

## A REGULAMENTAÇÃO DOS DANOS CIVIS AOS PASSAGEIROS DE TRANSPORTE AÉREO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA RESOLUÇÃO 400/2016 DA ANAC E DAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTRÉAL

The regulation of civil damages to air transport passengers: a critical analysis of ANAC Resolution 400/2016 and the Warsaw and Montréal conventions

Revista de Direito do Consumidor | vol. 129/2020 | p. 247 - 270 | Maio - Jun / 2020  
DTR\2020\7469

### Eduardo Altomare Ariento

Doutor e Mestre em Direito (USP). Professor de Direito do Consumidor, Direito Constitucional e Direito da Inovação na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenador do Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT) da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador do Núcleo Jurídico do Observatório da Inovação e Competitividade (NJ-OIC), do IEA-USP. Integrante do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). eduariente@gmail.com

### Flávia Ferreira Padovese

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Ibero-Americano. Advogada. fl.fp@hotmail.com

### Área do Direito: Consumidor

**Resumo:** O presente artigo tem por finalidade realizar um balanço dos direitos dos passageiros de transporte aéreo no Brasil em decorrência da Resolução 400/2016 da ANAC e do RE 636.331/RJ e do ARE 766.618/SP, sobre a constitucionalidade das Convenções de Varsóvia e de Montréal. Pretende-se, a partir dos métodos dedutivo e exploratório, material bibliográfico e estudo de caso, analisar de que forma os direitos dos passageiros foram afetados pelos novos regramentos jurídicos associados à remarcação e cancelamento de passagens, direito de desistência, preterição de passageiros, cobrança por despacho de bagagem, franquia gratuita para bagagem não despachada, atrasos nos voos, indenização em caso de danos pessoais, indenização por extravios de bagagens, prazos prescricionais para ação civil e cobrança por marcação antecipada de assentos na aeronave. Por fim, objetiva-se comprovar que, na grande maioria dos casos apontados, houve flagrantes retrocessos infligidos tanto pela norma regulamentar quanto pela adoção das Convenções em primazia ao Código de Defesa do Consumidor.

**Palavras-chave:** Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade civil – Transporte aéreo de pessoas – Contratos de transporte – Direitos dos passageiros – Convenção de Varsóvia – Convenção de Montréal

**Abstract:** The purpose of this paper is to evaluate the rights of air passengers in Brazil as a result of Resolution 400/2016 of ANAC and RE 636.331/RJ and ARE 766.618/SP, on the constitutionality of the Warsaw and Montréal Conventions. It is intended, using the deductive and exploratory method, use of bibliographic material and case study, to analyze how passengers' rights were affected by the recent legal regulations. The goal is to analyze the legal aspects associated with the rebooking and ticket cancellations, right of withdrawal, deprecation of passengers, charge for baggage clearance, free allowance for unchecked baggage, flight delays, compensation for personal injury, compensation for lost luggage, prescriptive deadlines for civil action and collection by early booking of aircraft seats. Finally, it is aimed to prove that in the great majority of the cases mentioned, there were flagrant setbacks inflicted both by the regulatory norm and by the adoption of Conventions in primacy to the Consumer Defense Code.

**Keywords:** Consumer Protection Code – Civil liability – Passengers air transportation – Transportation contracts – Commuters rights – Warsaw convention – Montréal convention

### Sumário:

- 1.Introdução - 2 Setor aéreo brasileiro, resolução 400/2016 da ANAC e os direitos dos consumidores
- 3.Convenção de Varsóvia, Montréal e o Código de Defesa do Consumidor
- 4.Considerações finais
- 5.Referências

### 1.Introdução

Os direitos dos passageiros de transporte aéreo no Brasil sofreram diversos impactos decorrentes da Resolução 400, editada pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), e acórdãos recentes do Supremo Tribunal Federal (STF). Tal Resolução dispôs os direitos dos passageiros consumidores do serviço de transporte aéreo de pessoas quanto aos atrasos, cancelamentos, remarcações, desistência, despacho de bagagens, preterição de embarque e desregulamentou as políticas tarifárias para que as companhias aéreas criassem novas modalidades de cobrança, tal como marcação antecipada de assentos, tanto no âmbito dos voos doméstico quanto dos internacionais.

Quanto às decisões de nossa Suprema Corte, tivemos o RE 636.331/RJ, sobre a norma aplicável às indenizações, nos casos de transporte aéreo internacional, por falha na prestação do serviço de transporte de passageiros, atrasos e extravio de bagagens. Uma linha de argumentação no Supremo ponderou pela prevalência da Convenção de Montreal, em razão do artigo 178 da Constituição, que trata da soberania dos acordos firmados pela União. A segunda, sustentou a incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC (LGL\1990\40)), tendo em vista sua condição de direito fundamental e princípio da ordem econômica.

Já o ARE 766.618/SP focou na questão do prazo prescricional das ações. A análise desse julgamento envolveu pontos delicados como a segurança jurídica no ordenamento interno e no internacional, a previsão constitucional de proteção ao consumidor<sup>1</sup>, o princípio de vedação ao retrocesso dos direitos adquiridos, entre outros. Na ocasião desse julgado, o STF mudou sua interpretação acerca do tema. A maioria dos Ministros votou pela prevalência dos tratados internacionais frente ao CDC (LGL\1990\40). O ponto fulcral discutido pelos integrantes daquela Corte foi pensar o problema não a partir da Teoria do Diálogo das Fontes, mas em função de critérios mais tradicionais de solução de antinomias de normas infraconstitucionais, bem como a necessidade de obediência formal aos acordos assinados pela União com outra nações.

Até meados de 2017, o Supremo entendia que o CDC (LGL\1990\40) tinha hegemonia na aplicação em face dos acordos internacionais, justamente por ser uma norma que garante maior proteção aos consumidores. Porém, com o julgamento do RE 636.331/RJ e do ARE 766.618/SP, a maioria dos Ministros do STF votou pela primazia da Convenção de Montreal, alterando a dinâmica das relações consumeristas neste setor, conforme tentamos mostrar no trabalho.

Assim, apoiado no método dedutivo, exploratório, uso de material bibliográfico e estudo de caso o presente artigo terá como questão central analisar se os citados julgados do STF, bem como a Resolução 400 da ANAC representaram retrocesso aos direitos dos passageiros, bem como transgressão dos princípios da harmonia, equilíbrio e boa-fé,<sup>2</sup> que devem presidir as relações de consumo, nos quesitos i) remarcação e cancelamento de passagens; ii) direito de desistência; iii) preterição de passageiro (*overbooking*); iv) cobrança por despacho de bagagem; v) franquia gratuita para bagagem não despachada; vi) direitos dos passageiros em caso de atraso no voo; vii) indenização em caso de danos pessoais; viii) indenização por extravios de bagagens; ix) prazos prescricionais para ação civil; e x) cobrança por marcação antecipada de assentos na aeronave.

A hipótese que vislumbra confirmar ao final do texto aduz que, dos dez direitos supracitados, a maioria sofreu impactos negativos. A norma infralegal da agência reguladora implicou em retrocesso para a maioria dos direitos dos passageiros e aparentemente atendeu aos interesses do mercado para a cobrança de serviços que antes estavam incluídos nos preços das passagens. Em relação aos julgados mencionados pelo STF, em nome do respeito aos termos dos acordos internacionais celebrados pelo Brasil, também houve redução dos direitos dos passageiros, notadamente limitação para indenizações civis em casos de extravios de bagagens e atrasos nos voos, algo incomum e excepcional no direito brasileiro em matéria das relações de consumo.

