicos e próteses mesmo que não previstos expressamente no contrato de seguro saúde.

Desta feita, entendemos ser ilegal a cobrança da taxa adicional pelo transporte de bagagem, por ser o transporte de bagagens direito do consumidor implícito no contrato de transporte aéreo¹⁸.

Independente desta questão tormentosa a respeito da tarifação de bagagens que excederem o limite estabelecido pela ANAC, para os casos de extravio ou atraso de entrega de bagagens, estes continuam sendo tratados como causas que geram direito a reparação por danos materiais quando devidamente comprovados pelo consumidor o conteúdo perdido ou danificado que constava na bagagem, bem como grande parte da jurisprudência concede também indenização a título de compensação por danos morais, por entenderem que neste caso o dano moral decorre do próprio fato, isto é, não necessita de provas do abalo psíquico ou moral.

Contudo, em se tratando de transporte aéreo internacional o STF firmou o entendimento de que deve ser aplicado a Convenção de Varsóvia que prevê a tarifação/limitação do valor da indenização, bem como prevê um prazo prescricional reduzido.

¹⁸ O Ministério Público Federal (MPF) ingressou com uma Ação Civil Pública (ACP) no TJESP requerendo a suspensão do artigo 13º, da Resolução 400, de 13 de dezembro de 2016, da ANAC, alegando que tal cobrança significaria a prática de venda casada, ao passo que estaria obrigando o consumidor a fazer uma segunda compra para poder viajar que seria a compra do bilhete para o transporte de sua bagagem, sendo este um comportamento vedado pelo artigo 39, I, do CDC. No entanto, o referido este processo ainda não foi finalizado.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

6 JURISPRUDÊNCIA NOS CASOS DE ATRASO E CANCELAMENTO DO VOO

O cancelamento ou atraso de voo é um dos temas mais corriqueiros nesta relação contratual culminando, em regra, na responsabilização da companhia aérea pelo fato do serviço, tendo nosso sistema jurídico adotado a teoria da responsabilidade objetiva, isto é, que dispensa a existência de prova de culpa.

Não temos dúvida de que, não só por se tratar de uma atividade de risco, mas, sobretudo, por consistir em um serviço de consumo, a responsabilidade civil do transportador é de natureza contratual, porém, objetiva.¹⁹

Contudo, tal responsabilidade poderá ser excluída ou mitigada na hipótese de ficar evidenciada alguma excludente de responsabilidade (fato exclusivo de terceiro, caso fortuito e força maior), mas caberá a companhia aérea fazer prova da ocorrência dessa excludente de responsabilidade.

O direito de indenização nestes casos de atraso ou cancelamento de voo é tão evidente que a própria Resolução 400 da ANAC, que é uma norma pró-companhias aéreas, prevê regras de concessão de alimentação e hospedagem para os passageiros quando passado determinado tempo estipulado na resolução (art. 26 e 27)²⁰.

É importante observar que a concessão desses direitos previstos na resolução não impede que o consumidor acione o judiciário e consiga uma indenização em decorrência do atraso ou cancelamento do voo, no entanto, caso a companhia aérea

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil. 14ª edição. Saraiva. São Paulo, 2016. Pág. 374.

²⁰ Art. 26. A assistência material ao passageiro deve ser oferecida nos seguintes casos: I - atraso do voo; II - cancelamento do voo; III - interrupção de serviço; ou IV - preterição de passageiro. **Art. 27.** A assistência material consiste em satisfazer as necessidades do passageiro e deverá ser oferecida gratuitamente pelo transportador, conforme o tempo de espera, ainda que os passageiros estejam a bordo da aeronave com portas abertas, nos seguintes termos: I - superior a 1 (uma) hora: facilidades de comunicação; II - superior a 2 (duas) horas: alimentação, de acordo com o horário, por meio do fornecimento de refeição ou de voucher individual; e III - superior a 4 (quatro) horas: serviço de hospedagem, em caso de pernoite, e traslado de ida e volta.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

não atenda aquelas regras mínimas previstas na resolução (concessão de vale refeição ou hospedagem, por exemplo), isso geralmente é utilizado como motivo suficiente para que o juiz condene a companhia aérea por danos morais, já que se entende que isso é o mínimo que a companhia aérea deveria oferecer em razão do transtorno ocasionado.

