

REVISTA DO

AD VO GA DO



Nº 142 | JUN | 2019

DIREITO
AERONÁUTICO





AASP
Associação dos Advogados
São Paulo | Desde 1943

DIRETORIA

Presidente	Renato José Cury
Vice-Presidente	Viviane Girardi
1º Secretária	Fátima Cristina Bonassa Buckner
2º Secretário	Mário Luiz Oliveira da Costa
1º Tesoureiro	Eduardo Foz Mange
2º Tesoureiro	Rogério de Menezes Corigliano
Diretor Cultural	André Almeida Garcia
Diretora Adjunta	Sílvia Rodrigues Pereira Pachikoski

REVISTA DO ADVOGADO

Conselho Editorial: André Almeida Garcia, Antonio Carlos de Almeida Amendola, Antonio Carlos de Oliveira Freitas, Eduardo Foz Mange, Elaine Cristina Beltran Camargo, Fátima Cristina Bonassa Buckner, Flávia Hellmeister Clito Fornaciari Dórea, José Alberto Clemente Junior, Juliana Vieira dos Santos, Luciana Pereira de Souza, Mário Luiz Oliveira da Costa, Paula Lima Hyppolito dos Santos Oliveira, Renata Mariz de Oliveira, Renato José Cury, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, Rodrigo Cesar Nabuco de Araujo, Rogério de Menezes Corigliano, Ruy Pereira Camilo Junior, Sílvia Rodrigues Pereira Pachikoski e Viviane Girardi

Ex-Presidentes da AASP: Walfrido Prado Guimarães, Américo Marco Antonio, Paschoal Imperatriz, Theotônio Negrão, Roger de Carvalho Mange, Alexandre Thiollier, Luiz Geraldo Conceição Ferrari, Ruy Homem de Melo Lacerda, Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, Diwaldo Azevedo Sampaio, José de Castro Bigi, Sérgio Marques da Cruz, Mário Sérgio Duarte Garcia, Miguel Reale Júnior, Luiz Olavo Baptista, Rubens Ignácio de Souza Rodrigues, Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, José Roberto Batochio, Biasi Antonio Ruggiero, Carlos Augusto de Barros e Silva, Antonio de Souza Corrêa Meyer, Clito Fornaciari Júnior, Renato Luiz de Macedo Mange, Jayme Queiroz Lopes Filho, José Rogério Cruz e Tucci, Mário de Barros Duarte Garcia, Eduardo Pizarro Carnelós, Aloísio Lacerda Medeiros, José Roberto Pinheiro Franco, José Diogo Bastos Neto, Antonio Ruiz Filho, Sérgio Pinheiro Marçal, Marcio Kayatt, Fábio Ferreira de Oliveira, Arystóbulo de Oliveira Freitas, Sérgio Rosenthal, Leonardo Sica, Marcelo Vieira von Adamek e Luiz Périssé Duarte Junior

Diretora Responsável: Viviane Girardi

Jornalista Responsável: Reinaldo Antonio De Maria
(MTb 14.641)

Coordenação-Geral: Ana Luiza Távora Campi Barranco Dias

Capa: Aline Barros de Andrade - AASP

Revisão: Elza Doring, Milena Bechara e Paulo Nishihara - AASP

Editoração Eletrônica: Altair Cruz - AASP

Administração e Redação: Rua Álvares Penteado, 151 - Centro - cep 01012 905 - São Paulo-SP
tel (11) 3291 9200 - www.aasp.org.br

Impressão: Rettec, artes gráficas

Tiragem: 82.200 exemplares

A Revista do Advogado é uma publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, registrada no 6º Ofício de Registro de Títulos e Documentos de São Paulo, sob nº 997, de 25/3/1980.

© Copyright 2019 - AASP

A Revista do Advogado não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou em parte, de suas matérias só é permitida desde que citada a fonte.

Solicita-se permuta. Pidese canje. On demande l'échange. We ask for exchange. Si richiede lo scambio.

Toda correspondência dirigida à Revista do Advogado deve ser enviada à Rua Álvares Penteado, 151 - Centro - cep 01012 905 - São Paulo-SP.

ISSN-0101-7497

REVISTA DO ADVOGADO

ANO XXXIX | Nº 142 | Junho | 2019

SUMÁRIO

- 5 Nota do Coordenador.
Ricardo Bernardi
- 7 Novos desafios do Direito Aeronáutico do Trabalho.
Carla Schnapp
- 17 Câmaras de indenização: solução extrajudicial x judicialização.
Eduardo Lemos Barbosa
- 23 Serviço de transporte aéreo nacional e internacional: atividade econômica em sentido estrito ou serviço público?
Érica de Angelis Kawahala
- 32 O transporte aéreo internacional ante a Justiça do Brasil.
Francisco Rezek
- 41 O transporte aéreo regional no Brasil.
Georges Ferreira
- 51 A responsabilidade civil no transporte de cargas.
José Gabriel Assis de Almeida
- 62 Principiologia das investigações de acidentes aeronáuticos no Brasil.
Julio Costa
Gabriela Pires
- 71 Contratos sobre aeronaves e a Convenção da Cidade do Cabo.
Leandro Antonio Cavalcante Barbosa
- 79 Atos de concentração no mercado de transporte aéreo e questões concorrenciais.
Lucas Bernardes Augusto
- 91 Reflexos da Convenção de Montreal no transporte aéreo internacional no Brasil.
Marcio Souto
- 98 O *code-sharing* e a boa-fé objetiva.
Marco Fábio Morsello
- 108 La importancia del Convenio de Montreal de 1999 para un desarrollo consistente del transporte aéreo internacional y la necesidad de un sistema armonizado de reglas en materia de responsabilidad civil.
Oracio Marquez
- 115 A Convenção de Montreal, o Tema nº 210 e sua *ratio decidendi*.
Ricardo Bernardi
- 129 Procedimento para autorização de funcionamento e operação de empresas aéreas estrangeiras.
Ricardo Elias Maluf
- 139 Passado, presente e futuro da regulação no setor aéreo.
Ricardo Fenelon Junior
Ricardo Catanant
Laís Facó Alencar
- 145 Aviação civil e mudanças climáticas.
Werner Grau Neto
Maria Christina M. Gueorguiev
Ana Carolina Cerqueira Duque
Milena Carrasco Bastos

Nota do Coordenador

Ricardo Bernardi

Advogado. Graduado e pós-graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Conselho Consultivo da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial. Membro da Comissão de Especialistas do Senado Federal para Reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica (2015). Professor de Direito Comercial no Complexo Jurídico Damásio de Jesus (1995-2006).

Como o modal de transporte mais ágil entre todos, pela sua própria natureza, o transporte aéreo viabiliza, com incomparável eficiência, a conexão entre pessoas, o escoamento de mercadorias conforme demanda das economias mais modernas, além de representar relevante força motriz para o desenvolvimento socioeconômico do Brasil. Isso sem falar na sua relevância fundamental como elemento viabilizador do turismo, área esta muito aquém das potencialidades oferecidas pelo país.

Não obstante o potencial subjacente, não temos logrado êxito em retirar desse setor da atividade econômica os proveitos que poderíamos. Muito embora a atual conjuntura econômica iniba o crescimento dessa atividade, certamente há outros fatores internos que pesam contra, impedindo que as empresas aéreas funcionem, em sua plenitude, como indutoras do desenvolvimento socioeconômico do país.

Entre tais fatores inibidores do crescimento, ganha cada vez mais relevância a insegurança jurídica, advinda da resistência dos tribunais pátrios em dar vigência às normas especiais que regem os serviços de transporte aéreo e também as dificuldades em se implementar uma agenda regulatória que fomente a liberdade de atuação das empresas do setor e, portanto, o incremento da concorrência no mercado.

Ao longo dos últimos 25 anos temos testemunhado uma clara tendência em se negar vigência de tratados internacionais firmados pelo Brasil, notadamente aqueles que têm como objetivo a harmonização, no mundo, de regras relativas à responsabilidade civil do transportador aéreo. Da mesma forma, não obstante louváveis iniciativas recentes da Agência Nacional de Aviação Civil no sentido de aprofundar a desregulamentação do setor no plano econômico, seguindo a tendência que se verificou em outros países, com notáveis vantagens ao consumidor no que se refere à oferta de serviços e preços, temos visto extrema resistência de alguns setores da sociedade a ações neste sentido, como se desregulamentar normas relativas ao contrato de transporte aéreo de alguma forma diminuísse algum direito conquistado pelos consumidores, quando na realidade apenas os beneficiaria.

Essa reiterada violação dos tratados e injustificada resistência à desregulamentação econômica dos contratos de transporte, além de tornarem o país inadimplente no âmbito da comunidade internacional e imporem verdadeiras barreiras à liberdade de atuação das empresas aéreas – em razão das amarras impostas na forma de contratação dos serviços – causam insegurança jurídica e as conhecidas consequências deste fenômeno: inibem investimentos, impedem

o desenvolvimento e a otimização da eficiência do setor, frustram a geração de empregos e a conectividade entre as diversas regiões deste país continente e entre o Brasil e o mundo, em prejuízo de toda a sociedade.

Esta edição da *Revista do Advogado* reúne juristas, reguladores e advogados, e procura proporcionar uma visão de alguns dos fundamentos e especificidades do que convencionamos designar Direito Aeronáutico, que nada mais representa do que um conjunto de normas das mais diversas áreas do Direito Público e Privado, sistematicamente aplicáveis aos serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica.

Esperamos, com esse trabalho, fornecer ferramentas para que se adquira um melhor conhecimento do setor e das normas especiais a ele aplicáveis. Ainda, esperamos que se compreenda a urgência em assegurar vigência a tais normas especiais como única forma de alcançar a necessária segurança jurídica para que o transporte aéreo possa contribuir, com toda a sua potencialidade, para que o Brasil possa alçar voo ao destino que o país e o seu povo merecem: uma sociedade desenvolvida, eficiente, justa e próspera. O transporte aéreo muito tem a oferecer à sociedade, e certamente desempenhará o seu papel. Neste sentido, o operador do Direito muito tem a contribuir, aplicando a lei vigente.

N

ovos desafios do Direito

Aeronáutico do Trabalho.

A terceirização e contrato de trabalho intermitente à luz da profissão de aeronautas e aeroviários.

Carla Schnapp

Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
Advogada especializada em Direito Aeronáutico.

Sumário

1. Aeronautas, aeroviários e o novo horizonte legislativo
 2. A terceirização e a profissão dos aeronautas e aeroviários
 3. O trabalho intermitente no âmbito do Direito Aeronáutico do Trabalho
 4. Reflexões finais
- Bibliografia

“O aclamado autor israelense Yuval Noah Harari acredita que o avanço tecnológico e a engenharia genética criarão super-homens e faz algumas especulações aterradoras sobre o futuro da humanidade. Uma delas é a seguinte: ‘Enquanto a revolução industrial criou a classe trabalhadora, a próxima grande revolução criará a classe inútil’.

O risco do desemprego será a assombração do novo tempo.

A sociedade, as empresas, o direito do trabalho e o sindicalismo precisam adaptar-se ao novo tempo. A história não para. Quando surgiu a impressão offset, os linotipistas invadiam as redações para quebrar as novas máquinas. Quando surgiu o prêt-à-porter, alfaiates destruíram as lojas que vendiam roupas prontas. E mesmo assim, a história

não parou. Temos que ser passageiros do futuro e não prisioneiros do passado” (anotações para voto oral, Min. Luis Roberto Barroso, ADPF nº 324 e RE nº 958.252).¹

Ramo autônomo do Direito Privado,² o Direito do Trabalho pode ser genericamente conceituado como o conjunto de normas e princípios que regulam, de maneira geral, as relações de trabalho.

Mauricio Godinho Delgado inicia seu aclamado *Curso* (2017, p. 45), afirmando que o Direito do Trabalho é:

“[...] ramo jurídico especializado, que regula certo tipo de relação laborativa na sociedade contemporânea. Seu estudo deve iniciar-se pela apresentação de suas características essenciais, permitindo ao analista uma imediata visualização de seus contornos próprios mais destacados”.

A par da ordinária generalidade na aplicação das normas de Direito do Trabalho, algumas profissões possuem peculiaridades que demandam a criação de regras particulares e específicas, regras estas que, poder-se-ia afirmar, formam verdadeiras subcategorias dentro desta área do Direito.

Esse é o caso, sem dúvida, das normas que regem as profissões de aeronautas e aeroviários, profissões estas que possuem um arcabouço de regulações que transitam desde as Convenções Internacionais, passando pela Lei nº 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), pelo Decreto nº 1.232/1962 (que regulamenta a profissão dos aeroviários), pela Lei nº 13.475/2017 (que regulamenta a profissão dos aeronautas), pelas normas da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), pelas respectivas Convenções Coletivas das Categorias (tanto da aviação regular quanto de táxi aéreo e serviços aéreos especializados) e, por fim, mas de forma não menos expressiva, pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e regulamentos internos das empresas.

Frente a esse emaranhado de normas e à especificidade material que permeia a relação trabalhista envolvendo aeronautas, aeroviários e seus

empregadores, sequer seria ousado afirmar que estamos frente a um verdadeiro Direito Aeronáutico do Trabalho.

E, pelo óbvio, o aqui denominado Direito Aeronáutico do Trabalho não restou imune às transformações oriundas da chamada Reforma Trabalhista.

A Lei nº 13.467/2017 (amplamente conhecida por Reforma Trabalhista) foi alvo de inúmeras críticas e censuras, não somente por seu conteúdo, mas também pela rápida tramitação no Congresso Nacional, em especial se considerarmos sua relevância e complexidade.

Somente a título ilustrativo, o anteprojeto da Reforma Trabalhista – texto original – foi apresentado à Câmara dos Deputados em 23/12/2016 (Projeto de Lei nº 6.787/2016) e o relatório final foi concluído na Casa em 12/4/2017. Em 24/4/2017 foram apresentadas 457 emendas a este projeto, as quais foram discutidas e aprovadas em dois dias, ou seja, 26/4/2017.³

Em 28/4/2017, em meio a uma greve geral com ampla cobertura da mídia internacional (SÁ, 2017) que teria registrado paralisações em 150 cidades (COSTA; MENDONÇA, 2017),⁴ chegando, segundo os organizadores, a uma adesão de 40 milhões de pessoas (EFE, 2017), o projeto de lei – então aprovado pela Câmara – foi encaminhado ao Senado (PLC nº 38/2017); sendo certo que em 3/5/2017 iniciou seu trâmite pelas diversas relatorias da Casa. Em 11/7/2017, o PLC nº 38/2017 foi aprovado pelo Plenário do Senado e levado à

1. Revista Eletrônica. *Terceirização antes e depois da Reforma Trabalhista*. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v. 8, n. 72, Registro Especial, p. 299, out. 2018.

2. A discussão sobre a autonomia do Direito do Trabalho e sua natureza jurídica nos parece há muito superada, porém elucidações nesse sentido estão difundidas em obras clássicas como *Curso de Direito do Trabalho* (Mauricio Godinho Delgado) ou *Instituições do Direito do Trabalho* (Arnaldo Süssekind), dentre muitos outros.

3. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>.

4. Não houve um balanço oficial sobre a quantidade de pessoas que aderiram à greve ou sobre os protestos espalhados nas principais capitais brasileiras.

sanção, sendo certo que a Lei nº 13.467/2017 foi publicada em 14/7/2017, entrando em vigor em 120 dias,⁵ ou seja, 11/11/2017.

Assim, em meio a este panorama social turbulento, tentaremos avaliar, sem pretensão de sermos exaustivos, alguns dos principais desafios que transpõem o aqui denominado Direito Aeronáutico do Trabalho, tanto em relação à profissão do aeroviário quanto à profissão do aeronauta, focando, em especial, em dois temas que se mostram de bastante relevo no novo cenário do Direito do Trabalho pós-Reforma, quais sejam: a terceirização e o contrato de trabalho intermitente.

Porém, antes de adentrarmos nesses dois tópicos propriamente ditos, entendemos ser de grande valia, para fins meramente didáticos, desenredar um pouco mais a figura do aeronauta e do aeroviário.

1 Aeronautas, aeroviários e o novo horizonte legislativo

Somente a título de rápido esclarecimento, aeronauta é o profissional que exerce função remunerada a bordo de aeronave civil nacional, ou que, em exercendo atividade a bordo de aeronave estrangeira, tenha seu contrato de trabalho regido por lei brasileira.

Aeroviário, por sua vez, é o trabalhador que, não sendo aeronauta, exerce função remunerada nos serviços terrestres de empresa de transportes aéreos.

Também será considerado aeroviário, nos termos da lei, o titular de licença e respectivo certificado válido de habilitação técnica, expedidos pela então denominada Diretoria de Aeronáutica Civil,

para prestação de serviços em terra, que exerça função efetivamente remunerada em aeroclubes e escolas de aviação civil. Igualmente, será aeroviário o titular, ou não, de licença e certificado, que preste serviço de natureza permanente na conservação, manutenção e despacho de aeronaves.

O verdadeiro cerne de ambas as profissões, contudo, vai muito além das meras definições acima esposadas. Aeronautas e aeroviários são profissionais singulares na medida em que o exercício de suas atividades pressupõe o desafio constante em comprovar – durante a carreira – a detenção e revalidação de todas as habilidades, adestramentos, e certificações técnicas e físicas, necessárias e imprescindíveis para o exercício de suas funções.

Aeronautas e aeroviários são profissionais singulares.

É o dinamismo da indústria, em constante mutação, bem como seu aperfeiçoamento, decorrente do progresso técnico e operacional das atividades aéreas, que pontua a necessidade de constante aprimoramento, característica intrínseca que distingue e caracteriza estas profissões, e, portanto, estes profissionais.

Aliás, nunca é demais lembrar que todo esse conjunto de normas e regramentos, que formam o aparato legislativo que sustenta o exercício de ambas as profissões, foi desenhado para salvaguardar nada menos do que o principal objetivo de toda a indústria aeronáutica, qual seja efetivar o transporte aéreo em perfeita segurança.⁶

Não podemos olvidar, todavia, que o dinamismo e a inovação que caracterizam a indústria aeronáutica colidem frontalmente com o nosso sistema legislativo que, em regra, caminha a passos lentos e em descompasso com as necessidades da sociedade.

Como bem coloca Francisco Pedro Jucá (2010, p. 136):

5. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>.

6. Não é à toa que tanto a “Missão” quanto a “Visão” da Anac referem-se à “segurança” como principal desígnio, transcreve-se: “Missão: garantir a todos os brasileiros a segurança e a excelência da aviação civil. Visão: ser uma autoridade de referência internacional na promoção da segurança e do desenvolvimento da aviação civil”. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/A_Anac/institucional>.

“[...] a velocidade de mutação da ordem jurídica estatal não acompanha essas mudanças factuais, gerando uma defasagem significativa, um desencontro consecutório do diacronismo referido, entre o legislado e o fato, o que, a seu turno, enseja desprestígio, enfraquecimento e mesmo esvaziamento desse legislado. Daí decorre a perda da capacidade de produção de efeitos das normas sobre os fatos na relação normante/normado”.

Contudo, estamos em meio a um momento histórico *sui generis*, especialmente se focarmos na seara do Direito do Trabalho, vez que vivenciamos um período em que, ao menos aparentemente, se pretende a concretização da eterna promessa da modernização das práticas trabalhistas por meio de nova legislação, a qual, como acima mencionado, vem sendo denominada Reforma Trabalhista.

Sem pretensão de ingressar em seus males ou benesses, nos parece que a Lei nº 13.467/2017 pretende alcançar, ao menos em tese, objetivos tais como: a modernização/flexibilização do Direito do Trabalho; a geração de novos empregos; o fim da insegurança jurídica que se interpõe na relação empregado-empregador; e a redução no número de processos trabalhistas,⁷ dentre outros que – novamente, em tese – seriam obtidos por meio das recém-lançadas normas legais.

É nessa linha que regras acerca da flexibilização de jornada de trabalho, das demissões por meio de mútuo acordo, do parcelamento de férias, do trabalho intermitente, da terceirização, da prevalência dos acordos coletivos sobre as convenções coletivas, do fim do pagamento da contribuição sindical obrigatória, dentre inúmeras outras, passaram a afetar as relações de trabalho em geral, incluindo – em diversos pontos – as profissões que elegemos por abordar nesse artigo.

Porém, a Reforma Trabalhista não entrou no panorama do Direito Aeronáutico do Trabalho desacompanhada. Ela veio escoltada pela Lei da Terceirização (Lei nº 13.429/2017),⁸ que trouxe importantes reflexos tanto para os aeronautas

quanto para os aeroviários no exercício de suas respectivas atividades; e pela Lei dos Aeronautas (Lei nº 13.475/2017), que, apesar de ainda não inteiramente vigente (alguns de seus artigos somente entrarão em vigor em fevereiro de 2020), veio trazer um pouco de alento à categoria, que amargava, há mais de 30 anos, uma legislação flagrantemente suplantada pela rápida dinâmica transformadora da indústria, que aqui antes mencionamos.

Os aeroviários, por sua vez, apesar de serem atingidos por parte dessa onda que aspira trazer modernidade, continuam suportando uma legislação específica da profissão completamente *outdated* (o decreto que regulamenta a profissão dos aeroviários é de junho de 1962) e que, indubitavelmente, carece de renovação.⁹

2 A terceirização e a profissão dos aeronautas e aeroviários

A busca por uma produção mais eficiente, com foco no desenvolvimento interno e no *core business* das empresas fez surgir nos Estados Unidos, logo após o início da Segunda Guerra Mundial, o processo conhecido como terceirização.

A terceirização, em apertada síntese, configurou-se como uma prática de mercado ou gestão

7. Como bem esclareceu o ministro Barroso, abrindo sua apresentação no *Brazil Forum*, em Londres – 2017 – o Brasil, sozinho, é responsável por 98% dos processos trabalhistas em todo o planeta Terra, sendo que detém 3% da população mundial.

8. Apesar de ser aqui denominada Lei da Terceirização, como aspecto facilitador da leitura e do entendimento, a realidade é que a Lei nº 13.429/2017 é a lei que altera dispositivos da Lei nº 6.019/1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e também sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

9. Em breve pesquisa a respeito do tema encontramos somente um projeto de lei de 1976, de iniciativa do senador Franco Montoro, que dispunha sobre transferência de aeroviário, dentre outras providências, o qual foi arquivado em 1980. Encontramos por fim um projeto de lei de 1990, de autoria do Senado Federal, sobre a concessão de adicional de insalubridade aos aeroviários, cujo recurso para tramitação – diga-se, interposto em 1996 – foi decidido favoravelmente em 2015, para ir à pauta de julgamento oportunamente. Nada mais encontramos que pudesse denotar a possibilidade de a Lei dos Aeroviários vir a ser alterada em futuro próximo.

administrativa que se caracteriza por delegar parte das atividades da cadeia produtiva para outra empresa, denominada prestadora de serviços.

Referida prática acaba, de certa forma, por esvaziar os modelos fordista e taylorista,¹⁰ proporcionando uma organização mais horizontal dos sistemas de produção que, conseqüentemente, acaba por reduzir – ou até mesmo eliminar, dependendo das circunstâncias – parcela da subordinação inerente às relações de emprego, estando mais alinhada, portanto, ao modelo toyotista de produção.^{11 e 12}

No Brasil, a prática da terceirização chega com força ao mercado entre os anos 1980 e 1990.

Trazida pelas multinacionais que se instalavam cada vez mais no país, e em meio a um contexto de baixo crescimento econômico e de reestruturação produtiva, a técnica de terceirização acabou sendo utilizada como uma forma de reduzir custos e especializar as empresas em suas atividades principais de trabalho.¹³

Porém, a ausência de qualquer lei específica sobre o tema carregou ao Judiciário a necessidade de se posicionar acerca da matéria.