## 2 Setor aéreo brasileiro, resolução 400/2016 da ANAC e os direitos dos consumidores

Por ocasião do lançamento da Resolução 400/16 da ANAC (LGL\2016\87776), os gestores dessa autarquia defenderam a desregulamentação da cobrança por despacho de bagagens e de outras tarifas para aumentar a competitividade do setor e reduzir os custos das passagens aéreas.<sup>3</sup>

Passados alguns anos da edição dessa norma, observa-se que o número de companhias aéreas sediadas no país, com atuação em caráter nacional, ainda é bastante reduzido.<sup>4</sup> A competitividade no setor não sofreu grandes alterações, nem a partir do ingresso das companhias com modelos de negócio *low cost*, uma vez que ainda há grande resistência para abertura do mercado às empresas

estrangeiras.

Os custos que mais impactaram nas operações das companhias foram aqueles atrelados ao dólar, que teve altas expressivas nos últimos anos. Os preços do querosene, combustível utilizado em aviões comerciais, do arrendamento mercantil e dos seguros das aeronaves, responsáveis por 50% das despesas das empresas de aviação, são todos fixados em moeda estrangeira.<sup>5</sup>

Com o propósito de oferecer maior opções de receitas para as companhias, que acumulavam seguidos prejuízos, a Resolução 400 permitiu a cobrança de serviços que antes eram gratuitos, ou pelo menos ainda não eram repassados separadamente aos passageiros.

Em seu primeiro capítulo, a norma tratou sobre as obrigações prévias à execução do contrato de transporte: a oferta do serviço, o comprovante de passagem, a alteração e rescisão do contrato de transporte aéreo por parte do passageiro, a alteração do contrato por parte do transportador e as informações sobre bagagens. O segundo capítulo tratou do despacho do passageiro e da execução do contrato, detalhando o *check-in* e a apresentação para embarque, o atraso, cancelamento, interrupção do serviço e preterição, a assistência material, a acomodação e o reembolso. Na sequência, demais tópicos versaram sobre as obrigações posteriores à execução do contrato e o atendimento aos usuários do serviço de transporte aéreo.

### 2.1. Remarcação e cancelamento

Em alguns aspectos a Resolução antagoniza com dispositivos do Código Civil (LGL\2002\400) sobre o contrato de transporte. Um primeiro caso que pode ser indicado trata da imposição de multa em caso de *reembolso* ou *remarcação* da passagem.

O Código Civil (LGL\2002\400), em seu artigo 740 § 3º, estipula que o transportador pode reter até 5% do valor da passagem a título de multa compensatória. Contudo, a como se depreende da leitura desse dispositivo, a lei não deixa margem para serem cobrados valores adicionais, independentemente da modalidade tarifária. Ademais, a lei civil autoriza a rescisão do contrato de transporte quando o passageiro o faz com antecedência que permita a comercialização da passagem a outra pessoa.

A regra infralegal aponta que pelo menos uma modalidade tarifária não pode ultrapassar 5% do valor a título de multa, tanto para remarcação ou cancelamento. Quer dizer, em uma segunda ou terceira modalidade, a tarifa pode superar 5% do valor pago pelo consumidor para viajar. A Resolução 400, de modo exagerado, autoriza que a multa possa ser estipulada em valor equivalente ao próprio valor da passagem comprada (art. 9º). Tal multa deveria servir tão somente para cobrir despesas administrativas e operacionais e não como fonte de enriquecimento por serviço não prestado (art. 3º).

Ademais, parece estranho que a Resolução 400/16 não tenha estabelecido qualquer diferença efetiva entre *remarcação* da passagem e o *cancelamento* dela. Ora, remarcação quer dizer ajuste de dia e horário, ao passo que cancelamento se refere à resolução anormal do contrato.

Ao referir de forma idêntica à remarcação e ao cancelamento, além de inadequado juridicamente, tal disciplina implica prejuízo aos direitos dos consumidores, pois num caso ele ainda pretende viajar, e noutro, a viagem não é mais desejada. Vale dizer, o serviço simplesmente não será prestado. Com efeito, nesse particular, a Resolução em comento dá margem para enriquecimento sem causa do fornecedor dos serviços de transporte.

### 2.2. Não comparecimento de passageiro (no show)

Caso o passageiro deixe de comparecer ao momento do embarque (*no show*), a empresa não pode cancelar automaticamente o trecho de volta. Há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tachando tal conduta como prática abusiva, pois a concessionária pode comercializar o mesmo assento em duplicidade.<sup>6</sup>

Esta prática, embora comumente reiterada, gera enormes prejuízos para o consumidor e foi legitimada pela Resolução 400 da ANAC, que autoriza a companhia a cancelar o trecho de volta em caso de não aparecimento do consumidor no embarque de ida (*no show*), a não ser que o consumidor manifeste *expressamente* o desejo de manter o trecho de volta (art. 19 e parágrafo único).<sup>7</sup>

Assim, na citada Resolução, temos flagrante descompasso entre as disposições da norma infralegal com os Códigos Civil, do Consumidor e precedentes do STJ, motivo pelo qual tal previsão não deveria produzir efeitos jurídicos.

### 2.3. Direito de desistência

O direito de desistência das compras feitas à distância parece ter sido maltratado pela Resolução 400 da ANAC. Apesar de o estatuto consumerista permitir que o destinatário final desista de forma imotivada, independentemente do mercado no qual atua o fornecedor, sem precisar pagar quaisquer multas ou penalidades, caso o bilhete tenha sido adquirido à distância, o art. 11 da Resolução reduziu o prazo para o consumidor resiliir o contrato para somente um dia.<sup>8</sup> Ademais, condicionou o direito de desistência para ser exercido, no máximo, até sete dias antes da data do embarque.

Desnecessário enfatizar que normas regulamentares não podem se sobrepor ou contrariar lei em sentido formal. Normas infralegais deveriam servir apenas para pormenorizar e detalhar situações autorizadas por lei de regência, mas evidentemente sem colidir com outra lei em sentido formal. No caso em exame, vislumbra-se flagrante colisão, ao menos, com os artigos 49 do Código do Consumidor e 740 do Código Civil (LGL\2002\400).

### 2.4. Cobrança por despacho de bagagem

Com eficácia duvidosa para as finalidades indicadas, a Resolução 400/16 retirou dos consumidores o direito de despachar gratuitamente uma bagagem com até 23kg. Evidentemente, não se discute se o despacho de bagagem implique ou não custo (mesmo que indireto), mas se de fato tal medida representou vantagem aos passageiros ou apenas atendeu aos interesse das companhias aéreas do setor perante às agências reguladoras que deveriam zelar pelos interesses dos consumidores.

Segundo Flávio Tartuce, além de configurar enriquecimento sem causa, vantagem manifestamente excessiva das companhias áreas, violação do princípio da função social do contrato, o contrato de transporte aéreo de pessoas não poderia ser fracionado do contrato de despacho de bagagens, pois o acessório deveria perseguir o principal.<sup>9</sup>

Apenas as bagagens de mão, cujas dimensões variam de acordo com a companhia aérea, em peso não superior a 10 kg, permanecem embutidas no preço da passagem, seja qual for a modalidade tarifária. Apenas por motivos de segurança ou capacidade da aeronave tal prerrogativa pode ser restringida.<sup>10</sup>

Muito embora a resolução tenha aumentado de 5 kg para 10 kg o peso permitido para bagagens de mão, em seu conjunto, o modelo de cobrança por despacho de bagagens se tornou fonte de receita e é considerado contrato acessório.<sup>11</sup> Tal medida confere mais poderes aos fornecedores, interessados em fontes alternativas de receitas<sup>12</sup> e prejudica substancialmente o direito dos consumidores deste setor, que já era consolidado e mais benéfico.