Há uma hipótese, todavia, que a jurisprudência oscila bastante que é a respeito da necessidade de cancelamento ou adiamento do voo em razão da má condição meteorológica, existindo alguns julgados que se posicionam no sentido de excluir a responsabilidade da companhia aérea por entenderem se tratar de um caso fortuito que foge da esfera de domínio da empresa²¹.

Por outro lado, existe também posicionamento jurisprudencial que atribui a responsabilidade da companhia aérea no caso de cancelamento de voo em decorrência do mau tempo, haja vista entenderem se tratar de um fortuito interno, ou seja, estaria inserido dentro do risco da atividade comercial, razão pela qual eventual dano deveria ser suportado pela empresa²².

Com relação a questão de atraso ou cancelamento de voo em decorrência do fato de a aeronave ter apresentado algum defeito, ou por estar em manutenção ou qualquer outro fato subordinado a administração da empresa, a jurisprudência majoritária é no sentido de afirmar se tratar de um fortuito interno, mantendo a responsabilidade da empresa pelo fato do serviço, já que estas questões estariam inseridas dentro do risco da atividade comercial.

Outro ponto bastante interessante a respeito do atraso ou cancelamento de voo é sobre a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance que se

²¹ Juizados Especiais. Consumidor. Cancelamento de voo. Alteração de malha aérea em razão de mau tempo. Furacão Irma. Fortuito externo comprovado. Excludente de responsabilidade. Danos morais não configurados. Recurso conhecido e provido (2ª Turma Recursal do TJDF. Recurso Inominado 0710179-27.2017.8.07.0020. Relator: Almir Andrade de Freitas).

²² Consumidor. Transporte aéreo. Cancelamento do voo. Mau tempo. Fortuito interno. Possibilidade de rompimento do nexo de causalidade desde que devidamente comprovado. Ausência de provas no caso concreto. Risco da atividade. Dano material. Dano moral. Comprovados. Recurso conhecido e parcialmente provido (3ª Turma Recursal do TJDF. Recurso inominado 0726156-08.2016.8.07.0016. Relator: Eduardo Henrique Rosas).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa – Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa – Portugal)

refere ao direito de indenização decorrente da perda de um compromisso único na vida do consumidor (festa de casamento, show e concurso público²³, por exemplo) que acarreta um inquestionável abalo de ordem moral. Nesta situação, mesmo que o atraso do voo fosse diminuto que, a princípio, não seria objeto de fixação de indenização por danos morais, existe jurisprudência que aplicou a teoria da perda de uma chance para justificar a condenação da companhia aérea por ter ocasionado a perda do compromisso do consumidor.

A jurisprudência evoluiu ainda no sentido de entender ser cabível a fixação de indenização por danos morais no caso de embarços por parte do prestador de serviço em resolver o problema, aplicando a jurisprudência a teoria da perda do tempo útil que se refere ao desgaste provocado pela empresa contra o consumidor por não ter solucionado rapidamente o problema. Com base nesta teoria da perda do tempo útil a 23ª Câmara Cível do TJSP condenou a companhia aérea a pagar indenização em favor do consumidor²⁴.

Não menos importante, mas mais conhecido é o caso do overbooking que se refere a revenda da mesma poltrona do avião, culminando por vezes no desembarque

²³ RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. INDENIZATÓRIA. ATRASO DE VÔO. PERDA DE CONCURSO PÚBLICO. TRATAMENTO INADEQUADO. DANO MORAL CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DO QUANTUM. 1. Hipótese em que a viagem (Porto Alegre/São Paulo/Cuiabá) teve cancelamento do voo de São Paulo para Cuiabá. Aguardo no aeroporto por horas, sem qualquer assistência, resultando na perda do concurso em Cuiabá. Deslocamento do autor para POA. 2. **Dano moral configurado, seja pela perda de uma chance - concurso público para o cargo de professor da Universidade Federal de Mato Grosso, seja pelo abalo psíquico que claramente resultou do descumprimento contratual.** Valor da indenização (R\$ 4.000,00) bem dimensionado. 3. Conduta abusiva da ré, em total descaso e desrespeito ao consumidor. Dever de indenizar. Quantum indenizatório fixado de acordo com os parâmetros adotados pelas Turmas Recursais em hipóteses análogas. RECURSOS IMPROVIDOS (Recurso Cível 71004860680. 3ª Turma Recursal Cível TJRS. Relator: Roberto Arriada Lorea, Julgado em 06.11.2014).