Sob a convicção de que esta modalidade de contratação causava prejuízos ao trabalhador e o aviltamento de suas condições de trabalho, a Súmula nº 256 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), publicada em 30/9/1986, se consolidou, prevendo como ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, declarando, sem qualquer dubiedade, que o vínculo de emprego se formava diretamente com o tomador de serviços.¹⁴ Em outras palavras, a Súmula nº 256 do TST vedava a terceirização de forma bastante manifesta.

Como sempre, contudo, circunstâncias fáticas oriundas de uma dinâmica social que almejava a integração dos sistemas produtivos e, conseqüentemente, significativa redução de custos, conduziram à necessidade de que o Direito – enquanto expressão viva de referida dinâmica – se cunhasse de forma adequada.

Nessa esteira, restou publicada a Súmula nº 331 do TST,¹⁵ que, em um primeiro momento, somente veio a revisar a então Súmula nº 256; mas,

10. Criada pelo engenheiro Frederick Taylor (1856-1915), o denominado taylorismo preceitua em síntese que os trabalhadores deveriam ser organizados de forma hierarquizada e sistematizada; de maneira que cada um desenvolveria uma atividade específica dentro do sistema produtivo da indústria, em outras palavras haveria uma especialização do trabalho. No fordismo (criado por Henry Ford – 1863-1947), manteve-se, de certa forma, o mecanismo de produção e a organização de gerenciamento do taylorismo, porém o modelo se baseava na produção industrial em massa e objetivava um maior alcance de produtividade através da padronização no processo de fabricação. Esta padronização era facilitada pelo fato de que cada funcionário era responsável por uma etapa do processo.

11. O toyotismo foi desenvolvido em 1962 na fábrica da Toyota pelo japonês Taiishi Ohno (1912-1990). O toyotismo é caracterizado pelo trabalho em equipes, de maneira que os próprios grupos se organizem e controlem sua forma de trabalhar, objetivando um aperfeiçoamento contínuo. Esse sistema leva a uma mitigação da subordinação inerente nas relações de trabalho e faz surgir uma estrutura mais horizontal.

12. Interessante artigo sobre as formas de produção denominado “Taylorismo, Fordismo e Toyotismo”, de autoria da doutoranda Andressa de Freitas Ribeiro, pode ser encontrado na Revista da PUC pelo site <<https://revistas.pucsp.br/ls/article/viewFile/26678/pdf>>.

13. *Terceirização nos anos 90: o que mudou para os trabalhadores Brasileiros* – artigo baseado na monografia homônima defendida em dezembro de 2008, UFMG. Trabalho apresentado no XVII →

→ Encontro Nacional de Estudos Populacionais, Abep, realizado em Caxambu-MG, Brasil, de 20 a 24 de setembro de 2010.

14. Súmula nº 256/TST – 30/9/1986 – Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Empresa prestadora de serviços (cancelada pela Res. 121/2003 – DJU 21/11/2003 – Redação anterior: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis 6.019, de 03/01/74 e 7.102, de 20/06/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”).

15. Súmula nº 331/TST – Redação atualizada de acordo com a Resolução nº 174/2011:

“I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019/1974)

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (CF/88, art. 37, II).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20/06/83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. →

aos poucos, especialmente já no início dos anos 2000, revisitou a matéria de forma mais completa, abrاندando sua antiga rigidez.

Na época, no contexto da indústria aeronáutica – como em muitas outras – a terceirização era tendência.

Sob o irrefragável amparo do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986), da antiga Portaria nº 382/DGAC de 28 de abril de 2004, que aprovou a Instrução de Aviação Civil nº 163-1001A, expressamente revogada pela atual Resolução nº 116 da Anac, as empresas áreas optaram por terceirizar vários serviços, em especial os assim denominados serviços auxiliares de transporte aéreo, vez que, incontestavelmente, constituem parte das atividades-meio desenvolvidas na indústria aeronáutica.

Referida prática, que se firmou e se avultou ao longo dos anos, levou o Ministério Público do Trabalho a investigar, e posteriormente ingressar com ações civis públicas em face de praticamente todas as companhias aéreas em operação no território nacional.

Utilizando-se, em um primeiro momento, do argumento de que mencionada prática constituiria terceirização ilícita, vez que tratar-se-ia de terceirização de atividade-fim; e, em um segundo momento, de que haveria vínculo de subordinação entre o tomador de serviços e os empregados do prestador terceirizado; buscava o Ministério Público encontrar no Judiciário guarida para sua tese, que – ao final – muitas vezes restou por ser acolhida, especialmente quando comprovada a existência de elemento subordinante na relação entre o tomador de serviços e o empregado do prestador.

A celeuma concernente a terceirização da prestação de serviços de atividade-fim ou atividade-meio, debatida no Judiciário ao longo de mais de 20 anos, acabou sendo assentada pela Lei nº 13.429/2017 (Lei da Terceirização) e, posteriormente, pela Lei 13.467/2017 (Reforma Tra-

balhista), vez que ambas acabaram por modificar a redação da Lei nº 6.019/1974 (Lei do Trabalho Temporário) para fazer constar, em resumo, que a contratante/tomadora pode transferir para a prestadora de serviços a execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal; concluindo, de forma explícita, que não há vínculo de emprego entre empregados ou sócios da empresa prestadora de serviços com a empresa tomadora, independentemente do tipo de atividade desenvolvida.¹⁶

Finalmente, pouco após, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e o Recurso Extraordinário (RE) nº 958252, com repercussão geral reconhecida, decidiu, em agosto de 2018, que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo. Como consequência, por fim, revelaram-se inconstitucionais os incisos I, III, IV e VI da Súmula 331 do TST.¹⁷

A par das inovações legais no tocante à terceirização, não temos dúvidas de que a aprecia-

→ V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21/06/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

16. Lei nº 6.019/1974 – Art. 4º-A – *caput* alterado pela Lei nº 13.467/2017 e § 2º alterado Lei nº 13.429/2017.

17. ADPF nº 324. Processo nº 99975-98.2014.1.00.0000. Distrito Federal. Decisão: “O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Carmen Lúcia. Plenário, 30.8.2018.”.

ção da matéria pelo Judiciário carreará ainda muitos debates.

Basta lembrarmos que na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela Anamatra em 2017, foram aprovados 125 enunciados, dentre os quais mais de dez restaram destinados à terceirização. Um dos principais enunciados sobre o tema, aliás, elucidava que a terceirização da atividade-fim violava o princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, sendo certo que, presentes os requisitos do art. 3º da CLT, o vínculo de emprego formar-se-ia diretamente com a empresa prestadora de serviços.¹⁸

De qualquer maneira, mesmo que não haja configuração de vínculo empregatício entre o tomador e o empregado do prestador de serviços, fato é que a responsabilidade subsidiária – que agora resta prevista em lei – remanesce; de forma que cabe ao tomador a fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista por parte do prestador de serviços.

No tocante aos aeronautas, todavia, o fenômeno da terceirização acabou tomando caminho reverso.

A Lei nº 13.475/2017 (Lei dos Aeronautas) veda a terceirização da atividade remunerada dos tripulantes a bordo de aeronave, vez que estabelece, de maneira inexorável, que a prestação de serviços deve ser formalizada obrigatoriamente por meio de contrato de trabalho firmado diretamente com

o operador. Exceção à regra acerca da necessidade de vínculo empregatício entre tripulante e operador também restou estipulada na norma, a qual estabelece que, em condições específicas, e mediante autorização da autoridade aeronáutica, o operador da aeronave poderá utilizar-se de tripulantes instrutores, a ele não vinculados por contrato de trabalho.

A Lei dos Aeronautas veda a terceirização da atividade remunerada dos tripulantes a bordo de aeronave.

Interessante esclarecer, ainda, que a legislação do aeronauta traz em seu bojo regra que, de certa forma, poderia ser entendida como restrição ao tripulante de voo ou de cabine no que concerne a prestação de trabalho remunerado a outro operador, com quem não mantenha vínculo empregatício.

Prevê a norma em comento que – presentes condições específicas e também mediante autorização de autoridade da aviação civil brasileira – o operador de aeronaves poderá, por meio de contrato de prestação de serviços, autorizar que seus instrutores ministrem instrução para tripulantes que estejam vinculados a outros empregadores.

Esta limitação à prestação de serviços dos aeronautas diretamente a outros operadores despondaria, em nossa perspectiva, como resultado da natureza da própria atividade. Explica-se:

Em uma simples análise da Lei dos Aeronautas detecta-se ampla preocupação com a jornada de trabalho, com o controle de referida jornada, como também com a concessão de períodos de descanso e escalas dos tripulantes. E, essa preocupação, deriva – nada mais nada menos – do fato de que os tripulantes estão sujeitos a incomensurável fadiga.

18. Terceirização. Atividade-fim. O *caput* e § 1º do art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974 (que autorizam a transferência de quaisquer atividades empresariais, inclusive a atividade principal da tomadora, para empresa de prestação de serviços) são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro (art. 7º, inciso I, CR e arts. 3º e 9º, CLT), pois implicam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (arts. 1º, inciso IV; 5º, § 2º; 6º; 170 e 193, todos da CR e Constituição da OIT). Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, forma-se vínculo de emprego direto com a empresa tomadora de serviços. (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) – Enunciados Aprovados na Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) e XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Conamat) (2018).

Não é por outro motivo que há mais de uma década o Congresso Americano solicitou a órgão da Federal Aviation Administration (FAA) (mais precisamente ao Civil Aerospace Medical Institute – Cami) e à National Aeronautics and Space Administration (Nasa) inúmeros estudos acerca da fadiga; estudos estes que, em suma, restaram por concluir que o grau de desempenho do tripulantes acaba sendo negativamente afetado pelo fadigamento, especialmente quando atuam em *round the clock operations*, uma vez que as medidas prescritivas normalmente adotadas pela legislação para prevenir a fadiga acabam, muitas vezes, por não levar em conta questões como fuso horário, as necessidades fisiológicas de recuperação do organismo e o ritmo circadiano (BANKS et al., 2009).

Aliás, a nova Lei do Aeronauta acaba por incluir em seu bojo capítulo inteiramente dedicado ao gerenciamento de risco de fadiga humana, sendo certo que, em 19/3/2019 foi publicado no Diário Oficial o RBAC nº 117,¹⁹ que regulamenta o art. 19 e parágrafos da Lei nº 13.475/2017.

De de acordo com a Anac, buscou-se, com aludida regulamentação, a adoção das melhores práticas internacionais de aviação, previstas no anexo VI da Organização de Aviação Civil Internacional (Oaci), de forma adequar o Brasil aos padrões operacionais e internacionais de segurança.²⁰

Nesse panorama, a necessidade de limitações e restrições relacionadas à prestação de serviços de aeronautas a operadores aos quais não se encontram vinculados por contrato de trabalho encontra fundamento na segurança – ponto focal do transporte aéreo, conforme já mencionado – vez que, de acordo com a própria regulação da Anac, o tripulante empregado deve utilizar as oportunidades de sono, os períodos de repouso, descanso e adaptação para obter a quantidade de pausa suficiente de maneira a realizar – com segurança – a próxima atividade prevista em sua escala de trabalho.²¹

3 O trabalho intermitente no âmbito do Direito Aeronáutico do Trabalho

Seguindo tendência já consolidada em alguns países europeus,²² o trabalho intermitente, até então sem específico regramento em nosso ordenamento jurídico, foi introduzido pela Lei nº 13.467/2017, com objetivo de, ao menos em tese, compatibilizar os interesses de empregados e empregadores.

De um lado, por ocorrer de forma esporádica e ser remunerado exclusivamente pelo período efetivamente trabalhado, o trabalho intermitente possibilitaria flexibilidade ao empregador que, devido a características intrínsecas de seu ramo atividade, tem sazonalidade de produção. Por outro prisma, todavia, teria por objetivo tirar da informalidade o trabalhador que, não fosse essa forma de contratação, provavelmente permaneceria sem qualquer vínculo de emprego.

De acordo com o Ministério da Economia, de janeiro a dezembro de 2018 foram realizadas

19. RBAC nº 117 – Regulamento Brasileiro de Aviação Civil nº 117.

20. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/noticias/2019/publicado-o-rbac-sobre-requisitos-para-o-gerenciamento-de-risco-de-fadiga-humana>>.

21. RBAC nº 117 – subparte B – item 117.21 – Obrigações dos tripulantes “(a) Um tripulante empregado por um operador deve utilizar a oportunidade de sono, os períodos de repouso, descanso e adaptação para obter a quantidade de sono suficiente para realizar com segurança a próxima atividade prevista na escala de trabalho. (b) Nenhum tripulante pode aceitar operar uma aeronave se, considerando as circunstâncias do voo a ser realizado, tiver razões para acreditar que esteja, ou provavelmente venha a estar sob o efeito de fadiga que possa prejudicar o seu desempenho de modo a afetar a segurança da operação. (c) Um tripulante empregado por um operador deve, antes de qualquer jornada, informar ao operador qualquer situação que o esteja afetando, ou seja, relacionada à jornada, sobre a qual tenha razão para acreditar que pode afetar sua capacidade de atender às políticas de gerenciamento de risco da fadiga do operador ou os limites operacionais e requisitos dos apêndices aplicáveis ao operador. (1) Este parágrafo não requer que o tripulante informe repetidamente uma situação de caráter permanente que já tenha sido anteriormente relatada ao operador”.

22. O Reino Unido, em 1998 adotou o denominado *zero hour contract*, modelo mais parecido com o adotado pelo Brasil; em 2003 a Alemanha adotou os *geringfügige Beschäftigung* ou *minijobs* (miniempregos); a Itália, em 2003, adotou o *lavoro intermitente*, e Portugal admitiu o contrato intermitente em 2009, dentre outros.

69.985 admissões e 19.951 desligamentos na modalidade de trabalho intermitente.²³

A aritmética dos dados nos leva a um saldo positivo de 50.034 empregos no período, o que, após um ano de vigência da lei, pode ser visto como uma perspectiva otimista.

Contudo, devido à natureza deste contrato – por ausência de garantia de uma renda mínima – é impossível mensurar se este resultado aparentemente positivo gera, de fato, um impacto real na economia. Mesmo porque não se pode olvidar que a reforma acabou por vir a ser implementada em um momento de pouco dinamismo econômico, com eleições presidenciais para acontecer em menos de um ano.

Ademais, críticas contundentes são feitas a essa forma de contratação, vez que, dentre outras questões, a Lei nº 13.467/2017 acabou por não regular satisfatoriamente o instituto, que apresenta incontestes lacunas, as quais, antecipamos,

acabarão por serem preenchidas por uma vasta e nem sempre homogênea jurisprudência,²⁴ isso assumindo-se que esta forma de contratação sobreviverá às ações que buscam a declaração de sua inconstitucionalidade.²⁵

O que não podemos nos permitir é a estagnação, a inexistência de possibilidades.

Ultrapassadas essas questões, fato é que, no momento atual, nada obsta a utilização do contrato de trabalho intermitente no que concerne ao empregado aeroviário. Na verdade, e a par da antecipação trazida pelo nosso Judiciário no sentido de que escrutinará todo e qualquer contrato firmado com base no regime de trabalho intermitente, a indústria aeronáutica parece carecer de uma forma de suprir a sazonalidade – positiva e negativa – e as demandas específicas inerentes ao seguimento. A possibilidade de poder contar com a ajuda de empregados já treinados, contratados em regime intermitente, poderia ser atrativa para um setor que possui certa oscilação de demanda.

No tocante aos aeronautas, contudo, há expressa vedação legal à utilização do trabalho intermitente. O § 3º do art. 443 da CLT, com redação trazida pela Lei nº 13.467/2017 expressamente preceitua que aeronautas não podem ser submetidos a esse regime de contratação.²⁶

A excepcionalidade legal, negociada após a mobilização da categoria que foi levada a estado de greve em abril de 2017,²⁷ se justifica.

Isto porque os aeronautas, em especial pilotos e copilotos, precisam de proficiência e experiência, características estas que acabam por ser potencialmente adquiridas com a prática advinda do exercício regular da profissão.

E a possibilidade de inatividade, em especial por longos períodos, leva ao comprometimento

23. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/23/apos-3-anos-de-demissoes-brasil-cria-529-mil-empregos-formais-em-2018.ghtml>>.

24. Realizou-se em Brasília – de 9 a 10 de outubro de 2017 – a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Acerca do trabalho intermitente restaram acordados os Enunciados nºs 73 e 84 a 90. Destaca-se, por sua importância, o Enunciado nº 73. “Contrato de Trabalho Intermitente: Inconstitucionalidade. É inconstitucional o regime de trabalho intermitente previsto no art. 443, § 3º, e art. 452-S da CLT, por violação do art. 7º, I e VII da Constituição da República e por afrontar o direito fundamental do trabalhador aos limites de duração do trabalho, ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas”.

25. Até o momento que elaboramos este artigo não havia qualquer liminar concedida nas Adins que discutem, dentre outras matérias, a constitucionalidade do trabalho intermitente, sendo certo que há parecer da procuradora geral da República – Raquel Dodge – nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 5.806 e 5.829, ambas de relatoria do ministro Edson Fachin, pugnando pela extinção dos processos, ou, no mérito, pela improcedência dos pedidos.

26. Art. 443: “§ 3º - Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinado em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os Aeronautas, regidos por legislação própria”.

27. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pilotos-e-comissarios-desistem-de-greve-apos-negociacao-com-parlamentares,70001755102>>.

destas competências, o que, em última análise, poderia colocar em risco a própria segurança da aviação.

4 Reflexões finais

Como cotejado no início deste artigo, a história não para, e as transformações ocorrem em uma velocidade espantosa, que não permite pausas e tampouco retrocessos, não restando ao Direito alternativa, mas somente caminhar a passos largos, rápidos e eficientes, em direção ao futuro.

Como há muito não ocorria – pelo menos sob o prisma do Direito Aeronáutico do Trabalho – estamos vivenciando um momento auspicioso, em que uma série de inovações legais acabaram de ser introduzidas.

A Reforma Trabalhista, a Lei de Terceirização e a nova legislação para regulamentação das atividades dos aeronautas estão em pleno vigor e, esperamos, produzirão efeitos positivos na indústria.

Em relação à terceirização, observamos uma tendência de se ampliar as suas possibilidades legais. Estando finalmente dirimida a questão concernente à terceirização de atividade-fim ou atividade-meio (que no caso do indústria aeronáutica, apesar de muito debatida, configurava-se há muito incontestes, em vista da natureza dos serviços

auxiliares ao transporte aéreo), seria imprescindível que conseguíssemos uma melhor aceitação, pelo Judiciário, na análise do instituto.

Por parte das companhias aéreas, entendemos de relevo a demonstração de que terceirização não implica precarização dos direitos trabalhistas. Importante também que se criassem mecanismos de forma que os empregados terceirizados restassem subordinados, única e exclusivamente, a seus empregadores – ou seja, aos prestadores de serviço. Tudo isso certamente colaboraria para que a terceirização, como tendência mundialmente referendada, fosse finalmente encampada pelos juízes brasileiros.

O trabalho intermitente, apesar de justificadamente inaplicável aos aeronautas, pode vir – no tocante aos aeroviários – a ser uma maneira de mitigar a sazonalidade inerente à indústria aeronáutica.

Reconhece-se que a especialidade e as habilidades necessárias ao exercício da profissão podem obstacularizar a utilização de contratos intermitentes pelas companhias aéreas. De qualquer maneira, e sempre tentando manter um olhar otimista para as recentes mudanças, o que não podemos nos permitir é a estagnação, a inexistência de possibilidades. Em estando devidamente regulamentado o instituto, sua utilização – ou não – é só uma questão de conveniência e oportunidade. ■

Bibliografia

BANKS, Joy O.; AVERS, Katrina E.; NESTHUS, Thomas E.; HAUCK, Erica L. *Flight Attendant Fatigue, Part V: A Comparative Study of International Flight Attendant Fatigue Regulations and Collective Bargaining Agreements*. Civil Aerospace Medical Institute - Federal Aviation Administration, nov. 2009. Final Report.

COSTA, Camila; MENDONÇA, Renata. “Greve foi menor do que organizadores esperavam, mas maior que o governo gostaria”, diz cientista político. *BBC*. 29 abr. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

EFE. Greve geral reúne 40 milhões de trabalhadores, dizem sindicatos. *Exame*. 28 abr. 2017.

JUCÁ, Francisco Pedro. Flexibilização normativa trabalhista através do Estado-Membro. In: MARTINS, Sergio Pinto; MESSA, Ana Flavia (Coord.). *Empresa e Trabalho: Estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÁ, Nelson de. No exterior, cobertura da greve geral foca Lula e apoio de igrejas. *Folha de S. Paulo*, 28 abr. 2017.

Câmaras de indenização: solução extrajudicial x judicialização.

Eduardo Lemos Barbosa

Diretor e professor da ESA da OAB-RS. Conselheiro estadual da OAB-RS. Diretor do IBDFAM-RS. Professor da AASP. Pós-graduado em Direito de Família. Autor de livros e artigos jurídicos. Membro consultor das Comissões Especiais de Direito de Família e Sucessões e de Defesa do Consumidor/Conselho Federal da OAB. Mestrando em Direito.

Sumário

1. Introdução
 2. O caos do Judiciário
 3. Câmara de Indenização na prática
 - 3.1. Danos materiais e morais definidos
 - 3.2. Das vantagens da câmara
 4. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

Certamente, um dos assuntos mais delicados, tanto no cenário jurídico nacional como no âmbito do Direito Comparado, é relacionado a como evitar que se alongue demasiadamente o processo de indenização para os familiares das vítimas de acidentes aéreos.

Trata-se de uma situação trágica, pois é muito raro haver sobreviventes em acidentes aéreos. Todavia, no avião da companhia aérea da LaMia, que levava a delegação do time de futebol de Santa Catarina, a serviço da Associação Chapecoense de Futebol, e saiu de Santa Cruz de La Sierra, na Bolívia, em direção a Medellin, na Colômbia, houve milagrosamente seis sobreviventes, além dos 71 mortos, em 28 de novembro de 2016.

Aliás, em termos de acidentes aéreos, a estatística divulgada no *site* Panrotas¹ pela Flight Safety

1. Disponível em: <<https://www.panrotas.com.br/aviacao/pesquisas>>→

Foundation mostra os EUA com um total de 827 acidentes nos últimos 78 anos, somando mais de 10 mil óbitos envolvidos. A Rússia vem em seguida, com 520 mortes registradas e 8,4 mil fatalidades.

O Brasil vem em terceiro lugar no índice de acidentes aéreos, porém com menos mortes em relação ao quarto colocado, a Colômbia. São 188 incidentes em território brasileiro e 2,7 mil fatalidades contra 182 em céus colombianos e 2,9 mil mortes.

Confira abaixo os dez países com mais acidentes e fatalidades nos últimos 78 anos.

País	Acidentes com fatalidade	Número de mortes
Estados Unidos	827	10.722
Rússia	520	8.430
Brasil	188	2.728
Colômbia	182	2.919
Canadá	179	1.764
Reino Unido	105	1.289
França	104	2.247
Indonésia	98	2.035
México	96	1.247
Índia	93	2.329

Recentemente, um dos aviões mais modernos da história, com os recursos tecnológicos mais avançados, o Boeing 737 MAX 8, propiciou dois acidentes aéreos, com mais de 300 mortos, no período de cinco meses (entre outubro de 2018/Indonésia e março de 2019/Etiópia), e levou mais de 50 países do mundo todo a impedir a utilização dessas aeronaves nos seus espaços aéreos.

Aliás, foi um duro golpe na inteligência artificial, e seus *robots* e algoritmos que praticamente pilotavam aquela aeronave.