### 2.5 Direitos dos passageiros em casos de atraso

Sobre atrasos nos voos, a Resolução 400 determina que cabe ao transportador informar imediatamente ao passageiro que o voo irá# atrasar em relaça#o ao horário originalmente contratado, inclusive, mencionando qual será o novo hora#rio de partida previsto, e ainda, manter o passageiro atualizado, no ma#ximo, a cada 30 minutos, quanto ao horário previsto (art. 20). Além disso, sempre que o passageiro solicitar, a empresa deve informar por escrito o motivo do atraso. O transportador tem o dever oferecer imediatamente ao passageiro alternativas de reacomodaça#, reembolso e execução do serviço por outra modalidade de transporte, devendo a escolha ser do passageiro (art. 21) caso o atraso no voo seja superior a 4 horas.<sup>13</sup>

As medidas relativas a atraso de voos são graduais, conforme dispõe a ANAC<sup>14</sup>: para atraso de mais de 1 hora, é dever da empresa disponibilizar ao passageiro um meio de comunicação (internet ou telefone), para que ele possa avisar sobre o atraso; para mais de 2 horas, a empresa deve garantir a alimentação daquele passageiro; para atrasos de mais de 4 horas, deve disponibilizar acomodação ou hospedagem, além de transporte até o local e de volta ao aeroporto. Quando o passageiro que está em seu local de domicílio, a empresa pode oferecer apenas o transporte. Ainda segundo a ANAC, é direito do passageiro que está no aeroporto de partida o reembolso integral, incluindo tarifa de embarque ou remarcação de voo para data e horário escolhidos pelo passageiro, sem custo

(neste dois casos, a empresa pode suspender assistência material). Outra opção é o embarque no próximo voo da empresa para o mesmo destino, se houver lugar (caso em que a assistência material deve ser mantida).

Ademais, quando o passageiro encontra-se em aeroporto de escala ou conexão, tem direito ao reembolso integral e retorno ao aeroporto de origem sem custo; embarque no próximo voo da empresa para o mesmo destino, se houver lugar; concluir a viagem por outro tipo de transporte (nos 3 casos a assistência material deve ser mantida pela empresa); direito ao reembolso do trecho não utilizado, quando o passageiro escolhe permanecer no local; ou, remarcação de voo para data e horário escolhidos pelo passageiro, sem custo (casos em que a empresa pode suspender assistência material).

Assim, considerando a previsão em exame, houve detalhamento adequado do art. 741 do Código Civil (LGL\2002\400), para o setor aéreo, algo a se comemorar no contexto da citada resolução.

## 2.6.Preterição do passageiro

A preterição de passageiro, de acordo com o art. 22 da Resolução 400/16,<sup>15</sup> atribui à vítima o direito de reacomodação, reembolso e execução do serviço por outra modalidade de transporte. Segundo alguns julgados proferidos pelo STJ, o *overbooking* dá ensejo a dano moral presumido (AgRg no AREsp 478.454/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08.04.2014<sup>16</sup> e AgRg no Ag 141.0645/BA, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 25.10.2011)<sup>17</sup>.

A Resolução prevê ainda que, quando se der a preterição, a empresa deve fazer o pagamento de compensação financeira ao passageiro. Evidentemente, essa compensação não ameniza a ilicitude na prática comercial de vender assentos indisponíveis.

No Agravo Regimental no REsp 478.454/RJ, relatado pelo Min. Luis Felipe Salomão, lê-se que:

“o dano moral oriundo de *overbooking* decorre do indiscutível constrangimento e aflição a que foi submetido o passageiro e da própria ilicitude do fato. [...] a prática do *overbooking*, consistente na venda de passagens aéreas em quantidade superior ao de assentos existentes no avião com o intuito de minimizar os prejuízos decorrentes do cancelamento de reservas, revela-se abusiva e deve ser banida pelas companhias aéreas.”

Nesse ponto, portanto, a Resolução não chegou a inovar.

Talvez, a título de aperfeiçoamento normativo, poderia ter até prefixado um valor mínimo a título de danos morais, na linha dos julgados do STJ supracitados.

## 2.7.Cobrança por marcação antecipada de assentos

A questão que se discute atualmente, na esteira da crescente desregulamentação do setor, é a abertura que a ANAC possibilitou às empresas para a criação de novas tarifas por serviços oferecidos com custos adicionais. A partir de fevereiro de 2018, algumas empresas de transporte aéreo passaram a cobrar, em duas modalidades de tarifa, pela marcação de assentos com antecedência de 7 dias do embarque.<sup>18</sup>

Uma das novidades no tocante à cobrança por marcação antecipada de assentos foi que PROCON-SP multou as empresas Azul, Gol e Latam. Na visão da Fundação Paulista de Defesa do Consumidor, tal cobrança é abusiva<sup>19</sup>, uma vez que eleva sem justa causa o valor do produto ou serviço e não traz uma “contraprestação ao consumidor, como, por exemplo, comodidade, maior espaço físico ou outra”.

Cumprido destacar que o pagamento pela marcação antecipada não oferece nada ao consumidor além do que o esperado pelo serviço já comprado. Pode-se inferir que a referida cobrança por assento enseja vantagem manifestamente excessiva da empresa fornecedora, uma vez que cuida-se simplesmente de cobrança destituída de serviço prestado.

## 3.Convenção de Varsóvia, Montréal e o Código de Defesa do Consumidor

Sobre a origem da legislação de transporte aéreo no país expõe Antonio Herman Benjamin:

“No Brasil, o tratamento jurídico da aviação civil, nos passos do transporte marítimo e ao contrário do que sucedeu com o transporte terrestre, veio de fora para dentro, sob a bandeira internacional da unificação e uniformização. No entanto, ordens constitucionais novas e legislações internas – tanto gerais, como especializadas (proteção do consumidor) – ajustam a configuração jurídica do transporte aéreo à realidade e necessidades de cada nação, em particular limitando, quando não expurgando, privilégios outorgados pela anciã normatização internacional e expandindo os direitos da parte vulnerável, na relação jurídica de consumo.”<sup>20</sup>

Defende-se juridicamente a seguir que, eventual conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e as demais normas incidentes – Código Brasileiro de Aeronáutica, Convenção de Varsóvia e a Convenção de Montréal –, a Lei consumerista deve ter primazia.

É fato que as normas constantes na Convenção de Montréal e nos tratados que a antecederam foram criadas com o intuito aperfeiçoar a organização do transporte aéreo internacional. Com o aumento do fluxo de pessoas entre os países, o mercado de aviação civil cresceu bastante nas últimas décadas. Devido à necessidade de estabelecer parâmetros para a atuação das empresas que prestam esse serviço, os Estados e os organismos internacionais passaram a estabelecer algumas regras comuns. Foi assim que, em 1929, surgiu a Convenção de Varsóvia<sup>21</sup> cujo objetivo principal era unificar as regras relativas ao transporte aéreo internacional. Foi um dos primeiros tratados internacionais sobre o transporte aéreo de pessoas, bagagens e cargas, e estipulou diversas bases do direito aeronáutico internacional, como a responsabilização civil no caso de danos ou acidentes aéreos.

Décadas depois, no ano de 1999, foi editada a Convenção de Montreal, para modernizar a Convenção de Varsóvia, destacando “importância de assegurar a proteção dos interesses dos usuários do transporte aéreo internacional e a necessidade de uma indenização equitativa, fundada no princípio da restituição.”<sup>22</sup>

Não obstante tenha detalhado sua intenção de estabelecer normas em prol dos usuários e de promover um maior equilíbrio na relação de consumo nos diversos Estados signatários, a Convenção acabou fazendo justamente o oposto. Verdadeiramente, trouxe maior proteção às empresas aéreas que já contavam com hegemonia econômica, técnica e informacional diante dos usuários de seus serviços.