²⁴ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - TRANSPORTE AÉREO CANCELAMENTO DE VOO CANCELAMENTO DE VIAGEM E REEMBOLSO DE APENAS UMAS DAS PASSAGENS - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor Falha na prestação de serviços de transporte aéreo - Responsabilidade objetiva da ré apelante - Risco da atividade - Dano moral caracterizado. **Além do cancelamento da viagem, o desgaste dos autores em tentar resolver o problema acarreta indubitavelmente a perda de seu tempo útil, situação que gera dano moral, passível de indenização** - Valor arbitrado em R\$ 10.000,00 (R\$ 5.000,00 para cada autor) - Indenização que foi fixada dentro de um critério de prudência e razoabilidade. Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO (Apelação 1022120-55.2016.8.26.0100 - 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP – Relator Sérgio Shimura – 01.08.2017).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

do consumidor por ter sido vendido em duplicidade a passagem. Esse caso fere nitidamente todos os preceitos estabelecidos na Lei 8.078/90, tais como o princípio da boa-fé, lealdade contratual, dever de prestação de serviço adequado e eficiente, dentre outros.

De todos os casos de falhas na prestação do serviço praticados pelas companhias aéreas, esse é o que nos parece ser mais grave e que deveria ter uma maior reprimenda por meio de aplicação de indenização por dano moral altíssima, pois este é o único caso que está evidenciada a má-fé da empresa que, propositalmente, vende várias vezes os mesmos bilhetes, ou melhor, vende passagens em um número superior a capacidade da aeronave²⁵.

Como podemos observar, mesmo que ocorram atrasos diminutos no voo ou ocorram eventos externos que justifiquem o não cumprimento do horário programado para a viagem, a jurisprudência não é fechada num determinado sentido, admitindo situações excepcionais que privilegiam o consumidor lesado em decorrência desse fato do serviço.

CONCLUSÃO

Embora a jurisprudência esteja declinando no sentido de desprestigiar o Código do Consumidor, este é um ramo do direito que não poderá ser aniquilado, haja vista que possui respaldo constitucional.

²⁵ RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO. RÉ QUE REALIZOU A VENDA DE PASSAGEM COM DATA E HORA CERTA SEM OBSERVAR A CAPACIDADE MÁXIMA DE LUGARES NO VOO. OVERBOOKING. AUTOR REALOCADO UNILATERALMENTE PELA RÉ PARA VOO EM HORÁRIO DIVERSO DO CONTRATADO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DESCASO E DESRESPEITO COM O CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$5.000,00. VALOR QUE NÃO SE MOSTRA IRRISÓRIO, NEM EXORBITANTE, NÃO COMPORTANDO, PORTANTO, MINORAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS (ART. 46 LJE). RECURSO DESPROVIDO (TJPR - 0018825-41.2015.8.16.0035 - São José dos Pinhais - Rel.: Daniel Tempiski Ferreira da Costa - J. 22.07.2016).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

Então, mesmo que os Tribunais possuam atualmente um entendimento que desfavorece o consumidor em determinados casos, isso não deve desestimular a propositura de demandas consumeiristas quando verificada a ocorrência de falha na prestação do serviço, uma vez que toda a legislação favorece o consumidor, sendo certo que a jurisprudência sempre poderá ser modificada.

Desta forma, espera-se que com este breve apanhado consiga-se instigar o leitor a prosseguir na luta pela defesa dos interesses dos consumidores e fazer valer os princípios do Código do Consumidor.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**. 1º ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 14ª edição. Saraiva. São Paulo, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 4: tomo II: contratos em espécie**. 9ª edição. Saraiva. São Paulo, 2016.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Código Brasileiro de defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, 7ª Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009.