Dentro deste cenário, o presente artigo pretende abordar a possibilidade da solução da problemática indenizatória, das famílias das vítimas de acidente aéreo. Abordagem esta que pretende ser essencialmente pragmática, não se reportando a aspectos doutrinários, até porque, em relação a este tema, temos a realidade dos casos como fonte.

Portanto, o objetivo é descrever o maior caso de sucesso de implementação da Câmara de Indenização no mundo, que foi o voo JJ/3054, e as possibilidades de sua implementação em outros acidentes, com a finalidade de solucionar as questões indenizatórias das famílias de vítimas de acidente aéreo.

2 O caos do Judiciário

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, existem, no Brasil, atualmente, 80 milhões de processos.² Portanto, como somos aproximadamente 209 milhões de habitantes, temos uma média alarmante de um processo para cada três brasileiros, em números redondos.

Esta pesquisa também demonstrou que o tempo de tramitação de uma sentença no Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de 11 meses.

O processo, do início ao fim, no Judiciário brasileiro, pode levar cerca de nove anos.

Na primeira instância, a média da demora na prolação da sentença é de aproximadamente dois anos e quatro meses. Na fase de execução, o tempo médio sobe para seis anos e quatro meses.

Com isso, o processo, do início ao fim, no Judiciário brasileiro, pode levar cerca de nove anos.

É inadmissível esta situação! Ainda mais na área indenizatória, na qual os familiares estão despedaçados emocionalmente e não possuem condições de enfrentar um longo processo judicial, com audiências intermináveis e recursos protelatórios.

→ e-estatisticas/2018/04/eua-lidera-em-numero-de-acidentes-aereos-com-morte-brasil-e-3o_154971.html>. Acesso em: 9 abr. 2019.

2. Site Agência Brasil. Acesso em: 9 abr. 2019.

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015, dentre seus objetivos, procurou dar celeridade à prestação jurisdicional ao eliminar hipóteses do recurso de agravo de instrumento, impondo o endereço eletrônico para citação, dentre outras tantas medidas, mas seus efeitos não produziram o resultado esperado.

Também, a mediação foi obstinadamente colocada no Código, como meio de solução do litígio. Todavia, o art. 334 do CPC, que prevê a designação de audiência de conciliação ou de mediação, com antecedência mínima de 30 dias, partindo da data do ingresso da ação, mostrou-se inviável, pois quase a totalidade das varas cíveis não possui disponibilidade de pauta para que tal medida seja adotada.

Neste sentido, o CPC determinou que os Tribunais Estaduais criem centros judiciários de solução consensual, objetivando a realização de sessões e audiências de conciliação e mediação.

Mesmo com a boa vontade do legislador em acelerar e tentar evitar o andamento do processo, por meio da mediação e conciliação, a verdade é que, na realidade forense, como diria Calamandrei, pouca coisa alterou de forma significativa a celeridade da justiça.

3 Câmara de Indenização na prática

A mediação tão apregoada e buscada no Código de 2015, na verdade, já havia tido seu grande momento histórico quando do acidente aéreo ocorrido em 17/7/2007, em Congonhas, com o voo 3054, da TAM, que vitimou 199 pessoas, considerado o maior desastre da aviação brasileira de todos os tempos.

Neste episódio emblemático, atuei como advogado de diversas famílias e acompanhei de perto toda a complexidade da situação, tanto jurídica como emocional. Reportando-me apenas ao aspecto jurídico da tragédia, percebi, desde o começo, uma aversão das pessoas em ingressar no

Judiciário, justamente porque o consideravam extremamente moroso e com um custo muito alto.

Era o fim do ano de 2008, e praticamente a totalidade das 199 famílias reunia-se, durante dois fins de semana por mês, em um hotel na região do aeroporto de Congonhas, com a finalidade de discutir os mais variados aspectos da tragédia.

Na época, por iniciativa do Ministério Público (MP) e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, foi criada a Câmara de Indenização: um órgão que tinha a intenção de atuar como mediador de conflito entre as famílias, a empresa TAM e sua seguradora.

A mediação foi realizada por um representante do MP e cada parte compareceu com seu respectivo advogado. A solução se dava em razão de que havia parâmetros já estabelecidos para balizar as indenizações por dano moral e também material.

O dano moral foi estabelecido em salários mínimos, para relação afetiva, tendo o limite máximo de 1.500, e convertendo para cada familiar, pai, mãe e irmãos, dependendo do caso concreto. Além disso, os danos materiais possuíam uma regra preestabelecida, fixando valores para o que as vítimas perderam. Da mesma forma, as questões salariais também estavam previstas.

Dessa maneira, praticamente todos os casos foram concluídos em dois anos, tendo este processo extrajudicial logrado êxito, pois foi justo e célere, como deveria ser a Justiça tradicional.

Diante dessas experiências, que eram questões complexas em todos os sentidos, e de que as famílias das vítimas – partes no processo – não poderiam suportar um longo processo judicial por causa de sua fragilidade, a Câmara de Indenização foi uma solução adequada e justa, que conseguiu fazer **justiça**.

A realidade é que a Câmara de Indenização é a ferramenta perfeita para a solução de conflitos que envolvam grandes tragédias, com grandes perdas humanas e materiais, como é o caso da tragédia da mineradora Samarco, da Vale, que necessita de uma solução o mais breve possível.

3.1. Danos materiais e morais definidos

O modelo inédito para a época, utilizado nas negociações de acordos do acidente TAM, ocorrido em julho de 2007, por meio do MP e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, inclui danos patrimoniais, lucros cessantes e pensão mensal, e danos morais. Levam-se em consideração a idade da vítima na data do fato; a idade da vítima até quando a indenização será devida e o valor da indenização, assim divididos:³

“CÂMARA DE INDENIZAÇÃO

(Modelo Inédito Utilizado nas Negociações de Acordos do Acidente TAM em julho/2007 através do Ministério Público)

DANOS PATRIMONIAIS

Lucros Cessantes na Forma e Pensão Mensal:

IDADE DA VÍTIMA NA DATA DO FATO

IDADE DA VÍTIMA ATÉ QUANDO A INDENIZAÇÃO SERÁ DEVIDA

VALOR DA INDENIZAÇÃO

De 0 a 13 anos (inclusive)

Até 30 anos (inclusive)

2/1 do Salário Mínimo

De 14 a 17 anos (inclusive)

Até 30 anos (inclusive)

2/3 do Salário líquido ou 1 Salário Mínimo (o maior)

De 31 a 70 anos

1/2 Salário líquido ou 1 Salário Mínimo (o maior)

Maior de 18 anos (solteiro)

Até 30 anos (inclusive)

2/3 do Salário líquido ou 1 Salário Mínimo (o maior)

Acima de 65 anos + 5 anos

2/3 do Salário líquido ou 1 Salário Mínimo (o maior)

- No caso das vítimas que trabalhavam no mercado informal ou que, apesar de comprovada

qualificação (diplomas, cursos, etc.), estavam fora do mercado de trabalho, serão considerados meios alternativos/subsidiários para a comprovação da renda, tais como: extratos bancários, demonstrativo de despesas passíveis de comprovação, declaração de IR, tabela do IBGE etc.

- No caso das vítimas ‘do lar’ (com idade superior a 18 anos), será considerada a remuneração base mensal de 2 Salários Mínimos. Qualquer referência ao salário líquido diz respeito ao salário líquido da vítima à época do acidente. Além disso, qualquer referência ao Salário Mínimo diz respeito ao Salário Mínimo Federal à época do acidente.

- Com a exceção dos cônjuges/companheiros, descendentes (até 30 anos) e ascendentes (com idade superior a 70 anos), não há titularidade automática, fazendo-se necessária a comprovação da dependência econômica em relação à vítima.

DA REMUNERAÇÃO

- Deve ser acrescida de 13º salário, 1/3 adicional de férias e 14º salário, este último quando previsto no Acordo Coletivo da categoria e devidamente comprovado. Não será considerada a progressão funcional da vítima, haja vista se tratar de mera expectativa de direito.

- O salário a ser considerado será o bruto devido, à época do acidente, descontadas apenas as verbas previdenciárias (INSS) e Imposto de Renda (IR). A taxa de juro a ser considerada para trazer o montante do capital ao valor presente líquido será de 6%.

- Serão analisados os pleitos formulados por familiares autônomos que eventualmente sofreram lucros cessantes – desde que devidamente comprovados – no período da morte até a data do enterro da vítima (tempo que ficou sem trabalhar como profissional liberal ou como empresário).

3. Disponível em: <<http://abrapavaa.com.br/wp-content/uploads/2016/10/CamaraDeIndenizacao.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2019.

DANOS MATERIAIS

- Automóvel: base na tabela FIPE.
- Imóvel: possível a utilização de convênio com o CREA e IBA caso necessária a avaliação.
- Bagagem: somente para efeito de ACORDO FINAL nos casos relacionados ao acidente, R\$ 2.000,00 (dois mil reais por passageiro) ou o valor de eventual bem (bagagem ou pessoal) desde que devidamente comprovados.

DANOS MORAIS

- Será devido às pessoas referidas no item 14 do ‘Termo de Compromisso’.
- Total limitado a 1.500 salários mínimos por vítima para o núcleo central (pais/filhos/cônjuge/companheira(o)).
- Total limitado a 500 salários mínimos para o núcleo colateral (irmãos).
- Nos casos em que não haja pais, filhos, cônjuge ou companheiro/a, mas apenas irmão(s) e também o número de beneficiários do núcleo central supere a 5 (cinco), serão tratados individualmente (mínimo de 300 salários mínimos por beneficiário do núcleo central – pleiteado pelas autoridades públicas – sob análise).

- Parâmetros respeitados os limites *supra*:

- a) 500 salários mínimos para cada um dos filhos, pais e cônjuge/companheiro(a)(s)
- b) 600 salários mínimos para cada um dos pais, caso a vítima coabitasse com os pais e/ou não tenha deixado filhos
- c) 700 salários mínimos para cada um dos pais, filhos e cônjuges/companheiro(a)(s) das vítimas cujos corpos não foram reconhecidos
- d) 200 salários mínimos para cada um dos irmãos coabitantes
- e) 100 salários mínimos para cada um dos irmãos não coabitantes

NOTAS GERAIS

- Serão indenizados, nos termos *supra*, os danos decorrentes das uniões homoafetivas, desde que devidamente comprovadas.

- No caso de haver mais de um familiar falecido, a indenização será devida para cada vítima.

- O pleito daqueles que comprovarem coabitação e relação afetiva com a vítima será analisado e enquadrado em um dos parâmetros *supra*”.

Em relação ao cronograma, o prazo é de 60 dias para o início de funcionamento da câmara. Além disso, o recebimento dos valores acontece em até 20 dias após a celebração.

3.2. Das vantagens da câmara

A comunidade jurídica brasileira desconhece o êxito que foi a *performance* da Câmara de Indenização no episódio do acidente aéreo do voo JJ 3054.

No livro *A História não contada do maior acidente aéreo da aviação brasileira* (BARBOSA, 2018), faço toda a narrativa em relação à câmara, bem como todo o processo indenizatório.

Mais de cem famílias aderiram a este programa, que foi proposto em uma das reuniões que ocorreram no hotel, sob o comando da Associação das Famílias das Vítimas do Acidente da TAM (Afavitam).

A comunidade jurídica brasileira desconhece o êxito que foi a *performance* da Câmara de Indenização.

Em primeiro lugar, considero o tempo de duração para a finalização do acordo uma verdadeira vitória, esmagadora, frente ao Poder Judiciário.

Foram cerca de dois anos, para mais de cem famílias, depois de algumas reuniões (não quero chamar de audiência para não ter conotação das tradicionais audiências presididas por um magistrado), alcançando um valor que, na ocasião, entenderam ter sido possível para finalizar esta triste questão indenizatória.

Do contrário, aqueles que ingressassem via processo levariam, ao menos, seis anos a mais do que a câmara levou para dirimir o conflito.

Claro que não adianta ter um andamento célere e, ao final, ter uma composição que fosse desvantajosa para as famílias das vítimas.

E não foi isso que ocorreu. Foram valores de acordo com a jurisprudência da época.

Logo que foram concluídos os acordos na Câmara de Indenização da TAM, ocorreu outro acidente aéreo de grandes proporções.

Foi no dia 31 de maio de 2009, um Airbus A330, da Air France, caiu no oceano Atlântico, na rota Rio de Janeiro-Paris, matando 228 pessoas, entre tripulantes e passageiros. Havia passageiros de diversas nacionalidades, e, inclusive, 58 deles eram brasileiros.

Decorridos cerca de 90 dias, o MP do Estado do Rio de Janeiro quis implantar a solução extrajudicial bem-sucedida em São Paulo, no caso da TAM.

Foram realizadas inúmeras reuniões com familiares das vítimas, na própria sede do MP/RJ, com a finalidade de instalar a Câmara de Indenização.

Estive presente atuando como advogado, e pude constatar que, desta vez, a solução extrajudicial das câmaras não funcionou.

Poderia fazer várias considerações a respeito do insucesso da iniciativa do MP/RJ, mas prefiro afirmar que a condução, talvez, não tenha sido tão bem articulada.

É importante ressaltar, também, que a criação da Associação das Famílias das Vítimas não teve tanta força como no caso da Afavitam, e este fato

pesou para um desfecho desfavorável à criação das câmaras. Considero e deixo bem claro, entretanto, todo o esforço despendido dos familiares envolvidos.

4 Conclusão

Sempre entendi que o sucesso da Câmara de Indenização no caso da TAM nunca foi devidamente valorizado e divulgado.

Tenho certeza de que, se fosse nos Estados Unidos ou mesmo em algum país da Europa, esta composição extrajudicial – inovadora e bem-sucedida – ganharia as páginas dos jornais e revistas.

Assim, seus idealizadores seriam cumprimentados pelo grande serviço prestado às famílias, e até para toda a sociedade. Entendo que, até mesmo no meio jurídico, os juízes, promotores e advogados, em sua grande parte, desconhecem completamente o que ocorreu na composição extrajudicial no caso da TAM.

Infelizmente, somos um país que não valoriza os bons exemplos, as iniciativas bem-sucedidas.

E, por isso, com esta filosofia, não conseguimos aprovar a adoção das Câmaras de Indenização, a fim de solucionar outras grandes tragédias que infelizmente visitam o nosso território nacional.

São os casos dos acidentes da Samarco, de Brumadinho e do “Ninho do Urubu” (Flamengo), nos quais centenas de brasileiros faleceram, deixando familiares destruídos emocionalmente e, ainda, abandonados para enfrentar o difícil caminho da indenização. ■

Bibliografia

BARBOSA, Eduardo Lemos. *A história não contada do maior acidente aéreo da aviação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2018.

Serviço de transporte aéreo nacional e internacional: atividade econômica em sentido estrito ou serviço público?

Érica de Angelis Kawahala

Mestranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogada atuante na área de Direito Aeronáutico, Administrativo e Regulatório.

Sumário

1. Introdução
 2. Conceito de serviço público e atividade econômica
 3. Transporte aéreo nacional e internacional
 - 3.1. Características do serviço de transporte aéreo nacional e internacional
 4. Considerações finais
- Bibliografia

1 Introdução

O objetivo do presente artigo é estudar as características inerentes ao regime jurídico do serviço de transporte aéreo nacional e internacional para, dessa forma, determinar se referida atividade deve, de fato, ser caracterizada como serviço público típico ou, se consideradas todas as características que lhe são inerentes, deve ser classificada como atividade econômica em sentido estrito.

Muito embora o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei Federal nº 7.565/1986) defina, em seu art. 175, “o transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional” como serviço público, há que se aventar que a simples denominação utilizada pelo legislador não deve ser considerada, de forma exclusiva e absoluta, para que se determine

a sua natureza, devendo-se, para tanto, observar o efetivo regime jurídico que lhe é aplicável.

E este tema é de extrema relevância, não só na esfera jurídica, mas também sob a perspectiva econômica. A delimitação da atuação estatal na economia é condição essencial ao desenvolvimento do país. Quanto menor for a intervenção estatal na economia, maiores as oportunidades para que o mercado se autorregule, adequando-se às necessidades e expectativas dos usuários finais – seja dos serviços públicos, seja das atividades privadas – sempre buscando alavancar o nível de excelência e eficiência dos serviços prestados.

Assim, analisar-se-ão, a seguir, as características intrínsecas ao serviço público típico, bem como aquelas inerentes ao serviço de transporte aéreo nacional e internacional, para que reste determinado se a classificação do transporte aéreo nacional e internacional como serviço público, assim disposta no Código Brasileiro de Aeronáutica, é a mais adequada ou, *contrario sensu*, considerando-se sua essência e regime jurídico de aplicação, trata-se de atividade econômica em sentido estrito, dadas as suas propriedades e circunstâncias nas quais se desenvolve.

2 Conceito de serviço público e atividade econômica

A noção de serviço público evoluiu ao longo dos anos, diante da necessidade de que passasse também a alcançar as atividades de cunho industrial, comercial e social, sendo que a doutrina de Direito Administrativo até hoje não é unânime quanto à sua abrangência.

Para doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito de serviço público é mais restritivo, pois não engloba as funções legislativa e judiciária. Conforme sua definição, serviço público

“é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da

coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo” (MELLO, 2015, p. 695).

Já autores como Helly Lopes Meirelles adotam uma definição mais ampla de serviço público, que abrange referidas funções. De acordo com referido autor, serviço público é

“todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, 2007, p. 330).

Não obstante a divergência doutrinária acerca da extensão de mencionado conceito, é indiscutível que serviço público é aquele destinado à satisfação da coletividade e que esteja sob a égide, total ou parcial, de um regime de Direito Público.

Quanto à atividade econômica, inicialmente, insta afirmar que a Constituição Federal (CF) de 1988 atribuiu ao Estado o poder/dever de fomentar o desenvolvimento da ordem econômica nacional. Os arts. 170 e seguintes da CF de 1988, que versam sobre os princípios gerais da atividade econômica, imprimem ao Estado, além do poder/dever de fiscalização, a obrigação de efetiva participação no cenário econômico, a fim de promover a concretização da justiça social.

Os princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre concorrência são elementos inerentes ao exercício da atividade econômica em sentido estrito, diferindo-a fundamentalmente da prestação de serviços públicos típicos.

Ao conceituar a atividade econômica em sentido estrito, a doutrina claramente estabelece essa divisão, essencial à análise ora desenvolvida. Discorrendo sobre o tema, Eros Grau afirma que

“por certo que, no art. 173 e em seu § 1º, a expressão conota atividade econômica em sentido estrito. O art. 173, *caput*, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de atividade econômica. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Insista-se em que atividade econômica em sentido amplo é território em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica em sentido estrito. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios nesse segundo campo” (GRAU, 2012, p. 101).

Tem-se, portanto, que quanto maior a incidência de intervenção estatal – fator inerente e indissociável dos serviços públicos –, menor a observância da livre-iniciativa e, conseqüentemente, da livre concorrência. Nas palavras de Marçal Justen Filho,

“a submissão de uma atividade ao âmbito do serviço público acarreta a redução da órbita da livre-iniciativa. Quanto mais amplo o universo dos serviços públicos, menor é o campo das atividades de direito privado. E a recíproca é verdadeira” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 733).

Ainda segundo Marçal Justen Filho,

“A prestação do serviço público pressupõe a utilização de recursos limitados para a satisfação de necessidades entre si excludentes. Isso envolve a utilização de recursos econômicos escassos, produzindo uma escolha de sua alocação entre diversas alternativas possíveis e visando a obter o resultado mais eficiente e satisfatório possível. Logo, o serviço público corresponde a uma atividade econômica em acepção ampla. No entanto,

o serviço público é uma atividade econômica (em sentido amplo) atribuída juridicamente à titularidade do Estado. Logo, configuram-se como uma intervenção direta do Estado no domínio econômico. Sempre que uma certa atividade é qualificada como serviço público, existe uma intervenção estatal na ordem econômica” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 733).

Quanto maior a incidência de intervenção estatal, menor a observância da livre-iniciativa e da livre concorrência.

Deste modo, pode-se afirmar que a atividade econômica em sentido estrito tem como uma de suas principais características a participação indireta do Estado em sua concretização, este último atuando, muitas vezes, como mero ente fiscalizador. Em outras palavras, quanto menor for a intervenção estatal no desenvolvimento da atividade, propiciando a livre-iniciativa e a livre concorrência, corolários do mercado competitivo, maior a certeza de que se está diante de atividade econômica em sentido estrito e não de um serviço público típico.

Note-se, ainda, que o art. 175 da CF de 1988 dispõe expressamente que a prestação dos serviços públicos exige licitação.¹ Dessa forma, é incontestável que as atividades desenvolvidas sem a prévia realização de licitação, ainda que sob a égide do Direito Público, são caracterizadas, em sua essência, como atividade privada (ou atividade econômica em sentido estrito, como já ressaltado).

Vale ressaltar que a lei elenca expressamente as hipóteses de dispensa da licitação² e certamente a “concessão ou autorização” para o exercício do transporte aéreo nacional e internacional não está entre elas.

1. “Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

2. Vide, a título de exemplo, o art. 24 da Lei Federal nº 8.666/1993.

3 Transporte aéreo nacional e internacional

Como já mencionado, o transporte aéreo é definido pelo art. 175 do Código Brasileiro de Aeronáutica como “serviço público”. Porém, sob a perspectiva jurídica, constata-se que essa definição foi impropriamente utilizada pelo legislador, tendo em vista as características que permeiam a prestação de serviços de transporte aéreo, conforme restará detalhadamente explanado a seguir.

As empresas de transporte aéreo, sejam elas nacionais ou estrangeiras, não são nem nunca foram concessionárias de serviços públicos. Como já asseverado, a licitação prévia é condição inerente à concessão de serviços públicos, o que não se verifica no setor aéreo.

Consoante a legislação em vigor, para exploração do transporte aéreo regular, as empresas nacionais dependem de concessão. Já no que se refere ao transporte aéreo não regular, tais empresas devem obter autorização prévia.³

Para que as empresas estrangeiras possam operar no Brasil como empresas regulares de transporte aéreo internacional devem, preliminarmente, ter sido designadas pelo governo do seu país de origem. Posteriormente, deverão obter junto à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) autorização para funcionamento e, em seguida, autorização para operar, nos termos do art. 205 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Empresas aéreas que pretendam operar em caráter não regular também devem obter autorização prévia junto à Anac.

Note-se que, tanto para as empresas nacionais quanto para as empresas estrangeiras, os processos de concessão e autorização de funcionamento e operação são eminentemente burocráticos, pois ensejam a análise, por parte da autoridade pátria, da regularidade de sua constituição societária e cumprimento de requisitos legais previamente estabelecidos. Não há, em referido processo, qual-

quer determinação, por parte do Estado, acerca das rotas a serem exploradas ou da quantidade de voos a serem operados pela companhia aérea.

Além disso, em nenhuma hipótese referidas “concessões e/ou autorizações” são precedidas – e jamais o foram – do procedimento licitatório previsto no art. 175 da CF de 1988. Isso, por si só, já afasta o transporte aéreo nacional e internacional da definição de serviço público típico, também denominado de atividade econômica em sentido amplo por parte da doutrina administrativista.

Há ainda que se observar diversas outras características inerentes ao setor aéreo que afastam, de uma vez por todas, qualquer possibilidade de que as atividades de transporte aéreo nacional e internacional sejam classificadas como serviço público típico, como melhor explanado a seguir.

3.1. Características do serviço de transporte aéreo nacional e internacional

A Lei Federal nº 8.987/1995, que regulamenta o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da CF de 1988, estabelece, em seu art. 6º, § 1º, os princípios da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, como sendo pressupostos da concessão ou permissão de todo serviço público.⁴

Portanto, para que se caracterizem como serviço público típico, as atividades desenvolvidas devem, necessariamente, atender a todos os princípios supramencionados, o que não se aplica à prestação de serviços de transporte aéreo nacional

3. A outorga de “serviços aéreos públicos” para empresas brasileiras é atualmente regulamentada pela Resolução Anac nº 377/2016, bem como pela Portaria nº 616/SAS/2016.