Importa ao presente trabalho a análise de alguns dispositivos da Convenção, como aqueles que preveem a responsabilidade do transportador pelo extravio de bagagem, por atrasos nos voos, bem como os limites a essa responsabilidade e os prazos para as ações indenizatórias.<sup>23</sup>

Em relação à responsabilidade das companhias por atrasos, vislumbra-se *déficit* de proteção jurídica ao passageiro. Segundo a Convenção de Montréal, mesmo que o adquirente do bilhete tenha sido prejudicado por chegar ao seu destino e não receber da companhia contratada a bagagem despachada, deve aguardar mais de 21 dias para tomar as devidas providências legais. Tal prazo parece demasiadamente exagerado ao passageiro despojado de suas vestimentas e pertences pessoais.

Na sequência, podemos destacar o art. 19, segundo o qual é de responsabilidade do transportador o “dano ocasionado por atrasos no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga”. Entretanto, da mesma maneira como fora exemplificado acima, aqui também foi inserida cláusula ampla que exime o prestador do serviço de sua responsabilidade em razão de força maior.<sup>24</sup>

A limitação da responsabilidade, pelo olhar empresarial, justifica-se em razão da previsibilidade de custos, análise de risco e dos custos da operação. Em última instância, tais cláusulas reduzem o montante da indenização devida em função do inadimplemento do prestador.<sup>25</sup>

Este ponto acaba alavancando a frouxidão na responsabilização das empresas, uma vez que “medidas razoavelmente necessárias” e a “impossibilidade de adotá-las” agregam excludentes demasiadamente amplas, desfalcando novamente a devida proteção ao consumidor.<sup>26</sup>

No art. 21, 1, a Convenção estipula uma indenização para casos de morte ou lesão de passageiros, determinando que “o transportador não poderá excluir nem limitar sua responsabilidade” no caso de morte ou lesão corporal de um passageiro ocorrida a bordo da aeronave, “que não exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro”. Entende-se, então, que o valor acima deste

patamar é passível de limitação e também pode se isentar de indenizar a empresa que provar que o dano “não se deveu a negligência, ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou (...) se deveu unicamente a negligência ou a ação ou omissão indevida de um terceiro”, como disposto no art. 21, 2. Por sua vez, o art. 23, 1 delimita que os Direitos Especiais de Saque (DES) são definidos pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e, no caso de ações judiciais, a conversão “se fará conforme o valor de tais moedas em DES, na data da sentença”.

Temos ainda o art. 22 que trata dos limites designados pela Convenção quanto à responsabilidade por atraso no transporte de pessoas e de bagagens. Este artigo, dos principais responsáveis pelos atritos causados entre a Convenção e o CDC (LGL\1990\40), determina que “em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, (...) a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro”.<sup>27</sup>

Quanto ao transporte de bagagem, o artigo segue dizendo que “em caso de destruição, perda, avaria ou atraso”, cabe ao transportador indenizar até o limite de 1.000 DES por passageiro.<sup>28</sup>

Resta saber de que maneira essa mensagem obstativa ao direito de indenização é transmitida ao consumidor brasileiro pelas companhias aéreas, já que o direito à informação é um dos princípios basilares do CDC (LGL\1990\40) e muitas vezes os contratos de adesão de transporte aéreo sequer são disponibilizados aos passageiros. Afinal, não se pode esperar que os consumidores que adquirem passagens aéreas conheçam as regras internacionais que estabelecem tetos de indenização, ou, muito menos, que saibam que cabe a eles próprios fazer uma declaração especial de valor caso entendam que o valor real de sua bagagem é maior do que os limites estabelecidos pelos tratados.

O art. 28 trata de pagamentos adiantados que deverão ser feitos “sem demora” quando ocorrer acidente aéreo que cause a morte ou lesão de passageiros, para satisfazer quaisquer necessidades imediatas que as pessoas afetadas tenham. Ademais, tais pagamentos “não constituirão reconhecimento de responsabilidade e poderão ser deduzidos de toda quantia paga posteriormente pelo transportador, como indenização”. Apesar desta determinação presente na Convenção, é muito difícil encontrarmos casos em que estes pagamentos tenham sido feitos de forma a preceder uma condenação da empresa na Justiça.

Por fim, podemos citar o art. 35, que rege o prazo para as ações e estipula que o ajuizamento da ação de indenização deve ser feito dentro do prazo de 2 anos, caso contrário, “se extinguirá”. A contagem deste prazo deve ser feita “a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte”. Este é outro artigo gerador de muita controvérsia, posto que vai de encontro aos prazos mais amplos estipulados nas leis nacionais, conforme veremos nos votos dos Ministros nos julgados em pauta.

### 3.1 Análise dos julgados RE 636.331/RJ e do ARE 766.618/SP pelo Supremo Tribunal Federal

No ano de 2017, o STF modificou a sua jurisprudência sobre o regramento jurídico acerca do transporte aéreo internacional de passageiros. No entanto, depois do julgamento dos recursos RE 636.331/RJ<sup>29</sup> e ARE 766.618/SP<sup>30</sup>, a Suprema Corte brasileira, por maioria de votos, mudou seu entendimento a fim de atribuir prevalência às Convenções internacionais de Varsóvia e Montréal, alterando a jurisprudência firmada naquela corte até então.<sup>31</sup>

O Min. Cezar Peluso, ao submeter o tema ao rito da Repercussão Geral, sustentou o princípio constitucional da “indenizabilidade irrestrita, a desproporcionalidade da medida e ausência de previsão constitucional para restringir alcance de direito fundamental”.<sup>32</sup>

O julgamento, finalizado em maio de 2017, agregou dois recursos pois os Ministros entenderam que ambos versavam sobre a mesma questão: qual norma deveria ser aplicada para a solução de conflitos entre o CDC (LGL\1990\40) e as convenções internacionais que cuidam da prestação de serviço de transporte aéreo.

No aludido julgamento, o STF fixou a seguinte 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.”

A decisão do STF teve uma margem de votação ampla, já que dos 11 Ministros, 9 votaram seguindo os Relatores – Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso – tendo por divergentes e vencidos apenas os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello.

Na visão da maioria dos Ministros do STF, a segurança jurídica alcançada pelo país ao manter observância do tratado internacional foi um dos fatores determinantes para chegar à decisão, juntamente com a tese de que a Convenção é lei especial em face do CDC (LGL\1990\40), ao delimitar aspectos específicos do transporte aéreo de passageiros. Os Ministros vencidos, em especial Celso de Mello, defenderam a indenização plena como forma de proteger o consumidor e igualá-los aos usuários de voos internos, atendendo aos mandamentos constitucionais e ao critério de solução de antinomia que prioriza a aplicação da norma mais favorável ao consumidor.

Para o Min. Gilmar Mendes, “Prevalecem, no caso, as Convenções internacionais não apenas porque são mais recentes, mas porque são especiais em relação Código de Defesa do Consumidor”<sup>33</sup>. Segundo ele, o CDC deve ser visto como geral porque rege as todos os tipos de relações de consumo, enquanto que as Convenções de Varsóvia e Montreal cuidam da relação de consumo específica que envolve o transporte aéreo internacional de pessoas.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello iniciou seu voto ressaltando o tratamento diferenciado dado pelo Direito à aviação civil internacional. Nas palavras do Ministro, “o exame das convenções e protocolos internacionais (...) revela a existência de tratamento jurídico claramente favorável às empresas de transporte aéreo internacional”.

Segundo ele, isto ocorre muito embora a Convenção de Montreal tenha dito que pretendia “reduzir o desequilíbrio consagrado em anteriores atos internacionais”.<sup>34</sup> Prosseguiu dizendo que “a vocação protetiva das normas que dispõem sobre a defesa do consumidor” permite a utilização do critério hierárquico na análise da antinomia deste caso, justamente pelo fato de a proteção ao consumidor ter “fundamento na própria declaração constitucional de direitos (CF (LGL\1988\3), art. 5º, inciso XXXII)”. Declarou que “a norma estatal impregnada de caráter preponderante, como se qualificam as cláusulas constitucionais que encerram declarações de direitos fundamentais” devem sempre prevalecer frente às demais, posto sua supremacia.<sup>35</sup>

Celso de Mello afirmou também que a antinomia, neste caso, seria apenas aparente e que a norma mais favorável ao consumidor deveria ser protegida, já que elencada no rol dos direitos fundamentais da nossa Constituição, ápice da cadeia normativa.

Vejamos a seguir de que forma parte da doutrina consumerista enxerga esse Conflito entre Código de Defesa do Consumidor e Convenções Internacionais e os Acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Antonio Herman Benjamin defende a aplicação dos tratados internacionais somente quando a proteção garantida por eles aos consumidores forem mais amplas do que aquelas estabelecidas no CDC (LGL\1990\40). Segundo ele, o próprio CDC (LGL\1990\40) chama atenção para essa possibilidade e dispõe que os direitos nele previstos “não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacional de que o Brasil seja signatário”. Os tratados devem prevalecer quando foram ampliar os direitos dos consumidores, “nunca para reduzi-los”.<sup>36</sup>

No mesmo sentido, Fábio Morsello entende que eventuais antinomias presentes entre o CDC (LGL\1990\40) e os diplomas específicos – Convenção de Varsóvia, de Montréal e o Código Brasileiro de Aeronáutica –, o diploma consumerista deve prevalecer. A razão dessa primazia, segundo ele, apoiado na teoria do diálogo das fontes, é a concretização do princípio constitucional da proteção do consumidor, que neste caso, afasta o critério de especialidade dos diplomas aeronáuticos.<sup>37</sup>

Sergio Cavalieri Filho pontua que, internamente, o Código do Consumidor deve ser adotado com prevalência do Código Brasileiro de Aeronáutica, uma vez que o primeiro têm previsão constitucional, assegurou a implementação da Política Nacional das Relações de Consumo e concentrou em um único diploma, “a disciplina legal de todas as relações contratuais e extracontratuais do mercado de consumo brasileiro”.<sup>38</sup> Em relação às Convenções Internacionais, Cavalieri manifestou-se de forma bastante crítica contra a decisão em comentário firmada pelo STF em 2017. Entre outras questões, o referido jurista ressaltou a posição constitucional do Direito do Consumidor como direito fundamental,

princípio conformador da ordem econômica e o CDC (LGL\1990\40) como norma de sobredireito. Além disso, defende que, a prosperar o critério da especialidade entre o CDC (LGL\1990\40) e as Convenções, incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio como lei ordinária, o STF sequer possuiria competência para apreciar a matéria, uma vez que haveria conflito de legislação infraconstitucional.<sup>39</sup>

Por fim, segundo observa Sergio Cavalieri Filho, causou surpresa o fato de os integrantes do STF, nos referidos julgados sobre serviços públicos de aviação civil, não terem enfatizado a incidência do § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Referido dispositivo imputa responsabilidade objetiva e irrestrita aos prestadores de serviço público, situação das empresas concessionárias de aviação civil sediadas ou prestadoras desse tipo de serviços no Brasil.<sup>40</sup>

Não obstante, segundo esse mesmo comando constitucional, a indenização deve cobrir a integralidade do dano causado, seja pela Administração Pública, seja por seus concessionários e permissionários.<sup>41</sup> Logo, o argumento que sustenta a possibilidade de imposição de limite ao dever de indenizar enfrentaria outro obstáculo de ordem constitucional, além daqueles já referidos no Art. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V.

### 3.1.1. Indenização por danos pessoais e por extravio de bagagem

No RE 636.331/RJ, o STF analisou o recurso de um processo que começou com o pedido de indenização por danos materiais e morais feito por consumidora em face da empresa de transporte aéreo Société Air France, na qual a autora alegou ter tido sua bagagem extraviada em voo internacional operado pela ré.

Em 1º grau, o magistrado julgou parcialmente procedente o pedido da autora e condenou a empresa ré ao pagamento de indenização por danos materiais referentes ao valor total de DES estabelecidos pela Convenção de Varsóvia, ou seja, o valor correspondente ao peso da mala despachada pela consumidora; e ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 6.0000,00. Em segunda instância, o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) refutou a tese da empresa de transporte aéreo, negando a aplicação da convenção internacional como teto indenizatório, e acolheu o pedido da consumidora, determinando que fosse aumentado o valor da indenização pelo qual a empresa havia sido condenada.<sup>42</sup>

Em última instância, o STF, analisar o RE 636.331/RJ, deu provimento ao recurso interposto contra o acórdão do TJRJ, no sentido de diminuir a condenação por danos materiais determinada pelo juiz de primeiro grau e aumentada em segunda instância. Determinou-se, ainda, que essa indenização deveria se prender fielmente aos limites estipulados no art. 22 da Convenção de Varsóvia, que fora posteriormente modificado pelo Protocolo de Montréal.

O representante do Ministério Público Federal se manifestou pelo desprovimento do RE 636.331. Fez referência a uma decisão anterior do próprio STF, na qual o Ministro Marco Aurélio afirmou que as normas, ainda que especiais, deveriam ser afastadas quando causassem “retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo CDC (LGL\1990\40)”.<sup>43</sup> Defendeu também a ideia de que o CDC (LGL\1990\40) é lei mais especial e mais recente que os tratados que cuidam do transporte aéreo, que a reparação dos danos deve ser integral e que, ao analisar o aspecto constitucional, tem preponderância o art. 5º, inciso XXXII, em face do art. 178, da CF/88 (LGL\1988\3).<sup>44</sup>

Por fim, conforme entendimento majoritário, o STF endossou a tese de que, nesse caso específico, no direito brasileiro haverá limitação para as indenizações de danos materiais por extravio de bagagem e atrasos, bem como prazo prescricional mais reduzido para a propositura da ação.<sup>45</sup>

Entende-se que a disciplina consumerista é norma de ordem pública, de interesse social, garantidora da regra mais favorável ao passageiro, por assegurar o direito básico da *efetiva prevenção e reparação* de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI). Soma-se a isso a ilegalidade da previsão de cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar (art. 25), a proscrição das cláusulas contratuais que impossibilitem, exonarem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (Art. 51, I) e a cláusula de incolumidade inerente a qualquer tipo de contrato dos contrato de transporte.<sup>46</sup>

### 3.1.2. Prazos Prescricionais

No ARE 766.618/SP, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, o STF analisou a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). O processo referia-se à Ação Indenizatória proposta consumidora em face da empresa Air Canada, no dia 26.05.2009, na qual a autora fez pedido de indenização por danos morais e materiais decorrentes de atraso de 12 horas em voo internacional (de Beijing a São Paulo, passando por conexão no Canadá) realizado pela empresa ré em agosto de 2006.

Em primeira instância, a empresa de transporte aéreo Air Canada foi condenada ao pagamento de indenização no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de danos morais à passageira, tendo entendido a magistrada pela aplicação do art. 27 do CDC (LGL\1990\40) ao caso, afastando de antemão a preliminar de mérito que defendia a prescrição da ação. Na sentença, a Juíza utilizou-se do entendimento prefixado pelo STJ no REsp 258.132/SP para amparar sua decisão. Podemos, então, perceber a importância que aquele julgado costumava ter.<sup>47</sup>

Em última instância, a maioria dos Ministros do STF votou por dar provimento ao agravo, convertendo-o em recurso extraordinário, e reformar o acórdão recorrido, julgando improcedente o pedido em razão de já ter ocorrido a prescrição. Dessa forma, inverteram a jurisprudência então vigente do Tribunal.