4. “Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

e internacional, como detalhadamente explicado adiante.

Muito embora o Estado tenha o poder/dever de regulamentar o exercício do transporte aéreo nacional e internacional – o que também se estende a diversas outras atividades econômicas⁵ como, por exemplo, a indústria farmacêutica, – sua atuação é indireta, ao contrário do que ocorre com a prestação de serviços públicos típicos, quando a intervenção estatal é direta.⁶

Nas palavras de João Leopoldino Fonseca:

“[...] Como visto, as formas ou modalidades pelas quais o Estado intervém no setor econômico são diversas e cada uma delas pode assumir as mais amplas esfumaduras. Vimos que o Estado pode atuar diretamente no domínio econômico, e pode atuar só indiretamente. No primeiro caso, assume a forma de empresas públicas propriamente ditas e as sociedades de economia mista, assim mencionadas no art. 173, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal. No segundo caso, atuação indireta, o Estado o faz através de normas, que tem como finalidade fiscalizar, incentivar ou planejar; o planejamento, como se verá, é somente indicativo para o setor privado. Esta forma de atuação do

Estado está prevista no art. 174 da Constituição Federal” (FONSECA, 2010, p. 107).

É indubitável, portanto, que a atuação do Estado no setor de transporte aéreo tanto nacional quanto internacional se dá de forma indireta, por meio de regulação.⁷

A atuação do Estado no setor de transporte aéreo tanto nacional quanto internacional se dá de forma indireta, por meio de regulação.

Ainda, como já mencionado, as empresas aéreas não são concessionárias de serviços públicos propriamente ditos, uma vez que, além de não estarem sujeitas a procedimentos licitatórios prévios, também não estão vinculadas aos pressupostos de que trata a Lei Federal nº 8.987/1995.

Quanto à regularidade e à continuidade, não existem normas que determinem a quantidade mínima de voos a serem operados pelas empresas aéreas nacionais e estrangeiras, sejam elas regulares ou não regulares. Aliás, uma empresa aérea pode obter todas as autorizações requeridas por lei⁸ sem assumir o compromisso de dar início, de forma imediata, à operação de voos em território nacional. Essa, inclusive, é a regra a ser observada para as empresas aéreas que somente sobrevoam o espaço aéreo brasileiro vez que, para tanto, devem ter sido previamente autorizadas a operar como empresas aéreas não regulares, muito embora não realizem pousos e/ou decolagens em território nacional.

Dessa forma, são as próprias empresas aéreas que decidem, de acordo com seus critérios operacionais e econômicos e, portanto, sem qualquer intervenção estatal, quais rotas aéreas serão exploradas e em qual frequência.⁹ É também de responsabilidade exclusiva das companhias aéreas a tomada de decisão acerca de quais voos serão descontinuados de forma sazonal ou permanente,

5. “Art. 174 - Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

6. Assevera Américo Luís Martins da Silva que: “[...] o Estado pode atuar direta ou indiretamente no domínio econômico. A atuação direta assume a forma de empresas públicas (empresas públicas propriamente ditas e sociedades de economia mista). Na atuação indireta, o Estado o faz através de normas, que têm como finalidade fiscalizar, incentivar ou planejar. Em outras palavras, o Estado atua diretamente, através de entes da administração descentralizada ou surge como agente do processo econômico, sendo que em certas oportunidades, por via indireta, usa seu poder normativo, disciplinando e controlando os agentes econômicos” (SILVA, 1996, p. 120).

7. Vide a Lei nº 11.182/2005, que cria a Anac e determina, em seu art. 2º, sua competência: “Art. 2º - Compete à União, por intermédio da ANAC e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária”.

8. Vide o art. 205 do Código Brasileiro de aeroportuária”.

9. Observando-se, todavia, eventuais restrições decorrentes de acordos bilaterais, multilaterais e tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

não cabendo ao Estado o papel de determinar sua continuidade. Logo, resta evidente que os pressupostos de regularidade e continuidade, inerentes ao serviço público típico,¹⁰ não se aplicam ao setor aéreo.

Há que se fazer o mesmo raciocínio no que se refere a outra característica essencial à prestação dos serviços públicos típicos: a modicidade tarifária. É cediço que o Estado não é possuidor de recursos ilimitados, não lhe sendo possível suportar o ônus de subsidiar todos os serviços públicos ofertados à população, o que enseja a cobrança de tarifas por sua prestação. Cabe dizer aqui que, pelo acima exposto, a discussão doutrinária acerca da aplicabilidade do princípio da gratuidade aos serviços públicos está definitivamente superada, razão pela qual não será objeto de análise.

Note-se, no entanto, que a ordem constitucional assegura a prestação de serviços públicos a toda a coletividade, sendo que a modicidade na fixação das tarifas é essencial à garantia de acesso dos usuários a referidos serviços. Caso contrário, estar-se-ia diante de flagrante inconstitucionalidade.¹¹

E essa modicidade tarifária não é aplicável ao setor aéreo. Vige atualmente no Brasil o regime de liberdade tarifária, instituído pelo art. 49 da Lei Federal nº 11.182/2005¹² e posteriormente regulamentado pelas Resoluções Anac nº 16/2008 e nº 83/2009. Dessa feita, as empresas aéreas nacionais e internacionais são completamente livres para determinar o valor que cobrarão pelos serviços de transporte aéreo que prestarem, cabendo ao mercado sua autorregulação. Esse é um dos pilares básicos dos princípios do livre exercício da atividade econômica e da livre concorrência, ambos assegurados pela CF do Brasil de 1988¹³ e afetos à atividade econômica em sentido estrito.

Isto posto, é imperioso reconhecer que o serviço de transporte aéreo nacional e internacional se consubstancia efetivamente em atividade econômica em sentido estrito e não em serviço público típico definido no art. 175 da CF de 1988.

O Tribunal de Contas da União (TCU) já se manifestou nesse sentido em 2008, ao afirmar que a operação das empresas aéreas não possui as características típicas das atividades objeto das concessões propriamente ditas.

Ao proferir o Acórdão nº 346/2008,¹⁴ o TCU asseverou que uma importante diferença entre os serviços públicos típicos em que se utiliza o instituto da concessão¹⁵ e o transporte aéreo regular é o fato de que, nos casos de serviços públicos típicos,

“a regulação econômica busca proteger os consumidores do poder monopolista do prestador de serviços. Já o mercado de serviços de transporte aéreo é potencialmente competitivo”.

Aduz, ainda, que o processo de desregulamentação desse mercado, experimentado na Europa e nos Estados Unidos a partir do fim dos anos 1970, demonstrou ganhos de eficiência para o setor, além de significativos benefícios para os consumidores, em clara alusão aos princípios da livre concorrência e livre exercício da atividade econômica.

10. Sobre a continuidade, o art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.987/1995 determina as hipóteses em que pode haver interrupção do serviço público. Assim, em caráter geral, a decisão de continuar prestando – ou não – determinado serviço público não está nas mãos do concessionário. Acerca desse tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que, “no direito administrativo, o particular não pode interromper a execução do contrato, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular” (DI PIETRO, 2014, p. 288).

11. “A fixação do valor de tarifas públicas que extrapole o conceito de modicidade, vale dizer, o de acessibilidade do usuário ao serviço público, revela-se inconstitucional” (SPITZCOVSKY, 2004, p. 111-112).

12. “Art. 49 - Na prestação de serviços aéreos regulares, prevalecerá o regime de liberdade tarifária.

§ 1º - No regime de liberdade tarifária, as concessionárias ou permissionárias poderão determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à ANAC, em prazo por esta definido.”

13. “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: [...] IV - livre concorrência; [...] Parágrafo único - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

14. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br>>. Acesso em: 7 mar. 2019.

15. Cite-se como exemplo a transmissão e a distribuição de energia elétrica, bem como a prestação de serviços de telefonia fixa.

No Brasil, esse movimento de desregulamentação ganhou mais força a partir da adoção do regime de liberdade tarifária, cujo maior intuito é de promover a concorrência entre os *players* do mercado, o que efetivamente ocorreu no cenário nacional inclusive, pelo surgimento e consolidação de empresas aéreas que passaram a atuar no país.

Há que se reconhecer, também, que o aumento da concorrência no setor aéreo reforçou o cuidado e a preocupação com eventuais infrações à ordem econômica.¹⁶

Dando continuidade à análise das características do setor aéreo, o TCU fez diversas colocações a fim de evidenciar que a natureza jurídica do serviço de transporte aéreo, naquela oportunidade (ou seja, em 2008), já não era de concessão típica (ou de serviço público). Dentre elas, citamos o fato de que os termos e cláusulas contratuais dos chamados “contratos de concessão” celebrados com as empresas aéreas não atendiam ao disposto na Lei Federal nº 8.987/1995.

Além disso, nos contratos de concessão típica, o concessionário tem a seu favor a possibilidade de pleitear a revisão contratual, para que se garanta o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, o que não se aplica ao setor aéreo. Por outro lado, as empresas aéreas não são obrigadas a continuar prestando os serviços em condições que lhes sejam desfavoráveis, podendo, a qualquer tempo,

suspender a operação de determinados voos que não lhes sejam vantajosos, de forma temporária ou permanente.

O mesmo não ocorre com os serviços públicos típicos, visto que as concessionárias de serviço público típico são obrigadas a prestar tais serviços ainda que em condições desfavoráveis, como é o caso das companhias telefônicas. Para explorar o serviço de telefonia em áreas que lhe são extremamente rentáveis, as empresas devem, em contrapartida, prestar estes serviços também em áreas longínquas, onde o retorno financeiro face à infraestrutura disponibilizada pode não ser vantajoso. De toda sorte, não cabe à concessionária de serviços públicos típicos a decisão de deixar de atender a áreas e/ou comunidades que não lhe são rentáveis ou até mesmo que acarretem prejuízo à sua operação.

As concessionárias de serviço público típico são obrigadas a prestar tais serviços ainda que em condições desfavoráveis.

Já no setor aéreo, as empresas aéreas são as únicas responsáveis por eventuais prejuízos em suas operações, não lhes sendo autorizado requerer ao Estado que promova o reequilíbrio econômico e financeiro do suposto “contrato de concessão”. Em compensação, é de sua inteira responsabilidade e autonomia a decisão de continuar – ou não – atendendo a determinados destinos.

No decorrer dessa análise, assevera o TCU que “a rigor, a natureza jurídica dos serviços atuais já não é de concessão, sendo que as empresas aéreas só se transformariam em concessionárias caso houvesse uma alteração completa na legislação do setor de aviação civil”. Corrobora ainda que as características atuais se assemelham mais ao regime jurídico de “atividade econômica” e não ao de “serviço público”.

16. A publicação da Lei Federal nº 11.182/2005 evidencia a clara preocupação das autoridades com a política antitruste, ao determinar, em seu art. 6º, que a Anac celebrará convênios com os órgãos e entidades do governo federal, competentes sobre a matéria, bem como deverá comunicar referidos entes sempre que tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica, ou que comprometa a defesa e a promoção da concorrência, para a adoção das medidas cabíveis. Cabe ressaltar que essa preocupação já antecedia a criação da Anac. Em 30/10/2003, o Conac, por meio da Resolução nº 2, já havia aprovado determinando que as tarifas praticadas no setor aéreo fossem definidas pelo mercado, mas incumbiu o então Departamento de Aviação Civil (DAC) da tarefa de monitorar essas tarifas e alertar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sobre eventual conduta anticompetitiva ou abuso de preços, sem que houvesse prejuízo à aplicabilidade do disposto na Lei nº 7.565/1986 e regulamentação complementar.

Assim, sob todas as perspectivas pelas quais se analisem as características do setor, resta cristalino que a classificação da natureza do serviço de transporte aéreo tanto nacional quanto internacional como serviço público típico definido pelo art. 175 da CF de 1988 não deve prosperar.

Em verdade, dadas as suas características e o regime jurídico que lhe é aplicável, o serviço de transporte aéreo faz parte do rol das atividades econômicas em sentido estrito, não estando, portanto, sujeito à intervenção estatal direta que se verifica no caso dos serviços públicos típicos.

4 Considerações finais

Por todo o acima exposto, inobstante a equivocada terminologia empregada pelo legislador no art. 175 do Código Brasileiro de Aeronáutica, como já demonstrado, não existem argumentos jurídicos capazes de sustentar a classificação do serviço de transporte aéreo, seja ele nacional ou internacional, de passageiros, de carga ou misto, como serviço público típico. Ao contrário, a análise jurídica desenvolvida no presente artigo confirma sua classificação como atividade econômica em sentido estrito.

O primeiro enseja, obrigatoriamente, o atendimento de diversos requisitos legais aos quais o setor aéreo não está sujeito. Cite-se, entre eles, a exigência de licitação prévia e a intervenção direta do Estado em todas as fases de sua operação. Já a atividade econômica em sentido estrito tem como características básicas a livre concorrência e a autorregulação do mercado, fatores esses indubitavelmente presentes no setor aéreo que, diga-se, é extremamente competitivo, como expressamente reconhecido pelo TCU.

E a classificação do serviço de transporte aéreo nacional e internacional como atividade econômica em sentido estrito leva à discussão da dinâmica entre a redução da regulação e a maior eficiência e efetividade dos serviços prestados.

A livre-iniciativa e a livre concorrência são essencialmente estimuladoras da economia, pois geram desenvolvimento econômico e riqueza não só para o setor privado, mas também para o Estado, mediante o recolhimento de tributos. Ainda, em última instância, promovem, de forma efetiva, a justiça social, fim precipuamente perseguido pela CF de 1988, não por acaso denominada de “Constituição Cidadã”.

Sob a perspectiva puramente econômica, quanto maior a arrecadação estatal, mais elevados serão os recursos que o Estado terá à sua disposição para investir em políticas públicas e promoção da dignidade da pessoa humana, na medida em que tem por obrigação legal destinar tais recursos para as áreas em que deve intervir diretamente, como saúde, educação e segurança – entre outras – a fim de assegurar o bem-estar social.

O cenário de demasiada intervenção estatal – característica inerente do setor público e dos serviços que presta – remete a entraves que, se não impedem a atuação das empresas, obstam seu desenvolvimento e, consequentemente, o desenvolvimento econômico de toda a nação. Logo, cabe ao Estado permitir que as empresas atuem de forma livre a promover aumento na geração de empregos e criação de oportunidades de negócios nos âmbitos nacional e internacional.

Aplicando-se essa reflexão ao setor aéreo, tem-se que as empresas que operam no Brasil o fazem por sua conta e risco, não tendo qualquer subsídio do governo nacional. Ao contrário, os prejuízos por elas eventualmente experimentados não são oponíveis ao Estado, face à inaplicabilidade, às chamadas “concessões e autorizações de serviços aéreos”, do princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inerente à concessão de serviços públicos típicos.

Além disso, as empresas aéreas, sejam as nacionais, sejam as estrangeiras que atuam no Brasil, são verdadeiras alavancas do desenvolvimento econômico pátrio, na medida em que geram milhares de empregos diretos e indiretos, impac-

tando positivamente no fomento de outros setores como, por exemplo, o do turismo.

Há que se reconhecer, portanto, que o serviço de transporte aéreo nacional e internacional é, em sua essência, atividade econômica em sentido estrito e, dessa forma, via de consequência, deve estar sujeita a mecanismos que autorizem a autorregulação da indústria, com a consequente redução da intervenção estatal na atividade econômica desenvolvida.

Ressalte-se que, de forma alguma, a redução da intervenção estatal ora defendida tem o escopo de afastar completamente a atuação do Estado do setor aéreo, mas tão e somente o de garantir que, mesmo sendo um setor regulado, os princípios da livre concorrência e do livre exercício da atividade econômica permaneçam assegurados, o que, sobretudo, está em consonância com a defesa do interesse público. ■

Bibliografia

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FONSECA, João Leopoldino. *Direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Américo Luís Martins. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SPITZCOVSKY, Celso. *Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

O transporte aéreo internacional ante a Justiça do Brasil.

*"If a man will begin with certainties, he shall
end in doubts; but if he will be content to begin
with doubts, he shall end in certainties."
(Sir Francis Bacon, Advancement of Learning, 1605)*

Francisco Rezek

Graduado em Direito pela UFMG (1966). Doutor da Universidade de Paris em Direito Internacional Público (1970). Diploma in Law da Universidade de Oxford (1979). Professor de Direito Internacional e Direito Constitucional na Universidade de Brasília, diretor do Departamento de Direito (1974-1976) e da Faculdade de Estudos Sociais (1978-1979). Professor de Direito Internacional no Instituto Rio Branco (1976-1996). Professor na Academia de Direito Internacional de Haia. Procurador e subprocurador-geral da República (1972-1983). Ministro do Supremo Tribunal Federal (1983-1990, 1992-1997). Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (1989-1990). Ministro de Estado das Relações Exteriores do Brasil (1990-1992). Juiz da Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas (Haia, 1997-2006). Advogado.

Sumário

1. O cenário
2. O tratado internacional
3. O direito internacional do transporte aéreo
4. Concorrência entre tratado e lei interna
5. Ordem pública e tratados internacionais
6. Alcance da Convenção de Montreal
7. *Punitive damages*
8. Reparação integral
9. A voz do Supremo e sua lógica
10. Em síntese

Disciplina convencional da matéria. Tratados de cuja elaboração o Brasil participou e que se incorporaram, regularmente, à ordem jurídica pátria. A ocorrer autêntico conflito entre as normas internacionais que nos vinculam e normas de produção doméstica, esse haveria de resolver-se com a prevalência das primeiras, seja pelo princípio da especialidade, seja ainda, no caso da Convenção de Montreal (1999-2006), por sua ulteriores no tempo. Conflito, contudo, não existe, dada a abso-

luta incompetência das legislaturas nacionais para disciplinar a matéria, necessariamente reservada ao direito internacional. Violação do tratado por instâncias da Justiça local, ao entendimento de que ele enfrenta a concorrência de normas internas, tiradas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) ou do Código Civil (CC), e em afronta aberta ao que manda o art. 178 da Constituição. Entendimento, à simples luz da lógica jurídica, do alcance das lições do Supremo Tribunal Federal sobre o primado da norma internacional.

1 O cenário

Empresas aéreas operadoras de serviços de transporte internacional têm-se defrontado repetidas vezes com o descumprimento, por instâncias do Judiciário brasileiro, de tratados em que o Brasil é parte, a regulamentar o transporte aéreo internacional e, no seu contexto, a responsabilidade do transportador perante seus usuários. A quebra da normativa convencional pertinente tem-se materializado quase sempre na desconsideração do tratado para fazer valer certa regra interna, nomeadamente o CDC ou o CC. Esse descumprimento frequente dos compromissos internacionais da República pelo foro brasileiro tem causado prejuízos de vulto ao mercado do transporte aéreo e, mais que isso, semeado crescente insegurança jurídica em um cenário geral onde não há mais como agravá-la.

O desprezo dos limites convencionais da responsabilidade do transportador aéreo, o barateamento do conceito de **dano moral**, a determinação da **responsabilidade objetiva**, a afirmação abstrusa de que o regulamento internacional se aplica a determinadas situações e não a outras – embora todas integrantes do escopo dos tratados que regem a matéria – e, por último, a inovação forense de critérios que o direito convencional expressamente veda e que o próprio direito interno desconhece, como a condenação **punitiva** ou

didática, vêm sendo as erronias de maior incidência nos últimos anos. Isso parece dever-se, por um lado, a uma inexplicável e obstinada rebeldia contra o art. 178 da Constituição – de linguagem cristalina no que manda observar os tratados regentes do transporte aéreo internacional; por outro lado, já nos últimos meses, à dificuldade em entender na sua inteira extensão, e à luz da mais elementar lógica jurídica, o que decidiu o Supremo Tribunal Federal ao apreciar o **Tema nº 210 da Repercussão Geral** em 25 de maio de 2017:

“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”.

2 O tratado internacional

A lei fundamental, aqui como alhures, estatui sobre a forma do Estado, o regime e o sistema de governo, a estrutura de seus órgãos e a definição de suas competências, inspirada em princípios como o da segurança jurídica e o da subordinação hierárquica de toda a ordem normativa ao seu primado. No que concerne aos tratados internacionais, a Constituição de 1988, a exemplo de suas predecessoras, não determina – como fazem tantas leis fundamentais do continente europeu e algumas de nossa proximidade geográfica – seu primado **sistemático e generalizado** sobre as normas de produção interna. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do emblemático Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977, fixa como regra geral a da paridade entre o tratado e a lei federal, adotando assim o mesmo entendimento da Suprema Corte norte-americana: em caso de conflito entre tratado internacional e lei ulterior do Congresso, prevalece nos Estados Unidos, em princípio, o texto mais recente. Este, por óbvio, não **derroga** ou **revoga** um compromis-

so internacional envolvente de outras soberanias: apenas impõe ao juiz que **afaste a aplicação** do tratado anterior à lei local com ele conflitante – até que o legislador, responsável pela criação do conflito, dê solução ao problema denunciando o tratado ou revogando a lei interna para, por um desses dois caminhos, fazer cessar o **ilícito internacional** em que incidiu o Estado por culpa de seus poderes políticos.

Os tratados obrigam as partes à base de seu consentimento soberano, e devem ser cumpridos de boa-fé.

A **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, ao codificar em 1969 normas consuetudinárias secularmente reconhecidas pela comunidade internacional, lembrou que o Estado “[...] não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado”.¹ Esse documento destaca que a fiel observância dos compromissos internacionais do Estado é princípio rudimentar do direito das gentes. Os tratados obrigam as partes à base de seu consentimento soberano, e devem ser cumpridos de boa-fé, tão inteiramente quanto neles se contém. Tal a essência do princípio *pacta sunt servanda*.

3 O direito internacional do transporte aéreo

A **Convenção de Varsóvia**, de 12 de outubro de 1929, promulgada no Brasil em 1931,² disciplinou a responsabilidade das transportadoras aéreas transnacionais em caso de descumprimento do contrato de transporte aéreo ou de sinistro. O objetivo maior da velha convenção foi trazer ao domínio do direito internacional matéria que só

nesse domínio poderia ser corretamente versada: a variedade das normas de produção doméstica – onde existentes naquela época – induziria o caos normativo e inviabilizaria o desenvolvimento dessa necessária atividade econômica. Outros tratados sobrevieram entre 1955 e 1975, já sob o pálio da **Organização da Aviação Civil Internacional (OACI)**, de que o Brasil foi um dos fundadores,³ e que se integrou no sistema das Nações Unidas. Finalmente em 1999, para compendiar e consolidar o direito aeronáutico internacional, celebrou-se em Montreal – sede da OACI – a **Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional**, firmada pelo Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional e aqui promulgada pelo Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006.

Se há 90 anos a **Convenção de Varsóvia** empenhou-se, sobretudo, em fixar patamares restritos para a responsabilidade do transportador⁴ – no mais das vezes o próprio Estado de bandeira das aeronaves comerciais⁵ – a **Convenção de Montreal** traduziu uma visão ponderada dessa matéria, em face da ampla privatização das empresas em cena, e já com o propósito evidente de ampliar a proteção dos usuários do transporte aéreo internacional à vista do **novo espírito consumerista**.⁶

1. Art. 27 da **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados** (1969), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

2. Decreto nº 20.704, de 24 de dezembro de 1931.

3. A **Convenção de Chicago**, tratado institucional da OACI, foi firmada pelo Brasil em Washington, em 29 de maio de 1945, ratificada em 8 de junho de 1946 e promulgada pelo Decreto nº 21.713/1946.