#### 4. Considerações finais

De acordo com o exposto no desenvolvimento do presente estudo, é lícito concluir que a Resolução 400 da ANAC reduziu direitos dos passageiros em diversos aspectos, mesmo que em evidente dissonância perante os Códigos Civil, do Consumidor e julgados do STJ.

Dos poucos aspectos positivos, a citada norma infralegal reforçou o dever de informação (art. 4º, 5º e 20) e previu o dever de assistência material, acomodação ou reembolso, proporcionalmente conforme o tempo de atraso, ainda que não tenha havido culpa da empresa, tal como sucede em adversidades atmosféricas (art. 26-31).

Em relação aos direitos de remarcação, cancelamento, não comparecimento, desistência, cobrança por despacho de bagagem e cobrança por marcação antecipada de assento, houve sensíveis retrocessos, na medida em que aspectos contratuais foram agredidos e cobranças sem a devida contrapartida foram legitimadas. Ao menos nos casos de preterição de passageiro, a Resolução 400 não chegou a alterar o quadro já estabelecido pela legislação civil.

Sob o pretexto de permitir fontes alternativas de receitas às companhias aéreas, que se encontram em momento de dificuldade financeiras, e de ser mais amigável aos interesses do mercado, a ANAC desequilibrou ainda mais a relação entre empresas concessionárias do serviço essencial de aviação civil em desfavor dos passageiros.

Nos últimos anos, os custos das empresas aumentaram em razão da elevação da moeda norte-americana, utilizada como referência para combustível, arrendamento e seguro das aeronaves. Diante desse cenário de crise, os consumidores têm que pagar valor adicional para despachar as bagagens e marcar antecipadamente os assentos que ocuparão na aeronave. Em outros termos, houve aumento disfarçado de preço.

Pode-se inferir, nessa conformidade, que os aumentos dos custos do setor aéreo, assegurados por essa norma infralegal, foram repassados aos consumidores mediante cobrança de novas tarifas, medida que destoa do princípio da harmonia e da boa-fé que devem prevalecer nas relações de consumo. Efetivamente, a aludida regulamentação abriu caminho para a redução das garantias asseguradas aos consumidores brasileiros, que nem sempre sabem quais são os seus direitos, tampouco recorrem de multas indevidas dos fornecedores nas esferas administrativas e judiciais.

Essa medida governamental penaliza cidadãos humildes, carentes de acesso à informação e desassistidos de advogados, geralmente vítimas de políticas tarifárias de empresas, que em alguma medida se aproveitam da exploração econômica dessas mesmas vulnerabilidades. Afinal, estamos a tratar de direitos fundamentais resguardados pelo princípio da vedação do retrocesso social, conformadores da ordem econômica, e concretizados da aplicação horizontal dos direitos fundamentais.

A propósito da decisão proferida no julgamento do RE 636.331/RJ e do ARE 766.618/SP, a Corte

Constitucional, por maioria de votos, entendeu que os Tratados internacionais devem ser aplicados com primazia em relação ao CDC (LGL\1990\40), devido aos fatores soberania nacional, reciprocidade e da incidência de norma especial sobre geral. (art. 178, da CF (LGL\1988\3), Lei 4.657/42, Art. 1º, § 1º). Assim, criou-se teto indenizatório nos casos de danos materiais aos passageiros para atrasos e extravios de bagagem, além do prazo prescricional para propositura de ação civil ter sido reduzido de cinco para dois anos. Louvem-se os votos divergentes dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que defenderam a prevalência do CDC (LGL\1990\40) em face do regramento internacional.

Não obstante as visões dissonantes, entende-se, respeitosamente, que os passageiros de transporte aéreo tiveram seus direitos prejudicados pelo órgão regulador, que deveria coibir excessos das empresas submetidas ao seu poder regulamentar e de polícia, bem como pela Suprema Corte, nos acórdãos mencionados, uma vez que estabeleceu, por maioria de votos, limitação à indenização por danos materiais nos voos internacionais, bem como prazos encurtados para postular indenização.

É razoável admitir que, com o passar do tempo, há necessidade de promover atualizações na regulação do setor de transporte aéreo. Porém, a defesa dos direitos do consumidor deveria ter sido levada em especial consideração, por consubstanciar não apenas expressão de direito fundamental, modalidade de expressão da dignidade humana, mas também da igualdade material.

Os apontamentos feitos até agora permitem concluir que se fosse atribuída maior hegemonia à disciplina civil e consumerista, os usuários de serviço de transporte no Brasil estariam melhor assistidos. Com efeito, sobressai a necessidade de estarmos atentos às investidas que proporcionem retrocesso social, imposições do poder econômico que retiram direitos, imponham situações negociais desfavoráveis ou imputem aos consumidores obrigações decorrentes do próprio risco da atividade empresarial.

## 5.Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de V. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 100/2015, p. 23-37, jul.-ago. 2015.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução 400, de 13 de dezembro de 2016 (LGL\2016\87776). *Condições gerais de transporte aéreo*. Disponível em: [www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@ @dis Acesso em: 02.06.2019.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução 141, de 9 de março de 2010 (LGL\2010\261). *Condições gerais de transporte aplica#veis aos atrasos e cancelamentos de voos e a#s hipo#teses de preterição de passageiros*. Disponível em: [www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2010/resolucao-no-141-de-09-03-2010/@ @dis Acesso em: 20.06.2019.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Informe sobre franquia de bagagens despachadas*. Disponível em: [www.anac.gov.br/noticias/2017/liberacao-para-franquia-de-bagagem-despachada-entra-em-vigor-1]. Acesso em: 28.04.2019.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Tarifa aérea doméstica sobe 1% em 2018 na comparação com ano anterior*. Disponível em: [www.anac.gov.br/noticias/2019/tarifa-aerea-domestica-sobe-1-em-2018-na-comparacao-com-ano-anterior]. Acesso em: 26.06.2019.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Cotação de Direitos Especiais de Saque*. Disponível em: [www.bcb.gov.br/conversao]. Acesso em: 27.05.2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Parecer no RE 636.331*. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoind Acesso em: 01.05.2019.

- CASAGRANDE, Vinícius. *Aéreas brasileiras ganham R\$ 1 bi de cobrança de mala e marcação de assento*. Disponível em: [https://todosabordo.blogosfera.uol.com.br/2019/06/11/aereas-brasileiras-receita-bagagem-marcacao-de-assentos/]. Acesso em: 24.06.2019.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, v. 2, p. 66, abr. 2011.
- FREITAS, Paulo Henrique de Souza. *Responsabilidade civil no direito aeronáutico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- FUNDAÇÃO PROCON. *Azul, Gol e Latam são multadas*. Disponível em: [www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=5939#]. Acesso em: 18.06.2019.
- GOL LINHAS AÉREAS. *Modalidades de tarifas*. Disponível em: [www.voegol.com.br/pt/informacoes/tarifas]. Acesso em: 11.06.2019.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes – o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 51/2004, p. 34-67, jul.–set. 2004. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 1, p. 679-718, abr. 2011, DTR\2004\798.
- MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman, MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- MELLO, Celso. *Voto proferido no ARE 766.618*. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=361440]. Acesso em: 11.03.2019.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SCHWARTZ, Fábio. *Manual de Direito do Consumidor: Tópicos & Controvérsias*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.
- SILVA, Joseane Suzart Lopes. A Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil (LGL\2016\87776) (ANAC) e a proteção dos usuários dos serviços de transporte aéreo de passageiros com esteio no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 111/2017, p. 151-195, maio-jun. 2017.
- TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TARTUCE, Flávio. *Cobrança pelo despacho da bagagem em voos é claramente abusiva*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI250650,51045-Cobranca+pelo+despacho+da+bagagem+em+voos+e+claramente]. Acesso em: 24.06.2019.
- TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- VERBICARO, Denis; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; FREIRE, Gabriela Ohana Rocha. Transporte aéreo e consumo: o Recurso Extraordinário 636.331 – STF à luz do diálogo de fontes e do princípio da vedação ao retrocesso. *Canoas, Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 7, n. 2, 2019.

1 Segundo Fábio Konder Comparato, ponderando os princípios da ordem econômica assegurados na Constituição Federal, o princípio da proteção do consumidor tem pelo menos a mesma importância hierárquica que o princípio da livre iniciativa. COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 2, p. 66, abr. 2011, DTR\2012\484.

2 Para Cláudia Lima Marques, o princípio da confiança do consumidor abrange “ 1) o princípio da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC (LGL\1990\40), que procuram assegurar o *equilíbrio* do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC (LGL\1990\40), que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços. (destaque presente no original) MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman, MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 227. No mesmo sentido, Fábio Schwartz propugna “quando o Código propugna harmonia nas relações de consumo, em verdade, objetiva amainar os interesses aparentemente antagonísticos das partes envolvidas, de molde a que nenhuma delas seja sujeada pela outra. Assim é que os sujeitos envolvidos numa relação de consumo não mais podem ser vistos como antagonistas, mas como verdadeiros parceiros” SCHWARTZ, Fábio. *Manual de direito do consumidor – tópicos & controvérsias*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018. p. 65

3 De acordo com o informe oficial da agência, “A ANAC informa a todos os passageiros que a partir de hoje, 29/04, as empresas aéreas poderão praticar a venda de passagens aéreas com diferentes franquias de bagagem despachada ou até mesmo sem a franquia, para passageiros que optarem por não utilizar esse serviço. A ANAC entende que isso trará mais transparência, competitividade e benefício ao usuário do transporte aéreo” BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. *Informe sobre franquia de bagagens despachadas*. Disponível em: [www.anac.gov.br/noticias/2017/liberacao-para-franquia-de-bagagem-despachada-entra-em-vigor]. Acesso em: 28.04.2019.

4 Em 05.04.2019, a empresa AVIANCA BRASIL entrou com pedido de recuperação judicial de deixou de operar regularmente. Disponível em: [www.avianca.com.br/recuperacao-judicial]. Acesso em: 26.06.2019.

5 BRASIL. ANAC. *Tarifa aérea doméstica sobe 1% em 2018 na comparação com ano anterior*. Disponível em: [www.anac.gov.br/noticias/2019/tarifa-aerea-domestica-sobe-1-em-2018-na-comparacao-com-ano-anterior]. Acesso em: 26.06.2019.

6 “A adoção do cancelamento unilateral de um dos trechos da passagem adquirida por consumidor quando do não comparecimento no voo de ida é prática tarifária comumente utilizada pelas empresas do ramo de transporte aéreo de passageiros e parece ter por finalidade exclusiva, ou ao menos primordial, a viabilização da nova comercialização do assento da aeronave, atendendo a interesses essencialmente comerciais da empresa, promovendo a obtenção de maior lucro, a partir da dupla venda” BRASIL. STJ, REsp 1.595.731/RO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.02.2018; No mesmo sentido, REsp 169.9780/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 11.09.2018.

7 Quanto a esse ponto, o Min. Relator entendeu: “Deveras, o cancelamento da passagem de volta pela empresa aérea significa a frustração da utilização de um serviço pelo qual o consumidor pagou, a caracterizar, claramente, o cumprimento adequado do contrato por uma das partes e o inadimplemento desmotivado pela outra” BRASIL. STJ, REsp 1.595.731/RO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.02.2018.

8 BRASIL. ANAC. *Resolução 400*. Art. 11. “O usuário poderá desistir da passagem aérea adquirida, sem qualquer ônus, desde que o faça no prazo de até 24 horas, a contar do recebimento do seu comprovante. Parágrafo único. A regra descrita no caput deste artigo somente se aplica às compras

feitas com antecedência igual ou superior a 7 dias em relação à data de embarque.”

9 TARTUCE, Flávio. *Cobrança pelo despacho da bagagem em voos é claramente abusiva.*

Disponível em:

[<https://www.migalhas.com.br/depeso/250650/cobranca-pelo-despacho-da-bagagem-em-voos-e-claramente-abusiva>].

Acesso em: 24.06.2019.

10 BRASIL. ANAC. *Resolução 400/16*. Art. 14, § 2º.

11 Conforme pontua Joseane Suzart, “As operadoras de transporte aéreo de passageiros, ao pretenderem atribuir ao traslado das bagagens dos passageiros a natureza de contrato acessório, objetivam obter benefício exacerbado em prejuízo dos consumidores. Descumprem também as empresas do setor a vedação legal de busca por proveito excessivo quando visam apenas disponibilizar assistência material ou reembolso para os passageiros que ficam aguardando voos atrasados, cancelados ou que sejam excluídos indevidamente do embarque” SILVA, Joseane Suzart Lopes. A Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil (LGL\2016\87776) (ANAC) e a proteção dos usuários dos serviços de transporte aéreo de passageiros com esteio no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111/2017, p. 151-195, mai.-jun. 2017, DTR\2017\1598.

12 Segundo matéria de blog especializado em aviação civil, no ano de 2018, as companhias aéreas lucraram mais de 1 bilhão por cobranças de bagagens e marcação de assentos. No mesmo período, o preço médio das passagens aumentou 1%. CASAGRANDE, Vinícius. *Aéreas brasileiras ganham R\$ 1 bi de cobrança de mala e marcação de assento*. Disponível em:

[<https://todosabordo.blogosfera.uol.com.br/2019/06/11/aereas-brasileiras-receita-bagagem-marcacao-de-assentos/>].

Acesso em: 24.06.2019.

13 O STJ alterou o entendimento que vinha se sucedendo até então, de que os atrasos nos voos ensejariam danos morais independentemente da situação. Até ali, entendiam que “o dano moral decorrente de atraso de voo prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se, *in re ipsa*, por força do simples fato da sua violação em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro”. REsp 299.532/SP, 4ª T., DJe 23.11.2009. Em sentido diverso, a Min. Nancy Andrighi, sustenta que “notadamente porque a construção de referida premissa induz à conclusão de que uma situação corriqueira na maioria – se não por dizer na totalidade – dos aeroportos brasileiros ensejaria, de plano, dano moral a ser compensado, independentemente da comprovação de qualquer abalo psicológico eventualmente suportado” BRASIL. STJ, REsp 1.584.465/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.04.2016.

14 BRASIL. ANAC. *Resolução 400/16*. Disponível em:

[[www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@dis](http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@dis)]

Acesso em: 20.06.2019.

15 BRASIL. ANAC. *Resolução 400/16*. Art. 22. A preterição será configurada quando o transportador deixar de transportar passageiro que se apresentou para embarque no voo originalmente contratado, ressalvados os casos previstos na Resolução nº 280, de 11 de julho de 2013.

16 BRASIL. STJ, Agravo em REsp 478.454/RJ.

17 BRASIL. STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.410.645/BA.

18 EMPRESA GOL. *Modalidades de tarifas*. Disponível em:

[[www.voegol.com.br/pt/informacoes/tarifas](http://www.voegol.com.br/pt/informacoes/tarifas)]. Acesso em: 08.05.2019.