4. “Il s’agit d’une convention destinée en particulier à protéger le transporteur des actions en responsabilité qui étaient d’autant plus ruineuses pour cette industrie que les accidents étaient fréquents” (JUGLART, Michel de. *Traité de Droit Aérien*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989, p. 988).

5. Ao longo dos três primeiros quartéis do século XX quase todas as empresas de transporte aéreo internacional eram estatais. As exceções eram empresas privadas norte-americanas como a PanAm, a TWA, a American, a United; além da brasileira Viação Aérea Rio-Grandense (Varig), de saudosa memória.

6. CALAIS-AULOY, Jean. *Études de Droit de la Consommation*. Paris: Dalloz, 2004.

4 Concorrência entre tratado e lei interna

Nos trabalhos preparatórios da Constituição brasileira de 1934 foi rejeitado o anteprojeto de norma inspirada na carta espanhola de 1931 e consagrada em seguida na maior parte das constituições europeias: o primado dos compromissos externos sobre o direito infraconstitucional de produção doméstica, independentemente do calendário. A jurisprudência, contudo, não cessou de oscilar até os anos 1970 e a doutrina permaneceu dividida. Marotta Rangel, partidário do primado sistemático da norma convencional, enumerou, entre autores de idêntico pensamento, Pedro Lessa, Philadelpho Azevedo, Vicente Ráo, Accioly e Carlos Maximiliano.⁷ Azevedo, quando ainda ministro do Supremo Tribunal Federal, em 1945, publicou comentário demonstrativo da convicção unânime da corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional.⁸

Sucede que o Supremo de longa data tem reconhecido que a hipótese de concorrência entre tratado e lei, ainda que mais recente esta última, resolve-se em favor da aplicação do tratado sempre que este possa representar, ante certo quadro de fato, a *lex specialis*, por contraste com a norma geral estampada na lei interna. Esse preceito pretoriano, fundado em um dos mais longevos princípios da lógica jurídica, vale sempre que o tratado governe nosso procedimento **em relação a determinada soberania ou conjunto de soberanias estrangeiras** com que tenha o Brasil pactua-

do sobre matéria disciplinada de modo diverso no contexto das normas gerais – e infraconstitucionais – de produção interna. A República incide em ilícito internacional ao preterir o tratado que a **obriga** ante outras nações em favor de um diploma interno mais recente – e resultante da fortuita abstração, pelo legislador doméstico, de nossos compromissos externos em pleno vigor. Impor-se-ia, em tais circunstâncias, a denúncia do tratado – com a eventual reparação de danos acaso resultantes de seu descumprimento temporário. Ou (como de fato aconteceu na sequência do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004)⁹ a revogação imediata da lei interna concorrente.

A prevalência do tratado internacional enquanto *lex specialis* foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal em bom número de casos de extradição, ficando claro que, quando a relação extradicional do Brasil com o Estado requerente é governada por tratado, o preceito deste prevalece **sempre** sobre o da lei geral da extradição,¹⁰ pouco importando que isso casualmente crie uma situação mais favorável ao extraditando, e portanto menos favorável aos interesses do próprio Estado que o reclama. Naquela casa foram muitos os juízes a proclamar, sempre com o assentimento de todos os seus pares, que os tratados, por sua especificidade, primam sobre as normas internas regentes da matéria, independentemente da cronologia de sua vigência.

Com essa mesma equação jurídica, o Supremo já deixara claro, muitos anos antes, que o princípio do primado da *lex specialis* é por si mesmo bastante para assegurar a preterição da norma geral de produção doméstica e a consequente aplicação do disposto no tratado. Em junho de 1950, julgando embargos em apelação cível, o ministro Lafayette de Andrada invocava lições de Orosimbo Nonato e citava Hannemann Guimarães:

“Os tratados são interpretados de acordo com sua própria finalidade, e não em conformidade com as disposições legais restritivas do país contra-

7. RANGEL, Vicente Marotta. La procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 55, p. 264-265, 1960.

8. AZEVEDO, Philadelpho. Os tratados e os interesses privados em face do direito brasileiro. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 1, p. 12-29, 1945.

9. REZEK, J. F. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 463-475.

10. Parte, outrora, do *Estatuto do Estrangeiro* (1980), hoje da *Lei de Migração* (2017).

tante. O tratado é lei especial, cuja aplicação não deve ficar subordinada à lei geral de cada país, se teve aquele por objeto excluir essa lei geral”.¹¹

A normativa internacional em exame dispõe sobre direitos e obrigações dos passageiros e transportadores de pessoas e carga de 132 bandeiras soberanas. A Convenção de Montreal, na trilha de suas predecessoras, encerra uma disciplina somente suscetível de ser ditada pelo consentimento da comunidade. Não há como estabelecer concorrência entre esse regramento e, em cada Estado-parte, a legislação doméstica porventura diversa – prodigiosa matriz de insegurança jurídica. Menos ainda se admite a superposição normativa conducente ao *forum shopping* e a outras aventuras nem sempre marcadas pela boa-fé. A propósito, o **conglomerado normativo** – pinçando-se o que for encontrável na lei internacional e na lei interna para compor uma aberração híbrida a pretexto de que **mais favorável** ao consumidor, ou ao trabalhador, ou ao presumível hipossuficiente, em nome da paixão do politicamente correto – é algo que já foi exemplarmente invectivado, em processos relativos à binacional **Itaipu**, pela Suprema Corte, quando não derrubado já na instância superior da Justiça do Trabalho.¹²

5 Ordem pública e tratados internacionais

Preceitos de **ordem pública** são, em toda ordem jurídica, aqueles que – qualquer que seja seu nível hierárquico – limitam a liberdade contratual dos particulares. A legislação consumerista, no Brasil e alhures, é rica em preceitos dessa natureza, o que se explica pela preocupação do legislador com a presumida desigualdade de forças à mesa onde se celebram contratos de consumo. Não se sabe, entretanto, de onde terá sido tirada a ideia de que um preceito de ordem pública, quando expresso em legislação ordinária, possa limitar a liberdade do próprio legislador para prosseguir

legislando, acaso de modo diverso; ou possa limitar a liberdade do Estado soberano para pactuar com outras soberanias, em plano bilateral ou coletivo, editando normas de direito internacional porventura aplicáveis a tratativas entre particulares, e que podem igualmente ostentar a marca da ordem pública. É inconcebível que se invoque a ordem pública jacente em normas domésticas sobre direito do consumidor para invalidar com isso a disciplina internacional adotada acerca do transporte aéreo, como se aquelas normas castassem, de algum modo, a liberdade soberana do Estado brasileiro para, em tratado coletivo, editar a disciplina específica de uma situação particular.

Preceitos de ordem pública são, em toda ordem jurídica, aqueles que limitam a liberdade contratual dos particulares.

Não se tem notícia de que qualquer foro de país parceiro do Brasil na Convenção de Montreal haja invocado eventuais preceitos mais favoráveis de sua lei doméstica para violar as normas que regem o transporte aéreo internacional, impondo ao transportador encargos que afinal seriam suportados pelos próprios consumidores na sua generalidade. Entre nós, de modo aleatório, observa-se o desprezo da disciplina da Convenção de Montreal em favor de uma aplicação tópica da lei civil doméstica, destacadamente a que respeita à relação de consumo, ao argumento de que é direito do consumidor fruir da ampla tutela do Estado para pleitear sem limites.

11. Apelação Cível nº 9.583, do Rio Grande do Sul (Embargos Infringentes), Rel. Min. Lafayette de Andrada, Tribunal Pleno, em 22/6/1950.

12. Tribunal Superior do Trabalho, Seção de Dissídios Individuais 1, ERR nº 172970/1995, Rel. Min. Francisco Fausto, DJ de 13/11/1998.

6 Alcance da Convenção de Montreal

Cuida-se aqui de norma internacional aprovada pelo Congresso e incorporada à ordem jurídica da República em 2006, em plena vigência do CDC e do CC (*lex posterior derogat priori*). Cuida-se, ademais, de norma especial em confronto com a generalidade do primeiro e com a generalidade ainda maior do segundo (*lex specialis derogat generali*).¹³ Mesmo que se abstraísse por inteiro a obviedade de que o cenário legislante dessa disciplina é a arena internacional, mesmo que se entendesse possível uma autêntica concorrência ou conflito entre a Convenção de Montreal e as leis civis de um Estado-parte, o conflito haveria de resolver-se com o primado daquela **pelo só critério da especialidade**. No caso do Brasil, também pelo critério da ulteriores da norma. O comportamento errático do foro, no que forja a insegurança para toda a comunidade de jurisdicionados – não apenas para as empresas aéreas transpor-

13. Recurso Extraordinário nº 351.750-RJ, Rel. Min. Roberto Barroso (Rel. originário o Min. Marco Aurélio). Voto do ministro Eros Grau: “[...] Consumado o juízo de comparação, teremos que o Código de Defesa do Consumidor é lei especial em relação ao Código Civil. Não obstante, se o compararmos com o Código Brasileiro de Aeronáutica e com as disposições da Convenção de Varsóvia, teremos ser ele lei geral em relação – repito para deixar bem claro – ao Código Brasileiro de Aeronáutica e às disposições da Convenção de Varsóvia. [...]”.

14. Tal não era o caso da velha Convenção de Varsóvia – o que explica decisões tomadas, até o início do novo século, na trilha do que havia dito o Supremo em fevereiro de 1997, no Recurso Extraordinário nº 172.720-9, do Rio de Janeiro. O tribunal considerou na ocasião que a companhia aérea havia causado um dano moral ao passageiro, e que esse gênero de dano, indutor de reparação à luz da Carta de 1988, não encontrava regência no texto de Varsóvia nem em qualquer outro compromisso internacional que então vinculasse o Brasil.

15. Cada Direito Especial de Saque (DES) equivale hoje, em moeda corrente do Brasil, a R\$ 5,16. Acresce que os próprios valores expressos em DES são atualizados a cada cinco anos, nos termos do art. 24 da Convenção de Montreal.

16. “Art. 21 - INDENIZAÇÃO EM CASO DE MORTE OU LESÕES DOS PASSAGEIROS.

1. O transportador não poderá excluir nem limitar sua responsabilidade, com relação aos danos previstos no número 1 do Artigo 17, que não exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro. →

tadoras –, tende a ser catastrófico para estas últimas e paradoxalmente lesivo aos próprios usuários. No propósito de atribuir ao consumidor local o máximo de proteção prevista no código, juízes ignoram a completude do escopo da convenção e criam um ambiente de instabilidade jurídica. Isso afugenta investidores e reduz a concorrência, resultando em um mercado mais caro e menos competitivo – além de nenhuma companhia sentir-se capacitada a ofertar em solo brasileiro, diferentemente do que se vê lá fora, passagens aéreas a baixo custo.

Há, assim, uma resistência injustificável à aplicação da norma internacional em vigor no Brasil e nas demais nações praticantes desse gênero de transporte aéreo. Entre os temas mais frequentes no contencioso em que se acaba por trocar a disciplina de Montreal por algo tirado das leis civis domésticas figuram (a) o desprezo dos limites convencionais de indenização por perda ou atraso de bagagem e (b) por perda ou atraso de carga despachada; (c) a desconsideração do prazo prescricional de dois anos, previsto na convenção, em favor do prazo quinquenário do código; e (d) a atribuição colateral de uma compensação por **dano moral**, como se somente de danos **materiais** cuidasse a convenção... Por último, (e) e à conta da só inventividade do foro – visto que a norma internacional o proíbe e nenhuma norma interna o abona – a agregação, ao castigo do dano moral, de uma penalidade **punitiva** ou **educativa**...

Tudo isso tem resultado, vale insistir, de uma obstinada rebeldia ante o comando do art. 178 da Constituição da República, a que se soma a leitura desatenta, para dizer o mínimo, da Convenção de Montreal. Seu texto prevê todas as formas possíveis de prejuízo ou dano¹⁴ que possa resultar da contratação do transporte aéreo internacional, em bases de perfeita razoabilidade,¹⁵ para o passageiro, para sua bagagem e para a carga despachada. Todos os danos possíveis (a própria morte do passageiro, dano moral de gravidade insuperável)¹⁶

estão ali previstos, até mesmo aquele resultante do simples atraso da bagagem, nenhum sentido fazendo a assertiva de que a convenção se refere unicamente a **danos materiais**.¹⁷

No que se refere à indenização por **atraso** no transporte do passageiro, da bagagem ou da carga, a convenção deixa claro que não pode haver **responsabilidade objetiva** do transportador, exonerado quando prove, ele mesmo, que o evento escapou por inteiro à sua possibilidade de controle,¹⁸ qual na superveniência de incidente mecânico, de condições meteorológicas adversas, de determinação do controle de tráfego aéreo, de **força maior**.

Já no tocante ao prazo prescricional é improvável que os erros se repitam, depois que colegiados de variada natureza e hierarquia pacificaram o tema afirmando o primado da norma internacional:

“Se a Convenção de Montreal regula o prazo prescricional para discutir falha de prestação de serviço em contrato de transporte aéreo, fixando-

→ 2. O transportador não será responsável pelos danos previstos no número 1 do Artigo 17, na medida em que exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, se prova que:

- a) o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou
- b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro.”

17. “Art. 22 - LIMITES DE RESPONSABILIDADE RELATIVOS A ATRASO, BAGAGEM E CARGA.

1. Em caso de dano causado por **atraso no transporte de pessoas**, como se especifica no Artigo 19, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

2. No transporte de **bagagem**, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria **ou atraso** se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pagado uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a 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.

3. No transporte de **carga**, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria **ou atraso** se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

-o em 2 (dois) anos, após a data de chegada no destino, afasta-se aplicação do art. 27, do CDC. Precedentes do STF”.¹⁹

Em caso de avaria, perda ou extravio de carga, não há antinomia entre o regramento internacional e o CC brasileiro: o transportador há de honrar o valor constante do **conhecimento aéreo**; caso tal valor não tenha sido declarado, prevalecerão os limites de indenização previstos na Convenção de Montreal.

7 Punitive damages

Se os danos previstos pela convenção internacional são de toda espécie possível nesse gênero de transporte, não há fundamento para que se entenda que ela só cuida de **danos materiais**, permitindo dessarte que se cogite colateralmente de um **dano moral** a ser compensado à luz do direito interno. Tanto mais disparatada, em

4. [...].

5. As disposições dos números 1 e 2 deste Artigo não se aplicarão se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, com intenção de causar dano, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de um preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções.

6. Os limites prescritos no Artigo 21 e neste Artigo não constituem obstáculo para que o tribunal conceda, de acordo com sua lei nacional, uma quantia que corresponda a todo ou parte dos custos e outros gastos que o processo haja acarretado ao autor, inclusive juros. A disposição anterior não vigorará, quando o valor da indenização acordada, excluídos os custos e outros gastos do processo, não exceder a quantia que o transportador haja oferecido por escrito ao autor, dentro de um período de seis meses contados a partir do fato que causou o dano, ou antes de iniciar a ação, se a segunda data é posterior” (grifei algumas expressões merecedoras de destaque, e corrigi um pequeno erro na tradução brasileira do título do artigo).

18. “Art. 19 - ATRASO.

O transportador é responsável pelo dano ocasionado por atrasos no transporte aéreo de **passageiros, bagagem ou carga**. Não obstante, o transportador não será responsável pelo dano ocasionado por atraso se **prova** 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**” (grifo nosso).

19. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apelação nº 00368554/20168070001, 1º/8/2018. Cf. também: Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 1023368-25.2017.8.26.0002; e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação nº 0423384-94.2015.8.19.0001.

face disso, é a junção de um elemento **punitivo** ou **didático** à compensação devida. A reparação com caráter de penalidade para castigar o infrator e prevenir recidivas é própria da *common law*, levando nos Estados Unidos e na Inglaterra o nome de *punitive damages*, ou *exemplary damages*. Na conferência preparatória da convenção discutiu-se o tema dos danos ressarcíveis – e seu diferente entendimento nos países da *common law* e naqueles de tradição romano-germânica. Concluiu-se pela impertinência dos danos punitivos, definido o ressarcimento na sua estrita natureza compensatória.²⁰ Nada obstante, em caso de dolo, o tratado prevê a desconsideração do limite indenizatório.²¹

8 Reparação integral

No que as indenizações regidas pelo tratado de Montreal compensam danos tanto materiais quanto morais, elas condizem fielmente com o que reza os incisos V e X do art. 5º da Constituição da República. A fixação de limites pela norma internacional não viola essa regra: se assim não fosse, todos os contratos de seguro e resseguro também a afrontariam no que determinam o teto compensatório em função do prêmio pago – dada a possibilidade teórica de que a dimensão do sinistro excedesse, em certo caso concreto, o teto avençado entre as partes.

20. “Art. 29 - No transporte de passageiros, de bagagem e de carga, toda ação de indenização de danos, seja com fundamento na presente Convenção, em um contrato ou em um ato ilícito, seja em qualquer outra causa, somente poderá iniciar-se sujeita a condições e limites de responsabilidade como os previstos na presente Convenção, sem que isso afete a questão de que pessoas podem iniciar as ações e quais são seus respectivos direitos. **Em nenhuma das referidas ações se outorgará uma indenização punitiva, exemplar ou de qualquer natureza que não seja compensatória**” (grifo nosso).

21. Art. 22, 5: v. *supra*, nota 17.

22. Tema nº 210: Recurso Extraordinário nº 636.331-RJ, recorrente Société Air France, Rel. Min. Gilmar Mendes; e Agravo em Recurso Extraordinário nº 76.6618-SP, recorrente Air Canada, Rel. Min. Roberto Barroso.

23. Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 351.750, do Rio de Janeiro, decisão de 13/4/2018.

9 A voz do Supremo e sua lógica

Em 25 de maio de 2017 o plenário do Supremo Tribunal Federal enfrentou a matéria em processos envolvendo da Air France e da Air Canada, oriundos do Rio de Janeiro e de São Paulo, respectivamente, e de repercussão geral reconhecida. A corte ensinou então que:

“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”.²²

Todas as disposições da Convenção de Montreal guardam conformidade com a Constituição Federal.

Essa lição se desdobra em dois corolários incontornáveis: (I) se a regra internacional prevalece sobre o mais específico e congênere dos textos de produção doméstica, que é o Código do Consumidor, ela prevalece *a fortiori* sobre todo e qualquer outro diploma de direito interno infraconstitucional; (II) qualquer que fosse a exata situação de fato retratada nos dois recursos, a Convenção de Montreal há de primar sobre todo o escopo casuístico coberto por seu texto dispositivo: danos, compensações, natureza da responsabilidade, perda do direito de ação pelo decurso do tempo.

A especialidade e a ulterioridade da Convenção de Montreal já garantiriam seu primado sobre normas internas em caso de concorrência. Mas é a própria Constituição que descarta os mecanismos de solução do conflito ao estatuir, no art. 178, que a matéria se faz reger essencialmente pelo direito internacional, avençado entre o Brasil e seus homólogos igualmente soberanos. Recente decisão do ministro Roberto Barroso²³ dá a exata medida

do que há de valer doravante como entendimento da Justiça – sobretudo à vista da dimensão e da natureza do erro que essa decisão se incumbiu de corrigir.

10 Em síntese

Todas as disposições da Convenção de Montreal (1999-2006) guardam conformidade com a Constituição Federal, em particular o art. 5º, incisos V, X e XXXII, eis que a limitação do montante indenizatório não é absoluta, podendo o contratante ter elevado esse teto mediante declaração de valor da bagagem ou carga, ou, ainda, quando comprovado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos.

A disciplina do transporte aéreo internacional é matéria de trato normativo necessariamente comum, entre nações soberanas, e não concorre, desse modo, com a disciplina interna da respon-

sabilidade civil ou dos direitos do consumidor. O art. 178 da lei fundamental revela o entendimento do constituinte no que concerne à identificação da sede normativa competente.

Ainda que assim não fosse, prevaleceria o tratado seja pelo critério da especialidade, seja pelo critério da ulterioresidade, cada um deles suficiente para a determinação desse primado.

A leitura íntegra da Convenção de Montreal faz ver a amplitude de seu alcance, e sua consequente independência de qualquer subsídio normativo recolhido em direito interno. A fiel aplicação de um regime jurídico que compromete internacionalmente a República não é uma opção, mas um dever dos poderes do Estado brasileiro, sem exclusão do Judiciário. Tudo quanto se ouviu do Supremo Tribunal Federal no biênio ainda em curso revela a mais imaculada percepção dessa realidade. ■

O transporte aéreo regional no Brasil.

Empresas de táxi aéreo, Linhas Aéreas Sistemáticas como forma de integração regional e os dez anos do advento da Política Nacional de Aviação Civil (PNAC).

Georges Ferreira

Advogado especialista e professor de Direito Aeronáutico. Presidente da Comissão de Direito Aeronáutico da OAB-GO.

Sumário

1. Introdução
 2. Cenário geral da aviação comercial no Brasil
 3. A aviação regional
 4. As empresas aéreas regulares e não regulares
 5. Linhas Aéreas Sistemáticas
 6. Os obstáculos e os impedimentos ao desenvolvimento das LAS no Brasil – a inexistência de uma política para o setor
 7. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

Imagine a comodidade de viajar de São Paulo para Barretos em pouco mais de uma hora, com o conforto de embarcar de manhã no Campo de Marte, ou deixando seu carro em Jundiaí-SP para voltar à capital paulista pelo horário do almoço? Da mesma forma, quem vive em São José do Rio Preto poderia ir a Santos, sabendo que à noite jantaria em casa.

Em pleno século XXI, isso não passa de um sonho para os habitantes do Estado mais desenvolvido do Brasil. Em São Paulo, apesar de possuir um bom número de aeroportos, sendo 20 adminis-

trados diretamente pelo Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo (Daesp), outros cinco concessionados pelo Estado, além de Guarulhos (GRU Airports), Viracopos (Aeroportos Brasil Viracopos) e aqueles da rede Infraero, situados em São José dos Campos, Campo de Marte e Congonhas, apenas dez localidades são atendidas com voos regulares pelas grandes linhas aéreas.¹

Comparando com o Estado da Flórida, nos Estados Unidos, aquele conta com 66 aeroportos,² 20 localidades atendidas por linhas aéreas regulares que são apoiadas diretamente por mais 22 aeroportos de apoio, ou *reliever airports*, que servem para desafogar a demanda excessiva dos maiores, estando mais dedicados à aviação regional e geral, fora mais de uma centena de outros aeródromos.³

O Ministério da Infraestrutura aponta que o Brasil conta com 2.499 aeródromos registrados pela Anac.

Deste modo, se num Estado como o de São Paulo há espaço e a necessidade de se desenvolver o modal do transporte aéreo, é importante considerar o que poderia ser feito nos demais locais do Brasil, como é o caso da região Norte, onde simplesmente não há estradas para acessar ou interligar a maior parte de seus municípios.

Empresas de táxis aéreos poderiam operar com suas aeronaves de pequeno porte nas chamadas Ligações Aéreas Sistemáticas (LAS) no atendimento às localidades de baixa densidade populacional, inclusive com custos bem mais racionais. Apesar disso, poucas ainda o fazem em razão da alta carga regulatória que devem cumprir, equiparável, em certos casos, às grandes linhas aéreas, e da ausência de um planejamento estatal que subsidie e estimule a atividade, mesmo após dez anos do

lançamento da Política Nacional de Aviação Civil (PNAC – Decreto nº 6.780/2009).