19 Decisão do PROCON-SP divulgada em 05.06.2019. Disponível em:

[[www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=5939#](http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=5939#)]. Acesso em: 18.06.2019.

20 BENJAMIN, Antônio Herman. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 100/2015, p. 23-37, jul.–ago. 2015, p. 04.

21 BRASIL. Decreto 5.910/2006 (LGL\2006\1601). *Convenção de Varsóvia para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2004-2006/2006/decreto/D5910.htm]. Acesso em: 10.04.2019.

22 Idem.

23 O art. 17, 2, da Convenção de Montréal, a título exemplificativo, reconhece a responsabilidade do transportador “pelo dano causado em caso de destruição, perda ou avaria da bagagem registrada”. No entanto, em seguida, coloca como condição para que o passageiro possa “fazer valer contra o transportador os direitos decorrentes do contrato de transporte” a admissão do transportador de que tenha perdido a bagagem registrada, ou ainda, que “a bagagem registrada não tenha chegado após vinte e um dias seguintes à data em que deveria haver chegado”.

24 O Art. 19 da Convenção de Montréal, determina que “Não será responsável pelo dano ocasionado por atraso se provar que ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medidas” Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm]. Acesso em: 17.04.2020.

25 TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 264

26 Vale lembrar que os arts. 23, 24 e 25 do CDC (LGL\1990\40) são taxativos ao dispor que o fornecedor de produtos e serviços não pode se eximir de responsabilidade alegando ignorância sobre vícios de qualidade por inadequação, bem como vedam qualquer cláusula contratual que “impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”.

27 Segundo o conversor de moedas do Banco Central, 4.150 Direitos Especiais de Saque (XDR) equivalem a R\$ 28.963,265. BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Conversor de moedas. Disponível em: [www.bcb.gov.br/conversao]. Acesso em: 28.03.2020.

28 Aqui, cabe uma ressalva. A Convenção, de forma semelhante ao teor do Art. 734 do Código Civil (LGL\2002\400), prevê a possibilidade de o passageiro, ao entregar a bagagem registrada à empresa transportadora, fazer uma declaração especial de valor da entrega da bagagem no lugar de destino e pagar algum valor complementar, se for o caso. Se assim o consumidor fizer, é dever do transportador, a título de indenização, “pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino”. Segundo o conversor de moedas do Banco Central, 1.000 Direitos Especiais de Saque equivalem a R\$ 6.979,10 em 28.03.2020. Fonte: BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Conversor de moedas*. Disponível em: [www.bcb.gov.br/conversao]. Acesso em: 28.03.2020.

29 BRASIL. STF, RE 636.331/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.05.2017.

30 BRASIL. STF, ARE 766.618/SP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 25.05.2017.

31 BRASIL. STF, RE 575.803 AgR/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 01.12.2009.

32 BRASIL. STF, AI 762.184, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.10.2009.

33 BRASIL. STF, RE 636.331/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.05.2017.

34 BRASIL. STF, RE 636.331/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.05.2017.

35 BRASIL. STF, RE 636.331/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.05.2017.

36 BENJAMIN, Antônio Herman. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 26/1998, p. 33-44, abr.-jun. 1998.

37 MORSELLO, Fábio Marco. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, p. 406,

419, 422. no mesmo sentido, VERBICARO, Denis; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; FREIRE, Gabriela Ohana Rocha. Transporte aéreo e consumo: o RE 636.331 – STF à luz do diálogo de fontes e do princípio da vedação ao retrocesso. Canoas: *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 7, n. 2, 2019. Em sentido diverso, Paulo Henrique de Souza Freitas, sustenta que “[...] dadas as peculiaridades do transporte aéreo, as indenizações limitadas tiveram a força de alavancar os corajosos empresários iniciantes nesse ramo de atividade, fazendo com que não encerrassem suas atividades decorrentes de, quem sabe, apenas um acidente. É importante observar que os passageiros assumem parte do risco, por ser ainda um transporte com perigos, não por falta de investimentos das companhias aéreas, mas pela própria atividade, já que os usuários devem ter consciência de que a rapidez e o conforto da aeronave lhes retiram o direito de indenização ilimitada, salvo dolo, ou culpa grave do transportador aéreo” FREITAS, Paulo Henrique de Souza. *Responsabilidade civil no direito aeronáutico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 208-209.

38 CAVALIERI FILHO. Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 424. Também pela prevalência do CDC (LGL\1990\40) em face das Convenções internacionais, ver TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1118

39 CAVALIERI FILHO. Sergio. Op. cit. p. 424. Ainda sobre a sobre a prevalência do CDC (LGL\1990\40) em face das Convenções de Varsóvia e Montréal, ver TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1118

40 CAVALIERI FILHO. Sergio. Op. cit. p. 424

41 “A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários, e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da CF (LGL\1988\3). A inequívoca presença do nexó de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não usuário do serviço público é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. BRASIL. STF, RE 591.874, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.08.2009, P, DJe de 18.12.2009.

42 Na ementa do acórdão lia-se que, nos casos de extravio de bagagem, não caberia a aplicabilidade da Convenção de Varsóvia. Como era uma evidente relação de consumo, a indenização deveria ser ampla (integral), aplicando-se o CDC (LGL\1990\40), e não a lei especial. Ademais, “havendo antinomia, o previsto no Tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível”.

43 BRASIL. STF, RE 351.750, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., DJe-181, j. 17.03.2009.

44 Segundo Bruno Miragem, “Ao estabelecer como regras o regime da responsabilidade objetiva (afastando-o somente em relação aos profissionais liberais) e o direito básico à efetiva reparação, parece não admitir o CDC (LGL\1990\40) uma avaliação da intensidade ou graduação de culpas. Ao contrário, orienta-se pelo princípio da reparação integral”. MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 525, 602. No mesmo sentido, Farias, Braga Netto e Rosenvald postulam que o princípio da reparação integral “É fundante o valor do princípio porque explica a razão de ser da responsabilidade civil, como a sua característica central. [...] a busca de uma equivalência entre o dano e a indenização é tida como uma das concreções da própria ideia de justiça; é sistemático o valor do princípio, pois organiza o “campo” jurídico da indenização por danos em torno de um critério harmonizador, qual seja, a reparação integral, [...] o princípio é dotado de valor dogmático, pois tem sido a diretriz fundamental utilizada pela jurisprudência para a quantificação da indenização no direito brasileiro relativa aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais” BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 56.

45 Conforme entendem Gustavo Tepedino, Aline Terra e Gisela Guedes, a limitação aos danos materiais pode ocorrer quando houver declaração do consumidor sobre o valor transportado, bem como nas situações justificáveis nas quais a pessoa jurídica seja consumidora. Em relação aos direitos morais, qualquer limitação seria inconstitucional por afronta à tutela integral da dignidade da pessoa humana. TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 210.

46 Para Caio Mário da Silva Pereira, “A *responsabilidade civil* consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da *responsabilidade civil*, que então se enuncia como o *princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano*. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a *responsabilidade civil*.” (grifos presentes no original) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 17.

47 Em segunda instância, a Primeira Turma Recursal Cível de Santo André (SP), com relatoria do Des. Alexandre Zanetti Stauber, manteve a sentença que privilegiou a aplicação do prazo de 5 anos previsto no art. 27 do CDC (LGL\1990\40), em oposição ao pedido da recorrente pela aplicação do prazo prescricional de 2 anos previsto nos tratados internacionais. A ementa do acórdão dispôs que nos casos de atraso em voo internacional era aplicável o CDC (LGL\1990\40), pois a responsabilidade do prestador de serviço é objetiva, devendo ele suportar o risco da atividade.