2 Cenário geral da aviação comercial no Brasil

O Ministério da Infraestrutura aponta que o Brasil conta com 2.499 aeródromos registrados pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), sendo 1.911 privados e 588 públicos, com 110 aeródromos públicos⁴ recebendo voos regulares,⁵ ao passo que o Instituto Brasileiro de Aviação Civil, apontando dados da Anac, informa a existência de 3.854 aeródromos, entre públicos (591) e privados (3.263), com 126 localidades recebendo voos regulares, com a aviação geral conectando 1.225 municípios.⁶ Em termos de comparação com outros momentos da aviação civil brasileira, nos anos 1960, mais de 400 municípios chegaram a receber voos regulares.⁷

1. DAESP. Localidades são atendidas com voos regulares pelas grandes linhas aéreas. 2019. Disponível em: <https://www.daesp.sp.gov.br/spaerportos_portal_html/>. Acesso em: 24 mar. 2019.

2. THE AIRPORT AUTHORITY. Aeroportos na Flórida, US. 2019. Disponível em: <<https://airport-authority.com/browse-us-fl>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

3. RANKER. Localidades atendidas por linhas aéreas regulares. 2019. Disponível em: <<https://www.ranker.com/list/all-florida-airports/american-airports>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

4. Aeródromo significa uma área delimitada em terra ou na água, destinada, no todo ou em parte, para pouso, decolagem e movimentação em superfície de aeronaves; inclui quaisquer edificações, instalações e equipamentos de apoio e de controle das operações aéreas, se existirem. Quando destinado exclusivamente a helicópteros, recebe denominação de heliponto. Aeroporto significa um aeródromo público dotado de edificações, instalações e equipamentos para apoio às operações de aeronaves e de processamento de pessoas e/ou cargas. Quando destinado exclusivamente a helicópteros, recebe denominação de “heliporto” (Regulamento Brasileiro da Aviação Civil – RBAC nº 01, Emenda nº 03, Definições, Regras de Redação e Unidades de Medidas para uso nos RBAC. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-01-emd-03-1/@display-file/arquivo_norma/RBAC01_EMD03.pdf>).

5. MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. Aeródromos registrados pela ANAC. 2019. Disponível em: <<http://infraestrutura.gov.br/rede-aeroportos.html>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

6. INSTITUTO BRASILEIRO DE AVIAÇÃO. *Anuário Brasileiro de Aviação Civil* 2018. São Paulo, 2018. p. 6, 12, 13.

7. CNTTL. Nos anos 1960, mais de 400 municípios recebiam voos regulares. 2013. Disponível em: <<https://cnttl.org.br/index.php?tipo=noticia&cod=1962>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

No presente cenário, os 65 grandes aeroportos nacionais, dos quais 31 localizados em capitais, correspondem a 98% do movimento absoluto de passageiros,⁸ ao passo que Congonhas e Guarulhos respondem com mais de 22% desse total,⁹ sendo que mais de 103 milhões de passageiros foram transportados em 2018 por empresas brasileiras.¹⁰

Essa altíssima concentração e o baixo número de localidades atendidas deixam transparecer a ausência de uma política pública para o setor. Isso fica ainda mais evidente quando se observa que na Amazônia Legal, que corresponde a 60% do território brasileiro, abrangendo nove Estados e 772 municípios,¹¹ tão somente 33 localidades contam com algum serviço aéreo regular,¹² onde, de fato, as infraestruturas de comunicações terrestres e/ou fluviais/marítimas são escassas.

O Anuário Brasileiro de Aviação Civil de 2018, do Instituto Brasileiro de Aviação (IBA), também indica que o Nordeste não se encontra em situação mais vantajosa, com a maioria dos Estados possuindo um ou dois aeroportos atendidos pela aviação regular, tal qual o Centro-Oeste, onde está o Distrito Federal. Mesmo toda a região Sul possui apenas 20 cidades interligadas pelo modal aéreo.¹³

A aviação comercial regular no Brasil, a despeito dos excelentes índices de operacionalidade e de segurança, inobstante a grave crise econômica que se abateu sobre o país, e ao que pese a recuperação do setor, pode ter parado no tempo em termos de crescimento e projeção, pois o atual modelo em que opera exige uma elevada demanda de passageiros e carga para ser viável. Segundo Francisco Lyra, presidente do IBA, para que o voo se pague, ele precisa de ao menos 60% de ocupação. Num avião de 180 lugares, isso representa 108 passageiros. Certamente muitas cidades não têm essa procura, no entanto, aeronaves redimensionadas poderiam atender esses mercados de baixa densidade.¹⁴

3 A aviação regional

A aviação regional seria a atividade explorada de maneira regular, que realiza ligações entre cidades de baixa densidade de tráfego, utilizando-se de aeronaves de capacidade inferior a cem passageiros (BETTINI, 2007).

Contudo, tal denominação é bastante difusa (LEURQUIN; AVELAR, 2016, p. 197), sendo que pode-se fazer quatro demarcações para delinear na prática o mercado de linhas regionais: a) com base na companhia aérea; b) com base na aeronave, que pode ser do tamanho normalmente menor de cem assentos; c) com base nos aeroportos, definidos a partir da movimentação de passageiros ou aeronaves, ou das características do município, definição frequentemente empregada na legislação brasileira; e, por fim, d) com base na ligação aérea, na qual se leva em consideração a densidade do tráfego (até 15 mil passageiros por ano, por exemplo), trecho percorrido (até mil quilômetros, por exemplo) e número de participantes (OLIVEIRA; SALGADO, 2008, p. 35).

Entretanto, esses critérios podem variar, sendo que Alessandro Oliveira e Lucia Helena Salgado alertam que essa separação fica ainda mais complicada em um ambiente competitivo, calcado na

8. TRANSPORTES. Concentração de embarques e desembarques. 2017. Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/conteudo/52-sistema-de-transportes/6466-aeroportos.html>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

9. ANAC. *Anuário do Transporte Aéreo*. Brasília, 2017. p. 34.

10. ANAC. Mais de 103 milhões de passageiros foram transportados em 2018 por empresas brasileiras. 2019. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/noticias/2019/mais-de-103-milhoes-de-passageiros-foram-transportados-em-2018-por-empresas-brasileiras>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

11. IBGE. 60% do território brasileiro, abrangendo nove Estados e 772 municípios. 2019. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/geociencias/geografia/amazonialegal.shtm?c=2>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

12. ANAC. *Anuário do Transporte Aéreo*. Brasília, 2017. p. 52.

13. ANAC. *Anuário do Transporte Aéreo*. 2018. Brasília, 2017. p. 81.

14. IBA. Para que o voo se pague, ele precisa de ao menos 60% de ocupação. 2017. Disponível em: <<http://institutoaviacao.org/noticia/em-dez-anos-um-pais-menos-conectado>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

liberdade, no momento de definir as trajetórias e a não regulamentação, impedindo a entrada e saída de outras empresas.

Assim, no intuito de promover o desenvolvimento de pequenas companhias aéreas, que utilizassem aeronaves de pequeno porte no atendimento de curtas e médias distâncias em aeroportos localizados em áreas de baixa densidade demográfica, o governo federal lançou em 2012 o Plano para o Desenvolvimento da Aviação Regional (PDAR) da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC/PR),¹⁵ com o objetivo de conectar os locais distantes dos grandes centros, com especial enfoque a Amazônia Legal. A SAC, criada pela Lei nº 12.462/2011, hoje está inserida no Ministério da Infraestrutura e possui o propósito de coordenar e supervisionar ações voltadas para o desenvolvimento estratégico do setor da aviação civil e da infraestrutura aeroportuária e aeronáutica no Brasil.

O governo federal lançou em 2012 o Plano para o Desenvolvimento da Aviação Regional.

Para bancar o PDAR, seria utilizado o Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC), cujos recursos seriam oriundos da receita de outorga recolhida pelos concessionários de aeroportos, do Adicional sobre Tarifa Aeroportuária (Ataero, extinto em 2017), de parcela da Tarifa de Embarque Internacional (TEI) e de recursos próprios financeiros (rendimento de aplicação financeira).¹⁶

O PDAR previa investir R\$ 7,3 bilhões na construção e/ou reforma de 270 aeroportos e, até o momento, não colheu resultados práticos, estando entre os motivos para tanto o contingenciamento de verbas, a falta de alinhamento entre as gestões municipais, estaduais e federal,¹⁷ tendo o governo

de Michel Temer, por fim, reduzido a expectativa da reforma de 270 para 58 aeroportos.¹⁸

O programa projetava, ao mesmo tempo, o emprego de subvenções econômicas nos serviços oferecidos pelos aeroportos regionais, como o pagamento dos custos relativos às tarifas aeroportuárias e de navegação aérea em aeroportos regionais. Também interviria no pagamento de parte dos custos de voos em rotas regionais.¹⁹

Contudo, a palavra “subvenção” não é um termo grato para o atual governo, sendo que a tarefa de integrar os mais distantes rincões de nosso país pela via aérea estaria sob a responsabilidade das empresas de táxis aéreos, que são as únicas autorizadas a realizar o transporte remunerado de passageiros, além das linhas aéreas.

4 As empresas aéreas regulares e não regulares

No Brasil a atividade aeronáutica segue regras e padrões internacionais estabelecidos pela Convenção de Chicago de 1944 (recepcionada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 21.713, de 27

15. TRANSPORTES. Plano para o Desenvolvimento da Aviação Regional da Secretaria de Aviação Civil. 2017. Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/aviacao-regional.html>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

16. TRANSPORTES. Os recursos provenientes do FNAC. 2019. Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/component/content/article/2-uncategorised/6914-saiba-mais-fnac.html#fnac1>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

17. DIÁRIO COMÉRCIO INDÚSTRIA E SERVIÇO (DCI). Falta de alinhamento entre a gestão municipal, estadual e federal. 2018. Disponível em: <<https://www.dci.com.br/servicos/aviacao-regional-tera-pouco-espaco-para-decolar-em-2019-1.739028>>. Acesso em: 4 abr. 2019.

18. ESTADO DE MINAS – EM.COM. O atual plano tem 58 terminais considerados prioritários para investimentos. 2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/02/04/internas_economia,844926/programa-para-aviacao-regional-sera-modesto.shtml>. Acesso em: 4 abr. 2019.

19. BRASIL.GOV.BR. Emprego de subvenções econômica nos serviços oferecidos pelos aeroportos regionais, como o pagamento dos custos relativos às tarifas aeroportuárias e de navegação aérea em aeroportos regionais. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/07/governo-cria-programa-para-estimular-a-aviacao-regional>>. Acesso em: 4 abr. 2019.

de agosto de 1946), sendo seu marco regulatório a Lei nº 7.565/1986, ou Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA). É regulada e fiscalizada sobretudo pela Anac, instituída pela Lei nº 11.182/2005, que cuida também da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária no Brasil.²⁰ Por sua vez, a parte “ar”, que implica o controle do espaço aéreo, está sob a responsabilidade do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (Decea), da Força Aérea Brasileira (FAB),²¹ sendo que as empresas aéreas e todos os demais operadores submetem-se a esses órgãos.

Conforme definido pelo art. 175 da Lei nº 7.565/1986 (CBA), os serviços aéreos públicos abrangem os serviços aéreos especializados públicos e os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular. As empresas enquadradas como prestadoras de serviços aéreos públicos (arts. 180/221 da Lei nº 7.565/1986), no caso as linhas aéreas, também denominadas TPR (Resolução nº 293 da Anac, art. 60, inciso III), são reguladas pela Anac, especialmente pelo Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC) nº 121 (Requisitos operacionais: operações domésticas, de bandeira e suplementares).

20. ANAC. Anac, que cuida também da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária no Brasil. 2019. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/A_Anac/institucional>. Acesso em: 4 abr. 2019.

21. DECEA. Controle do espaço aéreo. 2019. Disponível em: <<https://www.decea.gov.br/?i=quem-somos&p=o-decea>>. Acesso em: 4 abr. 2019.

22. DECEA. O documento aprovado e emitido pela Anac que formaliza as concessões para a exploração de linhas aéreas regulares internacionais e domésticas de passageiros. 2019. Disponível em: <<https://www.decea.gov.br/sirius/index.php/2011/06/14/hotran-horario-de-transporte/>>. Acesso em: 4 abr. 2019.

23. INSTITUTO BRASILEIRO DE AVIAÇÃO. *Anuário Brasileiro de Aviação Civil 2018*. São Paulo, 2018. p. 12.

24. Idem, p. 29.

25. Idem, p. 32.

26. ANAC. 119 empresas de táxis aéreos. 2019. Disponível em: <<https://sistemas.anac.gov.br/sas/empresasaereas/view/frmEmpresas.aspx>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

27. INSTITUTO BRASILEIRO DE AVIAÇÃO. *Anuário Brasileiro de Aviação Civil 2018*. São Paulo, 2018. p. 32.

28. Idem, p. 33.

29. AGÊNCIA INFRA. Compartilhamento de voos Two Flex e GOL. 2018. Disponível em: <<http://www.agenciainfra.com/blog/two-flex-e-gol-devem-comecar-compartilhamento-de-voos-estes-mes/>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

As empresas de táxis aéreos, denominadas TPX (Resolução nº 293 da Anac, art. 60, inciso V), reguladas por sua vez pelo RBAC nº 135 (Requisitos operacionais: operações complementares e por demanda), são as únicas autorizadas pela Anac a realizar o transporte remunerado de cargas ou pessoas de forma não regular.

A principal diferença entre as linhas aéreas e os táxis aéreos é que as empresas regulares precisam possuir o Horário de Transporte (Hotran), sendo esse o documento aprovado e emitido pela Anac que formaliza as concessões para a exploração de linhas aéreas regulares internacionais e domésticas de passageiros e/ou carga, e da rede postal pelas empresas de transporte aéreo, com os respectivos horários, números de voos, frequências, tipos de aeronaves e oferta de assentos,²² enquanto os táxis aéreos operam por demanda (voos não regulares), contudo, disponibilizando seus serviços de forma permanente (RBAC/Anac nº 135).

Há atualmente certificadas na Anac 12 empresas de linhas aéreas regulares nacionais,²³ operando 675 aeronaves,²⁴ que utilizam principalmente modelos com capacidade acima de 50 passageiros, sendo muito comum o uso do modelo “jato” ou à reação.²⁵

Os táxis aéreos representam 119 empresas no Brasil,²⁶ com uma frota de 1.360 aeronaves,²⁷ utilizando para suas operações basicamente os mesmos equipamentos presentes na aviação geral, podendo levar na maioria dos casos entre cinco e nove passageiros (excepcionalmente, de 20 a 30), com sua grande maioria movidos a pistão, usando gasolina de aviação (Avgas),²⁸ além de helicópteros.

E são os táxis aéreos os agentes capazes de interligar regiões de baixa densidade demográfica, sendo que as linhas aéreas atendem somente locais onde a demanda torna viáveis as operações de suas aeronaves de médio/grande porte, fazendo uso ainda sazonal das suas congêneres não regulares no compartilhamento de voos para atender suas demandas complementares, como é o caso da parceria entre a GOL Linhas Aéreas e a empresa Two Flex Táxi Aéreo no Rio Grande do Sul.²⁹

Importante rememorar que, apesar de operarem primariamente voos por demanda, os táxis aéreos podem, uma vez atendendo os requisitos emanados pela Instrução de Aviação Civil (IAC) da Anac nº 202-1001, de 18 de novembro de 2002,³⁰ realizar operações regulares, no formato das Ligações Aéreas Sistemáticas.

5 Linhas Aéreas Sistemáticas

Segundo a Anac, a Ligação Aérea Sistemática (LAS) “é serviço aéreo doméstico, equiparado a serviço aéreo regular, realizado por empresa de táxi aéreo devidamente certificada”, sendo suas principais características:

- a ligação será entre duas ou mais localidades dentro do território brasileiro que não estejam sendo atendidas por linha aérea doméstica regular;
- a operação deve ter frequência mínima de uma ligação e máxima de 15 frequências semanais;
- a empresa tem o compromisso de manter índices de pontualidade e regularidade que atendam aos interesses dos usuários.³¹

Em tese, o táxi aéreo LAS pode atender, com eficiência técnica e econômica, pequenas localidades onde a demanda e a infraestrutura não permitem a operação de grandes aeronaves, podendo servir ainda como alimentador das grandes companhias aéreas, conectando esses destinos às cidades de médio e grande porte.

As ligações aéreas sistemáticas podem, em uma região como a Amazônia Legal, implementar de forma significativa o turismo, pois a maioria das pousadas e *resorts* não possui acesso via terrestre e a opção marítima ou a fluvial representam horas ou mesmo dias de viagem em barcos ou canoas, sendo que seu emprego não se restringe apenas ao atendimento de passageiros, mas, principalmente, ao transporte de carga de alto valor agregado e, em especial, ao agronegócio e à mineração, setores da economia baseados no interior e que vêm sustentando o país há anos. A prática das ligações aéreas sistemáticas também impulsionaria a vocação das

empresas que queiram começar a atuar no ramo do transporte aéreo regular, ao que passariam a ser regidas pelo RBAC/Anac nº 121.

É importante recordar que as empresas TPX foram o nascedouro de grandes companhias aéreas, como foi o caso da Latam (antiga Táxi Aéreo Marília – TAM³²) e de outras regionais, como a Manaus Aerotáxi e Participações (MAP) e a Total Linhas Aéreas,³³ ambas de Manaus-AM, sendo também responsáveis por ensinar e aperfeiçoar a mão de obra de tripulantes e mecânicos, cuja maioria posteriormente servirá nas grandes companhias.

As ligações aéreas sistemáticas podem implementar de forma significativa o turismo.

Portanto, mesmo diante de todas essas premissas, o número de táxis aéreos LAS não passa de cinco em todo o país,³⁴ com três atuando na Amazônia Legal, nos Estados de Rondônia (Rio Madeira Aerotáxi – Rima), Amazonas (Apuí Táxi Aéreo) e Mato Grosso (Asta Táxi Aéreo), com 20 municípios atendidos, com outras duas sediadas em Fortaleza (Rota do Sol Táxi Aéreo) e São Paulo (Two Flex Táxi Aéreo), operando aeronaves que transportam entre nove (modelo CESSNA 208B Caravan) e 21 passageiros (modelo Embraer EMB 110).

30. ANAC. Linhas aéreas sistemáticas. 2016. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/taxi-aereo/ligacoes-aereas-sistematicas>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

31. Idem.

32. BRASIL ECONÔMICO. Táxis aéreos já foram o nascedouro de grandes companhias aéreas. 2010. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/empresas/comercioservicos/conheca-a-historia-da-tam/n1237748161396.html>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

33. AVIAÇÃO COMERCIAL. Manaus Aerotáxi e Participações (MAP) e a Total Linhas Aéreas. 2018. Disponível em: <<https://www.aviacao comercial.net/combra.htm>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

34. ANAC. O número de táxis aéreos LAS não passa de cinco em todo o país. 2019. Disponível em: <<https://sistemas.anac.gov.br/sas/empresasaereas/view/frmEmpresas.aspx>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

6 Os obstáculos e os impedimentos ao desenvolvimento das LAS no Brasil – a inexistência de uma política para o setor

Apesar da constatada necessidade de crescimento da aviação regional no Brasil, há a deficiência histórica na formulação de políticas públicas para o setor (LEURQUIN; AVELAR, 2016). O PDAR não decolou, e o último grande esforço do governo federal em promover objetivamente a aviação regional com o uso de aeronaves de pequeno e médio porte operando em áreas de baixa densidade populacional, por conta de companhias locais, foi o Sistema Integrado de Transporte Aéreo Regional (Sitar), criado em 1975.³⁵

O Sitar nasceu como uma resposta do governo federal a uma grave crise que se abatera sobre a aviação comercial brasileira e tinha como objetivo desenvolver a aviação regional em todas as regiões do país, sendo que consistia em dividir o território nacional em cinco áreas, cada uma delas atendida por uma única empresa, que não podia ter operações nacionais. A exploração era feita por conces-

são de 15 anos, prorrogáveis por períodos idênticos. O governo também lançou mão de um adicional tarifário, de 3% sobre o valor dos bilhetes das linhas aéreas domésticas, depositado no Fundo Aeroaviário, com os recursos usados para subsidiar as linhas deficitárias do Sitar.³⁶ Para atender ao Sitar, foram criadas cinco novas empresas aéreas (antes táxis aéreos): Nordeste, Rio-Sul, Taba, TAM e Votec, que se valeram da então recém-lançada aeronave Bandeirante, da Embraer, cuja obtenção era favorecida como parte da política governamental para o desenvolvimento da indústria aeronáutica nacional.³⁷

O Sitar existiu até 1999, quando então seus recursos pararam de ser recolhidos,³⁸ sendo que, em seguida, se daria a extinção do Ministério da Aeronáutica (Medida Provisória nº 2.216-37/2001), que fiscalizava e regulamentava a aviação civil brasileira por meio do Departamento de Aviação Civil da Força Aérea Brasileira, que também seria extinto com a criação da Anac em 2006 (Lei nº 11.182/2005).

Uma discussão envolvendo um planejamento estratégico de longo prazo para a aviação comercial brasileira aconteceria apenas em 2009, quando foi criada a Política Nacional de Aviação Civil (Decreto nº 6.780/2009), com a finalidade de “estimular o desenvolvimento das ligações de baixa e média densidade de tráfego” e “incentivar o desenvolvimento e a expansão dos serviços aéreos prestados em ligações de baixa e média densidade de tráfego”, a fim de aumentar o número de cidades e municípios atendidos pelo transporte aéreo.³⁹

Contudo, após dez anos de seu anúncio e uma grave crise econômica, nenhum resultado prático positivo que alavancasse as atividades das empresas de táxis aéreos (autorizadas a serem LAS) foi percebido, senão ao contrário. Em argumentando, o preço dos combustíveis (que chegaram à maior alta histórica em 2018⁴⁰), que representam até 50% dos custos operacionais,⁴¹ no caso da aviação regional se agrava, pois sua malha requer um

35. EM DISCUSSÃO. SITAR – Sistema Integrado de Transporte Aéreo Regional, criado em 1975. 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/revista-em-discussao-edicao-novembro-2010/materias/incentivos-oficiais-a-aviaao-regional-existiram-entre-1975-e-1999.aspx>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

36. Idem.

37. AVIAÇÃO COMERCIAL. Cinco novas empresas aéreas: Nordeste, Rio-Sul, Taba, TAM e Votec. 2013. Disponível em: <https://www.aviacaocomercial.net/jetsite/nostalgia_emb110.htm>. Acesso em: 7 abr. 2019.

38. EM DISCUSSÃO. SITAR – Sistema Integrado de Transporte Aéreo Regional, criado em 1975. 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/revista-em-discussao-edicao-novembro-2010/materias/incentivos-oficiais-a-aviaao-regional-existiram-entre-1975-e-1999.aspx>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

39. Idem.

40. ABEAR. Preço dos combustíveis para a aviação. 2018. Disponível em: <<http://www.agenciaabear.com.br/setor-aereo/custo-extra-combustivel-de-aviaao/>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

41. AVIAÇÃO E MERCADO. Custos operacionais. 2016. Disponível em: <<http://www.aviacaoemercado.com.br/o-combustivel-corresponde-a-50-dos-custos-operacionais-da-aviaao-comercial/>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

planejamento contando com um número menor de revendedores e distribuidores de combustível (LEURQUIN; AVELAR, 2016, p. 202), peças e insumos. Tais obstáculos, da mesma forma, fizeram com que o número de táxis aéreos caísse de 212, em 2011, para os já referidos 119, em 2019,⁴² apontando, ainda, o Instituto Brasileiro de Aviação Civil, a redução da quantidade de suas aeronaves nos últimos três anos, tendo passado de 1.468, em 2016, para 1.360, no ano de 2019.⁴³

Os altos custos operacionais igualmente constituem-se em um grande obstáculo ao desenvolvimento das LAS, e, tal qual qualquer setor na aviação, boa parte de sua operação está vinculada ao dólar.⁴⁴ Os valores das tarifas de pouso, decolagem (majoradas em até 1.500% em certos casos⁴⁵), navegação aérea, comunicação, o preço das concessões dos espaços em aeródromos públicos, etc. têm sido excepcionalmente elevados nos últimos anos, sendo que os órgãos responsáveis pela aviação brasileira não diferenciam, em sua cobrança, quem opera em São Paulo ou em Roraima.

Porém, é de conhecimento público que o grande impedimento ao emprego das LAS como meio de integração às localidades de baixa densidade populacional, seja na Amazônia, no Nordeste ou Mato Grosso, trata-se da grande carga regulatória estabelecida pela Anac, que cobra praticamente as mesmas exigências operacionais de uma linha aérea a um táxi aéreo, independentemente de seu porte e/ou lugar onde opera. Após diversas reclamações dos operadores TPX (táxis aéreos), a Anac está empreendendo a Audiência Pública nº 14/2018, intitulada “Nova matriz de serviços de transporte aéreo”, que visa estabelecer novos padrões para certificação de empresas voltadas ao transporte aéreo público de passageiros, levando em consideração seu porte, onde e como deseja empreender suas operações.⁴⁶ Todavia, até o momento, a Consulta Pública Anac nº 14/2018 também não surtiu qualquer efeito prático e não tem previsão para sua conclusão.

E, nesse panorama, o Decea/FAB, dentro de suas atribuições, está cobrando a implementação de Zonas de Proteção de Aeródromos (ZPA) nos aeródromos de todo o país, incluindo a Amazônia Legal,⁴⁷ o que, se por um lado padroniza os procedimentos e equipamentos de segurança, por outro torna inviável economicamente sua implantação por conta dos pequenos e médios municípios, o que tem levado a que suas operações sejam suspensas,⁴⁸ o que também compromete o planejamento das empresas LAS.

Os altos custos operacionais constituem-se em um grande obstáculo ao desenvolvimento das LAS.

Dentro desse contexto, é importante destacar que, inobstante o fato de a Anac certificar as operações aéreas sistemáticas de uma empresa de táxi aéreo, ou mesmo que o Decea suspenda a utilização de um aeródromo, onde houver demanda, haverá operadores de aeronaves particulares para atendê-la, mesmo que não detenham autorização a tanto.

42. ANAC. Número e histórico de empresas de táxis aéreos. 2019. Disponível em: <<https://sistemas.anac.gov.br/sas/empresasaereas/view/frmEmpresas.aspx>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

43. ANAC. *Anuário do Transporte Aéreo*. Brasília, 2017. p. 32.

44. AEROFLAP. Boa parte de sua operação está vinculada ao dólar. 2019. Disponível em: <<https://www.aeroflap.com.br/avianca-brasil-fechou-3o-trimestre-de-2018-com-prejuizo-de-r-188-milhoes/>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

45. DIVIWEB. Majoradas em até 1500% em certos casos. 2018. Disponível em: <<https://diviweb.com.br/anac-autoriza-reajuste-de-l-500-nas-tarifas-aeroportuarias/>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

46. ANAC. Nova matriz de serviços de transporte aéreo público. 2018. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/noticias/2018/nova-matriz-de-servicos-de-transporte-aereo-publico-vai-a-audiencia-publica-1>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

47. DECEA. A implementação de Zonas de Proteção de Aeródromos (ZPA). 2016. Disponível em: <<https://www.decea.gov.br/blog/?p=620>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

48. CONJUR. Aeródromos brasileiros correm risco de suspensão temporária. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-21/geovane-alves-aerodromos-correm-risco-suspensao-temporaria>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

Esses particulares, que operam seus aviões segundo as regras do Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica (RBHA) nº 91 da Anac (Regras Gerais de Operação para Aeronaves Civis), que regulamentam a utilização de aeronaves particulares para o uso próprio, classificando-se como Transporte Aéreo Privado de Passageiros, ou TPP, são proibidos de efetuar o transporte aéreo remunerado de pessoas ou cargas e são conhecidos como “taqueiros”, pois fazem o que é comumente chamado de “transporte aéreo clandestino”, ou, simplesmente, “taca”. Não atendem aos requisitos exigidos aos táxis aéreos (como a contratação de seguros previstos no RBAC nº 135) e muitas vezes não constituem sequer uma pessoa jurídica. Trata-se de uma concorrência desleal e que prolifera graças ao atual modelo regulatório, que pune e cobra demasiadamente quem tenta seguir as regras e “premia” com o esquecimento aqueles que, por não estarem certificados “TPX”, não sofrem o mesmo rigor fiscalizatório e podem oferecer preços bem mais atraentes aos seus usuários. Deste modo, o mercado informal, sendo a resposta que é à regulamentação inadequada à determinada realidade, como é a amazônica, tende a seguir crescendo.

Independentemente da vontade e do espírito empreendedor dos empresários de táxis aéreos no Brasil, mesmo contando nosso país com um potencial gigantesco, poucos encontram razões para operar como LAS, pois é evidente a grande ausência de uma contrapartida estatal, ainda que somente em nível regulatório.

Sequer a expectativa da aprovação da Medida Provisória (MP) nº 863/2018, que prevê a liberação do capital estrangeiro para as empresas aéreas no Brasil, traz sinais que tanto poderiam beneficiar os táxis aéreos, pois, persistindo o atual modelo regulatório, a burocracia extrema apenas faria com que os problemas de certificação de empresas TPX que já existem se avolumassem nas prateleiras da Anac.

7 Conclusão

O presente estudo permitiu concluir que as LAS seriam uma solução viável e racional para atender à demanda de voos regionais em locais de baixa densidade e afastados dos grandes centros, como é o caso da região da Amazônia Legal, servindo ainda como base para o nascimento de futuras grandes linhas aéreas.

Todavia, após dez anos do lançamento da Política Nacional de Aviação Civil (Decreto nº 6.780/2009), os projetos que visavam ao desenvolvimento da aviação regional não saíram do papel, ao mesmo tempo que o número de empresas que podem desenvolver as LAS está diminuindo (fato agravado pela crise econômica), o que deixa claro que os órgãos responsáveis pela formulação das políticas públicas, normas e regulamentos para a aviação civil não trabalham em conjunto com seus regulados para a composição das regras nas quais irão operar e que, quando se atentam às características operacionais distintas de cada região do país, não levam essas considerações para a prática.

Há soluções a médio e longo prazo visando à desburocratização do setor do transporte aéreo público não regular de passageiros, como é o caso da Audiência Pública da Anac nº 14/2018 (nova matriz de serviços de transporte aéreo) e do Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 258/2016, ou reforma do CBA, que está pronto para ser votado no Senado, com posterior prosseguimento à apreciação da Câmara dos Deputados e consequente sanção presidencial, o que leva um bom tempo.

A esperança para o setor no momento se dá com a possibilidade da melhora da economia e com o advento do novo governo, que promete implementar um viés mais liberal em suas ações de Estado, o que poderia vir na forma de um choque de gestão na aviação, liberando-a de

uma descomunal carga burocrática, praticando cobranças mais racionais e justas das taxas e tarifas que impõe ao setor e permitindo aos operadores que sejam protagonistas nas formulações das regras e

normas, assim como na escolha e indicação de técnicos que dirigirão os órgãos responsáveis por elaborar políticas públicas, regular e fiscalizar a aviação civil brasileira. ■

Bibliografia

BETTINI, Humberto. Um retrato da aviação regional no Brasil. *Journal of Transport Literature*, v. 1, n. 1, p. 46-65, jan. 2007. Disponível em: <<http://pesquisaemtransportes.net.br/relit/index.php/relit/article/viewFile/11/70>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

LEURQUIN, Pablo; AVELAR, Mariana Magalhães. Os desafios jurídicos e econômicos da aviação regional no Brasil.

Revista Brasileira de Políticas Públicas (on-line), Brasília, v. 6, n. 2, p. 196-212, 2016.

OLIVEIRA, Alessandro; SALGADO, Lúcia Helena. Constituição do marco regulatório para o mercado brasileiro de aviação regional. 2008. Disponível em: <<http://pantanalbraziltourism.com/fotos/arquivos/96.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2015.

A responsabilidade civil no transporte de cargas.

Aplicabilidade da tese decorrente do julgamento do Tema nº 210 pelo Supremo Tribunal Federal em situações de sub-rogação de direitos indenizatórios a seguradoras.

José Gabriel Assis de Almeida

Doutor em Direito pela Université Panthéon Assas – Paris II. Professor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio) e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado em São Paulo e no Rio de Janeiro.

Sumário

1. Introdução
 2. O impacto da tese fixada pelo STF no Tema nº 210 na responsabilidade civil do transportador no transporte aéreo internacional de carga
 3. A situação da seguradora que se sub-roga nos direitos do segurado face ao transportador aéreo e a tese fixada pelo STF no julgamento do Tema nº 210
 4. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

No julgamento dos Recursos Extraordinários nº 636.331-RJ¹ e nº 766.618-SP,² o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou a seguinte tese para o Tema nº 210:

“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 Con-

1. BRASIL, STF, REX nº 636331, Rel. Min. Gilmar Mendes Ferreira.

2. BRASIL, STF, REX nº 766.618-SP, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

venções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.

Por razões de espaço, este trabalho não abordará a gênese e outros aspectos da tese que, certamente, serão tratados em outros artigos desta revista.

O presente estudo limita-se, assim, ao exame do impacto da tese fixada pelo STF no Tema nº 210 na responsabilidade civil do transportador no transporte aéreo internacional de carga (item 2) e da sua aplicação às seguradoras que se sub-rogam nos direitos dos seus segurados face aos transportadores aéreos (item 3).

2 O impacto da tese fixada pelo STF no Tema nº 210 na responsabilidade civil do transportador no transporte aéreo internacional de carga

A tese decorrente do julgamento do Tema nº 210 pelo STF chegou ao mesmo resultado prático da jurisprudência infraconstitucional brasileira no tocante ao transporte aéreo de carga, cristalizada nas posições do Superior Tribunal de Justiça (STJ): aplicam-se as convenções internacionais e não o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O curioso é que, enquanto o STF chegou a tal conclusão pela via do art. 178 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), o STJ atingiu tal ponto por considerar ser empresária, e não de consumo, a relação entre o transportador e o consignatário ou o expedidor da carga. Vale a pena um breve resumo da evolução da jurisprudência do STJ.³

Inicialmente, logo após a sua criação, o STJ entendia que o transporte aéreo de carga era regido pelas convenções internacionais.⁴

No entanto, tal como aconteceu quanto ao transporte aéreo de passageiros,⁵ esta situação iria mudar rapidamente em matéria de transporte de carga, passando o STJ a entender pela aplicação do CDC.

A primeira vez que, em matéria de transporte aéreo internacional de carga, o STJ aplicou o

CDC e afastou as convenções internacionais foi em setembro de 2000, no acórdão proferido no REsp nº 171.506, em que foi relator o ministro Ruy Rosado de Aguiar.⁶ Este acórdão e os que lhe seguiram são marcados pela falta de distinção na jurisprudência do STJ entre os casos relativos a passageiros e aqueles relacionados com carga. Todo transportador era indistintamente enquadrado na descrição de fornecedor e, por conseguinte, o transporte era considerado sujeito ao CDC, afastando-se as regras das convenções internacionais.

Este entendimento do STJ, contudo, alterou-se a partir de 2012. Foi a 3ª Turma a primeira a decidir que, no transporte aéreo internacional de carga, era aplicável a convenção internacional e não o CDC. Esta decisão foi proferida em 2012, em um caso de extravio de carga.⁷ A seguradora havia se sub-rogado nos direitos do segurado, contratante de transporte aéreo internacional de mercadorias extraviadas. O STJ, invocando precedentes

3. Para maiores detalhes v. ALMEIDA; SANT'ANNA, 2015.

4. BRASIL, STJ, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 2/9/1999, publ. DJ de 6/12/1999; de notar que antes, em 1998, a 4ª Turma já havia discutido a questão do direito do consumidor e do transporte aéreo internacional de carga (BRASIL, STJ, 4ª T., REsp nº 154.698-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/ acórdão Min. Bueno de Souza, j. 9/6/1998, DJ de 12/2/2001), que versava sobre o extravio de carga ocorrido em transporte aéreo internacional e havia não conhecido do recurso especial, pois entendeu que os dispositivos do CDC não haviam sido previamente debatidos no acórdão recorrido, mantendo a aplicação dos preceitos da Convenção de Varsóvia; em matéria de transporte de passageiros, o STJ já havia considerado que a promulgação do CDC não afetava a aplicação das convenções internacionais ao transporte aéreo internacional de passageiros: BRASIL, STJ, 3ª T., REsp nº 58.736-MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13/12/1995, publ. DJ de 29/4/1996, p. 13.413; v. também BRASIL, STJ, 3ª T., REsp nº 156.238-RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 7/6/1999, publ. DJ de 30/8/1999; estes acórdãos versavam sobre indenização por extravio de bagagem.

5. Um dos primeiros acórdãos sobre a preponderância do Direito do Consumidor sobre o Direito Aeronáutico foi o seguinte: BRASIL, STJ, 4ª T., REsp nº 235.678-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 2/12/1999, DJ de 14/2/2000, p. 43.

6. O ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator deste REsp nº 235.678, havia sido vencido no REsp nº 154.698, tendo naquela ocasião apresentado voto vencido no qual afirmou exatamente todos os argumentos que vieram a ser vencedores neste REsp nº 235.678.

7. BRASIL, STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 1291994-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Agravante Itaú Seguros S/A, Agravada DHL Logistics Brazil Ltda., j. 28/2/2012, publ. DJe de 6/3/2012.

em matéria de transporte terrestre, entendeu não ser aplicável o CDC, eis que se tratava de:

“Tenho por reiterado o entendimento desta Corte no que tange à não incidência do CDC em relação eminentemente mercantil entre a seguradora contratante do transporte e a empresa transportadora. As normas marcadamente protetivas do CDC não se aplicam a relações em que não se verifique a vulnerabilidade do consumidor do produto ou serviço objeto de discussão, ou que este sequer venha a ser o seu consumidor (destinatário final), como no caso em que os bens transportados o sejam para terceiros que não a pessoa jurídica que contrata o serviço”.

É surpreendente neste acórdão o motivo apresentado para afastar o CDC. O motivo não é não ser a relação de transporte aéreo uma relação de consumo. O motivo é a relação entre a seguradora e a seguradora não ser uma relação de consumo. Ora, este raciocínio está equivocado, pois a discussão não é se a relação entre a seguradora e o segurado é de consumo. A seguradora sub-roga-se nos direitos do segurado, tal como se segurado fosse. Assim, se o segurado tem uma relação de consumo com o causador do dano, a seguradora também se sub-roga nessa relação de consumo. Aliás, este equívoco foi corrigido em acórdão posterior do STJ.⁸

É também curioso constatar que o caso no qual foi proferido este acórdão não cuidava diretamente de uma relação de transporte aéreo, mas sim de um caso de transporte multimodal de cargas, em que o transportador era a DHL Logistics Brazil Ltda. e não um transportador aéreo.

8. V. acórdão proferido no REsp nº 1.162.649-SP citado abaixo.

9. BRASIL, STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 1344297-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, Agravante Itaú Seguros S/A, Agravada DHL Logistics Brazil Ltda., j. 15/5/2012, publ. DJe de 28/5/2012.

10. Votaram, além do relator, os ministros Paulo de Tarso Sanseverino (presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrichi e Massami Uyeda.

11. BRASIL, STJ, 3ª T., AgRg no REsp nº 1.181.252-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Agravante Varig Logística S/A, Agravado Bradesco Seguros S/A, j. 14/8/2002, publ. DJe de 20/8/2012.

No entanto, em sinal de oscilação da jurisprudência, poucos meses depois deste primeiro caso, a mesma 3ª Turma do STJ proferiu acórdão⁹ diretamente em matéria de transporte aéreo internacional de carga em que reafirmou a aplicação do CDC, com base no argumento de ser a defesa do consumidor matéria constitucional:

“Em relação à aplicação da Convenção de Varsóvia em detrimento da legislação consumerista, este Tribunal firmou orientação no sentido de ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos casos de falha na prestação de serviços de transporte aéreo internacional, por verificar a existência da relação de consumo entre a empresa aérea e o passageiro, haja vista que a própria Constituição Federal de 1988 elevou a defesa do consumidor à esfera constitucional de nosso ordenamento [...]”.

O STF e o STJ chegaram à mesma conclusão: no transporte aéreo internacional de cargas aplicam-se as convenções internacionais.

É curioso observar que este acórdão foi proferido pela mesma Turma do acórdão precedente, composta pelos mesmos magistrados que haviam votado em sentido contrário no acórdão anterior.¹⁰

Ainda em 2012, a 3ª Turma do STJ – composta pelos mesmos magistrados – voltou a reafirmar que, no transporte aéreo internacional, o extravio de mercadoria não estava sujeito à Convenção de Varsóvia, mas sim ao CDC, conforme a jurisprudência da Corte.¹¹

Em 2013, a 3ª Turma recusou-se a julgar um recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que havia afastado a aplicação da Convenção de Varsóvia. O TJSP havia considerado existir culpa grave do transportador no extravio da carga, equiparando-a ao dolo. A 3ª

Turma não conheceu do recurso sob o fundamento de não poder reexaminar as provas. Ainda em 2013, a 3ª Turma também negou-se a conhecer de recurso interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), sob o argumento de que a posição adotada pelo TJRJ estava de acordo com a jurisprudência do STJ. A posição adotada pelo TJRJ – e confirmada por este novo acórdão da 3ª Turma do STJ – era que, após o advento do CDC, a responsabilidade civil do transportador aéreo internacional de carga subordinava-se ao princípio da ampla reparação, afastando-se a indenização prevista na Convenção de Varsóvia...

No entanto, no dia seguinte (28/5/2013) ao dia em que foi proferido o acórdão imediatamente acima (27/5/2013), a 3ª Turma do STJ mudou o entendimento e voltou à posição adotada no primeiro acórdão de 2012. A ação em que foi proferido o acórdão de 2013,¹² ora em exame, havia sido proposta por uma sociedade empresária distribuidora exclusiva no Brasil de produtos de cutelaria manufaturados na Itália. Para trazer da Itália os produtos, a referida sociedade empresária contratou os serviços de transporte de um *freight forwarder* que realizou parte do transporte por via aérea. Os produtos deveriam ter sido entregues ao consignatário em 10/12/1995, mas o foram somente quase um ano após, em 9/12/1996, o que teria causado danos à sociedade empresária importadora.

A 3ª Turma do STJ reafirmou adotar a teoria finalista ou subjetiva para fins de caracterização da pessoa jurídica como consumidora em eventual relação de consumo, devendo, portanto, tal pessoa jurídica ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. O STJ reafirmou ainda ter mitigado, em situações excepcionais, os rigores da teoria finalista e aplicado o CDC, quando a sociedade empresária, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade (técnica, jurídica, fática ou informacional).

Contudo, o STJ considerou que, na hipótese dos autos:

“[...] o serviço de transporte foi contratado como instrumento para a realização do negócio empresarial de importação de bens para revenda. Não se trata *in casu* de um serviço de transporte tomado pela ora recorrida de forma dissociada de suas atividades empresariais, muito pelo contrário. Trata-se de atividade meio à consecução do principal negócio da empresa: revenda em caráter de exclusividade de produtos de cutelaria fabricados na Itália (e-STJ fl. 1594)”.

Em consequência, o STJ mandou que “a presente hipótese seja analisada sob as regras da Convenção de Varsóvia, tendo em vista a inaplicabilidade do CDC”. É interessante observar que esta decisão foi tomada pela unanimidade dos magistrados da 3ª Turma, votantes nos quatro casos precedentes.¹³

A 4ª Turma do STJ pronunciou-se sobre a matéria apenas em 2014, fazendo um percurso muito parecido com o da 3ª Turma. Em dois primeiros acórdãos proferidos em 2014, a 4ª Turma afirmou a aplicação do CDC ao transporte aéreo internacional de carga e afastou a aplicação da Convenção de Varsóvia.¹⁴ No entanto, em 13/5/2014, a 4ª Turma mudou o seu entendimento e passou a aplicar a Convenção de Varsóvia, e não o CDC, ao transporte aéreo internacional de carga. Esta mudança ocorreu em sede de ação de indenização¹⁵ proposta por sociedade seguradora em face

12. BRASIL, STJ, 3ª T., REsp nº 1358231-SP, Rel. Min. Nancy Andrihi, Recorrente Kuehne + Nagel Serviços Logísticos Ltda. Incorporadora do KN Deimar Transportes Internacionais Ltda., Recorrida Prégia Coltelli Com Internacional Ltda., j. 28/5/2013, publ. DJe de 17/6/2013.

13. Com a relatora votaram os ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva.

14. BRASIL, STJ, 4ª T., AgRg no REsp nº 256.521-SP, j. 11/2/2014 e STJ, 4ª T., Ag. Rg no AREsp nº 407809-SP, j. 11/3/2014, sendo em ambos relator o min. Luis Felipe Salomão.

15. BRASIL, STJ, 4ª T., REsp nº 1162649-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Recorrente Federal Express Corporation, Recorrida Indiana Seguros S/A, j. 13/5/2014, publ. DJe de 18/8/2014.

de *freight forwarder*. A seguradora havia celebrado contrato de seguro com uma sociedade hospitalar, de modo a cobrir os riscos decorrentes de importação, por via aérea, de equipamento hospitalar. Quando da chegada da carga, foi constatado estar o equipamento danificado. O *freight forwarder* reconheceu a responsabilidade pelo dano e efetuou o pagamento da indenização com base na Convenção de Varsóvia. No entanto, a seguradora pleiteou a inaplicabilidade da referida convenção e pediu a condenação do *freight forwarder* ao pagamento da importância paga à seguradora, pois a seguradora havia se sub-rogado no direito de obter a reparação.

É por o CDC descaracterizar o transporte internacional de carga como relação de consumo que se aplica a convenção internacional.

O relator inicial deste recurso havia considerado ser aplicável o CDC, pois entendeu que o hospital segurado era o destinatário final do transporte, já que “o serviço contratado – transporte – não é posto à revenda, tampouco faz parte da cadeia produtiva, mediante montagem ou beneficiamento”.¹⁶

Contudo, a maioria dos ministros entendeu não aplicar o CDC, por não haver relação de consumo, mas relação de natureza mercantil. Para tal, a maioria da 4ª Turma invocou a definição finalista de consumidor (aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio), o que não permite enquadrar como consumidor

“aquele que, de alguma forma, com propósito meramente comercial, adquire o produto ou ser-

viço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização”.¹⁷

Na hipótese dos autos, a maioria da 4ª Turma considerou que a aquisição do equipamento de raio X tinha por finalidade “ampliar a prestação de serviços pelo hospital ao destinatário final, que é o paciente”,¹⁸ razão pela qual a aquisição do equipamento tinha por propósito único incrementar a atividade da instituição hospitalar, ampliando e melhorando a gama de serviços e aumentando os lucros. É interessante notar que a 4ª Turma integrou o contrato de transporte à atividade econômica do consignatário:

“Sob esse enfoque, não se pode conceber o contrato de transporte isoladamente. Na verdade, a importação do equipamento de raio x tem natureza de ato complexo, envolvendo (i) a compra e venda propriamente dita, (ii) o desembarço para retirar o bem do país de origem, (iii) o eventual seguro, (iv) o transporte e (v) o desembarço no país de destino mediante o recolhimento de taxas, impostos etc. Tais etapas do ato complexo de importação, conforme o caso, podem ser efetivadas diretamente por agentes da própria empresa adquirente – no caso o hospital – ou envolver terceiros contratados para cada fim específico. Mas esta última possibilidade – contratação de terceiros –, por si, não permite que se aplique separadamente, a cada etapa, normas legais diversas da incidente sobre o ciclo completo da importação. Partindo da premissa incontroversa de que a importação – aí incluídos todos os atos praticados e contratos celebrados ao longo do respectivo ciclo – visa a incrementar a atividade econômica, hospitalar, não há como considerar a importadora, Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês, destinatária final do ato complexo de importação nem dos atos e contratos intermediários, entre eles o contrato de transporte, para os propósitos da tutela protetiva da legislação consumerista”.¹⁹

16. Idem, voto do relator.

17. Idem, voto do relator designado para o acórdão.

18. Idem, ibidem.

19. Idem, ibidem.

Face a este panorama das decisões da 3ª e da 4ª Turma do STJ é possível tirar algumas conclusões.

Em primeiro lugar, para o STJ, a aplicação das convenções internacionais em matéria de transporte aéreo internacional de carga não tinha fundamento nas características próprias do Direito Aeronáutico. Ou seja, a convenção internacional não era aplicável por se tratar de transporte aéreo internacional ou por haver alguma hierarquia normativa entre a convenção internacional e o CDC.

Na verdade, o STJ fundava a aplicação da convenção internacional no próprio CDC. Assim, é por o CDC descaracterizar o transporte internacional de carga como relação de consumo que se aplica a convenção internacional. O fato (transporte aéreo internacional de carga) não é confrontado com a convenção internacional, mas sim com o CDC. A norma determinante para a definição do direito aplicável é o CDC e não a norma aeronáutica internacional.

A segunda conclusão – que está de algum modo ligada à primeira – é que o afastamento do CDC não era absoluto. O STJ deixara aberta a possibilidade de se aplicar o CDC, e não a convenção internacional, sempre que o destinatário do transporte aéreo internacional de carga (o consignatário ou o expedidor) estivesse em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica, fática ou informacional.

No acórdão da 3ª Turma,²⁰ a vulnerabilidade técnica foi definida como o desconhecimento específico acerca do produto ou serviço, podendo abranger o consumidor profissional ou empresário quando o produto ou serviço adquirido não tiver relação com a sua formação, competência ou área de atuação. A vulnerabilidade jurídica ou científica é a falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e as suas consequências na relação de consumo, sendo presumida para o consumidor pessoa natural não profissional, invertendo-se esta presunção para o consumidor profissional (pessoa natural ou jurídica). A vulnerabilidade fática ou socioeconômica decorre da insuficiência econô-

mica, física ou psicológica do consumidor que o coloca em desigualdade perante o fornecedor. A vulnerabilidade informacional decorre da assimetria de informação entre o consumidor e o fornecedor, influenciando o processo decisório de aquisição ou uso de produto ou serviço.

Assim, o STJ havia deixado aberta a possibilidade de aplicar o CDC, em detrimento das convenções internacionais, quando houvesse, na relação entre o transportador de carga e o expedidor ou consignatário, uma das vulnerabilidades acima.

No entanto, era e é manifesto não poder ser considerada vulnerável a seguradora que tem perfeito conhecimento de como é realizado o transporte aéreo internacional de carga e segura-o, ou a sociedade empresária consignatária ou expedidora que usa, ainda que eventualmente, o transporte aéreo internacional de carga.

A terceira conclusão era a surpresa de se constatar o silêncio do STJ quanto à aplicação, ao transporte aéreo internacional de carga, do Código Civil (CC), pois este contém normas específicas sobre contrato de transporte e é norma posterior tanto ao Código Brasileiro de Aeronáutica como ao CDC (ALMEIDA, 1998, p. 33-39). É de particular interesse o art. 732 do CC, segundo o qual:

“Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”.

No entanto, esta matéria nunca foi discutida no STJ, que sempre se limitou ao desgastado confronto entre o CDC e as convenções internacionais. Tivesse o STJ aplicado à letra o art. 732 do CC, as convenções internacionais sobre transporte

20. BRASIL, STJ, 3ª T., REsp nº 1358231-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Recorrente Kuehne + Nagel Serviços Logísticos Ltda. Incorporadora do KN Deicmar Transportes Internacionais Ltda., Recorrida Prégia Coltelli Com Internacional Ltda., j. 28/5/2013, publ. DJe de 17/6/2013.

aéreo e o CDC deveriam ambos ser afastados, em benefício das regras do CC em matéria de transporte.

Na verdade, ainda bem que o art. 732 do CC não foi invocado no STJ para afastar a aplicação das convenções internacionais ao transporte aéreo internacional, pois este artigo é manifestamente inconstitucional, por conflitar com o art. 178 da CRFB, conforme foi observado pelo STF no julgamento da tese do Tema nº 210 de repercussão geral.

3 A situação da seguradora que se sub-roga nos direitos do segurado face ao transportador aéreo e a tese fixada pelo STF no julgamento do Tema nº 210

Como visto anteriormente, o STF e o STJ chegaram à mesma conclusão, mas por caminhos diferentes: as convenções internacionais em matéria de transporte aéreo afastam a aplicabilidade do CDC.

No entanto, a tese fixada pelo STF no Tema nº 210 provocou imediatamente a discussão sobre o seu alcance e extensão.

Em primeiro lugar, vários acórdãos de diversos Tribunais de Justiça pretenderam que a Tese nº 210 não se aplicava ao transporte aéreo de carga, eis que os recursos que levaram a discussão ao STF tratavam de transporte de passageiros. Afinal, o texto da tese faz referência apenas a transporte de passageiros: “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”. E no seu minucioso voto, a ministra Rosa Weber faz referência expressa ao transporte de passageiros:

“Volto a registrar, por pertinente, que a fixação da tese de repercussão geral acima está intimamente conectada ao exame de caso paradigmá-

tico concernente à responsabilidade do transportador aéreo internacional por danos materiais decorrentes da perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem”.

A tese fixada pelo STF no Tema nº 210 provocou imediatamente a discussão sobre o seu alcance e extensão.

No entanto, a simples leitura dos acórdãos demonstra que, na verdade, a tese abrange tanto o transporte aéreo de passageiros como o transporte aéreo de carga. Inclusive o ministro Gilmar Mendes afirmou:

“[...] é de se concluir pela prevalência da Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil em detrimento do Código de Defesa do Consumidor não apenas na hipótese extravio de bagagem. A mesma razão jurídica impõe afirmar a mesma conclusão também nas demais hipóteses em que haja conflito normativo entre os mesmos diplomas normativos”.

Até mesmo a ministra Rosa Weber colocou o debate no patamar geral do transporte aéreo internacional, sem fazer distinção entre o transporte de passageiros e o de carga:

“considero oportuno examinar mais detidamente a questão da compatibilidade com a Constituição da República dos modelos de responsabilidade estabelecidos na Convenção de Varsóvia e na Convenção de Montreal”.

É manifesto que as razões de decidir do STF no julgamento do Tema nº 210 aplicam-se, sem qualquer ressalva, ao transporte aéreo de carga.

Com efeito, o art. 178 da CRFB não faz qualquer distinção entre passageiros e carga. E os arts. 22 da Convenção de Varsóvia e 21 e 22 da Convenção de Montreal, que foram exaustivamente debatidos, tratam tanto de bagagem como de carga.

No entanto, no seu primeiro acórdão em matéria de transporte aéreo de carga prolatado após o julgamento da tese do Tema nº 210, em 20/6/2017 (pouco mais de um mês após o julgamento do STF), o STJ simplesmente passou ao largo da decisão do STF e, pior ainda, afastou-se da sua própria posição de não considerar o transporte aéreo de carga como relação de consumo e afirmou:

“1. Afigura-se pacífico o entendimento desta Corte de afastar a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia (e subsequentes), no caso da responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de carga, sendo facultado ao magistrado estabelecer indenização a maior ou menor, consoante a apreciação dos fatos e das provas dos autos”.²¹

Parecia, portanto, que o STJ havia decidido seguir um caminho diferente, em todos os sentidos...

É certo que, apesar de o texto do acórdão mencionar transporte de carga, na verdade, tratava-se de um caso de extravio de bagagem, no qual era autora da ação de responsabilidade civil a companhia de seguros que havia se sub-rogado nos direitos do seu segurado. Talvez este fato possa explicar o acórdão...

Menos de um ano depois, em 13/3/2018, na segunda vez, após o julgamento do STF, em que foi chamado a decidir sobre transporte de carga, o STJ corrigiu o infeliz acórdão anterior e afirmou:

“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”.²²

É interessante observar que o STJ não descartou o seu argumento anterior (a não aplicação do CDC por o transporte aéreo de carga não ser uma relação de consumo), mas a ela somou o argumento da tese do Tema nº 210 (o CDC não se aplica por força do art. 178 da CRFB).

É também oportuno mencionar que este acórdão versava sobre um caso de sub-rogação de seguradora nos direitos do segurado. Ou seja, o STJ não parece ter hesitado na extensão à seguradora dos efeitos da tese do Tema nº 210. E não poderia mesmo ter tido qualquer hesitação, pois o STJ havia afirmado, inúmeras vezes, que a seguradora se sub-rosa nos direitos do segurado nas hipóteses de seguro de responsabilidade civil por transporte aéreo de carga. Nesse sentido, mesmo antes do julgamento no STF que levou à tese do Tema nº 210, o STJ, através da 4ª Turma, já havia esclarecido a posição da seguradora, enquanto sub-rogada do segurado:

“A jurisprudência do STJ confere à seguradora sub-rogada os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado a quem indenizou, nos termos do art. 988 do CC/1916, em vigor na época dos fatos deste processo. Concretamente, portanto, o direito da seguradora sub-rogada restringe-se à indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia e seus aditivos”.²³

Deste modo, a seguradora não pode invocar uma relação de consumo entre ela e o segurado para obter a aplicação do CDC ao transporte aéreo, cujo risco foi objeto do contrato de seguro.²⁴

21. BRASIL, STJ, 3ª T., AgInt no AREsp nº 1062534-SP, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2017/0044139-2, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20/6/2017.

22. BRASIL, STJ, 3ª T., AgInt no AREsp nº 1711866-SP, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2017/0303149-7, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13/3/2018.

23. BRASIL, STJ, 4ª T., REsp nº 1162649-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Recorrente Federal Express Corporation, Recorrida Indiana Seguros S/A, j. 13/5/2014, publ. DJe de 18/8/2014.

24. Recentemente, o STJ manteve essa mesma posição em um caso em que uma seguradora demandava uma transportadora aérea, em sub-rogação da seguradora: “5. Nos contratos de seguro de dano, o segurador, ao pagar a indenização decorrente do sinistro, sub-rosa-se nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o causador →

Assim, se o segurado não pode invocar o CDC e está sujeito às convenções internacionais, a seguradora não pode ter outros direitos, senão os decorrentes das convenções internacionais, que eram os que o seu segurado tinha.

Nos acórdãos posteriores ao prolatado em 20/6/2017, o STJ aplicou, de forma reiterada, a tese do Tema nº 210 às seguradoras. Por exemplo, no acórdão imediatamente a seguir, o STJ não perdeu a oportunidade de detalhar o seu novo entendimento. Tratava-se de situação que envolvia seguradora que se sub-rogara nos direitos do seu segurado, perante o transportador, em transporte aéreo internacional. O STJ afirmou:

“1. Consumidor, para fins de tutela pelo CDC, é aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. Com efeito, na linha da iterativa jurisprudência do STJ, entre a sociedade empresária que contratou o transporte e a transportadora da mercadoria, há liame meramente mercantil. 2. Por um lado, o art. 1º, alínea 1, da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Montreal) elucida que esse diploma se aplica a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou carga, efetuado em aeronaves, mediante remuneração. Por outro lado, o Plenário do STF, em precedente julgado sob o rito da repercussão geral, RE 636.331, perfilhou o entendimento de que há uma regra de sobredireito constitucional a impor a prevalência do Diploma transnacional, pois, 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 Var-

sóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. 3. O art. 22, alínea 3, da Convenção de Montreal estabelece que, no transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregá-lo o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago quantia suplementar, se for cabível. Com efeito, o Diploma transnacional não impõe uma forçosa tarifação, mas faculta ao expedidor da mercadoria que se submeta a ela, caso não opte por fazer declaração especial – o que envolve, em regra, pagamento de quantia suplementar. 4. As limitações e tarifações de indenização estabelecidas pela Convenção Internacional estão ancoradas em justificativas relevantes, como: a) indispensabilidade de contratação de seguro, que seria inviabilizada pela inexistência de teto; b) compensação entre, de um lado, a limitação e, do outro, o agravamento do regime de responsabilização (inversão do ônus da prova de culpa ou mesmo imputação objetiva); c) unificação do direito, quanto aos valores indenizatórios pagos. 5. O art. 248 do Código Brasileiro de Aeronáutica tem disposição harmoniosa com o art. 22, alínea 5, da Convenção de Montreal, que estabelece que a limitação indenizatória não se aplicará se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, com intenção de causar dano, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções. 6. O extravio da carga é, em todas as hipóteses, o próprio fato gerador da obrigação de indenizar do transportador, não se podendo reconhecer que, sem demonstração de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos, possa ser afastada a aplicação da fórmula convencional, para o cálculo do montante indenizatório”.²⁵

→ do dano, consoante a literal disposição do art. 786, caput, do CC/02. Cuida-se, assim, de hipótese de sub-rogação legal, que se opera independentemente da vontade do segurado ou do terceiro responsável pelo dano” (BRASIL, STJ, 3ª T., REsp nº 1745642-SP, Recurso Especial nº 2017/0137510-8, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/2/2019. 25. BRASIL, STJ, 4ª T., REsp nº 1341364-SP, Recurso Especial nº 2012/0181875-7, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19/4/2018.

Este acórdão é importante por vários motivos. E o menor deles é a reafirmação da jurisprudência do STJ sobre o transporte aéreo de carga não ser relação de consumo, mas sim relação empresarial, e a afirmação da tese do Tema nº 210.

Na verdade, este acórdão é especialmente importante, em primeiro lugar, pois vai muito mais longe e desfaz o mito da indenização tarifada em matéria de transporte aéreo, porque afirma, corretamente, ter o segurado a possibilidade de fazer declaração especial de valor, se desejar uma indenização pelo valor integral da carga.

Em segundo lugar, a especial importância deste acórdão é demonstrar que o STJ teve, finalmente, a exata compreensão do funcionamento do seguro de responsabilidade civil em matéria de transporte aéreo de carga. Para ter direito a ser indenizado pelo valor integral da carga, o expedidor tem a escolha entre declarar o valor da carga ao transportador e, eventualmente, pagar a este um suplemento de frete ou contratar um seguro junto à seguradora. Este contrato de seguro prevê que, em caso de não declaração do valor da carga ao transportador, o expedidor tem o risco segurado apenas até ao valor indenizatório previsto nas convenções internacionais. Porém, o contrato de seguro dá ao expedidor a possibilidade de, pagando à seguradora um suplemento de prêmio, receber o valor integral da carga em caso de sinistro, mesmo se não declarar o valor da carga ao transportador. O que ocorria até recentemente era o expedidor não declarar o valor da carga ao transportador e pagar o valor do frete sem suplemento, contratar o seguro com o pagamento à seguradora do suplemento do prêmio, sobrevir o sinistro, a seguradora pagar o valor integral da carga e ajuizar, com sucesso, ação contra o transportador para receber o valor integral da carga. Ou seja, o transportador encontrava-se no pior dos mundos, pois respondia perante a seguradora pelo valor integral da carga, mas não recebia o suplemento do frete correspondente a tal risco. Por sua vez, a seguradora encontrava-se no melhor dos

mundos pois recebia do seu segurado um suplemento de prêmio, em razão do agravamento do risco (o transporte da carga sem valor declarado que limitava o valor da indenização), mas recebia o valor integral do transportador.

Em terceiro lugar, a especial relevância deste acórdão é que, salvo um, os argumentos avançados pelo STJ aplicam-se, indistintamente, ao transporte internacional e nacional de carga. O único argumento que não se aplica nos dois casos é o do art. 178 da CRFB. Com efeito, no transporte aéreo nacional de carga, (i) o expedidor tem também a possibilidade de fazer uma declaração especial de valor da carga, (ii) o transportador tem também obrigatoriamente de contratar seguro de responsabilidade civil, que seria inviabilizada pela inexistência de teto e (iii) existe compensação entre, de um lado, a limitação e, do outro, o agravamento do regime de responsabilização (inversão do ônus da prova de culpa ou mesmo imputação). Por estes motivos, talvez não seja coincidência a menção feita no acórdão ao fato de que “O art. 248 do Código Brasileiro de Aeronáutica tem disposição harmoniosa com o art. 22, alínea 5, da Convenção de Montreal”.

Os argumentos avançados pelo STJ aplicam-se, indistintamente, ao transporte internacional e nacional de carga.

Menos de uma semana depois, o STJ novamente afirmaria a preponderância das convenções internacionais sobre o CDC, com fundamento no art. 178 da CRFB e na tese do Tema nº 210.²⁶

Desde então, esta afirmação foi reiterada em pelo menos quatro acórdãos.²⁷

26. BRASIL, STJ, 3ª T., REsp nº 1615981-SP, Recurso Especial nº 2014/0247524-7, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24/4/2018.

27. BRASIL, STJ, 3ª T., Ag nº 827374-MG, Agravo de Instrumento nº 2006/0217561-0, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 8/5/2018; ➔

Sendo que, em um deles,²⁸ o STJ não apenas reiterou a aplicação da Convenção de Montreal em razão do art. 178 da CRFB, mas também a necessidade, para o recebimento de indenização integral, de realização de declaração especial de valor – não valendo o conhecimento de transporte ou a nota fiscal como substitutos.

4 Conclusão

A análise acima realizada da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros permite ao observador tirar algumas conclusões.

Em primeiro lugar, é evidente o caráter pendular da evolução jurisprudencial.

Em segundo lugar, é patente que a tese fixada para o Tema nº 210 é aplicável à seguradora que se sub-roga no direito do seu segurado perante o transportador aéreo.

Em terceiro lugar, destaca-se a importante evolução recente do STJ na exata compreensão da conexão entre as relações que se estabelecem, de um lado, entre o transportador aéreo e o usuário do transporte de carga e, de outro lado, entre o usuário do transporte aéreo de carga e o segura-

dor, que acabam por gerar uma relação entre o transportador aéreo e o segurador. O melhor entendimento do que são os direitos de uns com relação aos outros permitiu ao STJ melhor equilibrar e distribuir os ônus e os bônus.

Em quarto lugar constata-se que a aplicação das convenções internacionais ao transporte aéreo internacional de carga, ao invés do CDC, não diminui, em nada, a proteção dos usuários de tal transporte ou de seus seguradores. Os expedidores de carga têm a possibilidade de fazer uma declaração de valor e, em caso de dano, receberão uma indenização integral pelo valor declarado (salvo se o transportador provar que a declaração é falsa, caso em que o valor será reduzido para o valor real da bagagem ou da carga).

Deste modo, aplicar as convenções internacionais ao transporte aéreo internacional de carga não é nem desarrazoado, nem juridicamente equivocado. Tendo o STF e o STJ, finalmente, adotado o caminho do direito, possam as relações entre transportadores, usuários do transporte e seguradores encontrar a previsibilidade e a segurança necessária ao bom exercício da atividade econômica. ■

→ BRASIL, STJ, 4ª T., REsp nº 218528-SP, Recurso Especial nº 1999/0050664-2, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 21/6/2018; BRASIL, STJ, 4ª T., AgInt no AREsp nº 1273173-SP, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2018/0076532-0, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 13/12/2018; BRASIL, STJ, 3ª T., AgRg no

REsp nº 254561-SP, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2000/0033999-7, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 5/2/2019.

28. BRASIL, STJ, 4ª T., AgInt no AREsp nº 1273173-SP, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2018/0076532-0, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 13/12/2018.

Bibliografia

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Convenção de Montreal de 1999 e o Transporte Aéreo Internacional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, v. 91, p. 34-40, 2008.

_____. A legislação aplicável ao transporte aéreo internacional. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, v. 75, p. 33-39, 1998.

_____. Contrato de Transporte Aéreo no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, v. 87, p. 28-34, 2004.

_____. Transporte aéreo y derechos del consumidor: la difícil relación en el derecho brasileño y aportes para un nuevo Código Aeronáutico argentino. In: CAPALDO, Griselda. *Aportes para un nuevo Código Aeronáutico*. Buenos Aires: Universidad de la Defensa Nacional, 2017. p. 235-257.

_____; SANT'ANNA, João Marcelo. El Sistema de Varsovia y el Convenio de Montreal en la jurisprudencia brasileña de los Tribunales Superiores. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, v. 2015-I, p. 37-71, 2015.

P

rincipiologia das investigações de acidentes aeronáuticos no Brasil.

Julio Costa

Diretor da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial. Conselheiro do Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y Del Espacio y de la Aviación Comercial. Membro da Comissão de Direito Aeronáutico da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Gabriela Pires

Advogada atuante na área de Direito Aeronáutico e Direitos dos Seguros e Resseguros. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Sumário

1. Introdução
 2. Estrutura e funcionamento do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (Sipaer)
 3. Propósito da investigação de acidentes aeronáuticos no Brasil
 4. Discussões acerca da utilização do relatório de investigação com fins probatórios
 5. Direito Comparado – investigações aeronáuticas em outros países
 6. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

Ainda que não haja controvérsia quanto aos elevados níveis da segurança da aviação civil nos dias atuais, é igualmente verdade que a ocorrência de acidentes aeronáuticos segue gerando a mesma perplexidade do passado, com consequências igualmente catastróficas. Assim, dentre os pilares que ainda hoje norteiam o desenvolvimento das atividades aeronáuticas em todo o mundo, estão a segurança de voo e a cultura da prevenção.

Sob outro prisma, aqueles que de alguma forma são atingidos pela ocorrência de acidentes aéreos clamam por Justiça, tanto por meio da condenação dos culpados na seara criminal quanto pela busca de indenizações cíveis. Neste sentido,

qualquer manifestação das autoridades aeronáuticas que sobrevenha à ocorrência de um acidente aeronáutico, seja por meio de recomendações preliminares ou mesmo através de um relatório final, gera inegáveis reflexos sobre a pretensão dos afetados.

O presente artigo tem por objetivo apresentar os princípios que regem as atividades da autoridade credenciada para a investigação de acidentes aéreos no Brasil, o Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (Cenipa), bem como expor algumas reflexões sobre a utilização do produto final do trabalho do Cenipa, em demandas judiciais que visam unicamente à apuração de responsabilidades.

Não é demasiado recordar que os principais pilares da matéria encontram fundamento no Anexo 13 da Convenção de Chicago (1944), recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946.

2 Estrutura e funcionamento do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (Sipaer)

Originalmente instituído em 1971, por meio do Decreto nº 65.565, o Sistema de Investigação

1. As competências do Cenipa estão elencadas no art. 3º do Decreto nº 9.540/2018, sendo elas, no âmbito do sistema: o exercício da autoridade aeronáutica militar; a normatização das atividades do sistema; definição de diretrizes para prevenção e investigação de acidentes e incidentes aeronáuticos e ocorrências de solo; elaboração, organização, padronização, atualização, divulgação e coordenação da aplicação das normas, dos procedimentos operacionais e dos manuais de orientação técnica; monitoramento e avaliação, quanto ao aspecto técnico, das atividades de prevenção e investigação; o exercício da função de autoridade investigativa e instauração de investigações; bem como decidir pela não instauração ou pela interrupção das investigações em andamento; emitir credencial; capacitar profissionais e certificar instituições de ensino para capacitação de profissionais; representar o Brasil como autoridade de investigação aeronáutica em eventos internacionais relacionados ao tema; participar das investigações de acidentes e incidentes aeronáuticos conduzidas por outros países; notificar os órgãos competentes de outros países e a Organização da Aviação Civil Internacional (Oaci) sobre a ocorrência de acidentes e incidentes aeronáuticos; gerenciar os sistemas obrigatórios e voluntários de notificação de ocorrências e os sistemas de reporte voluntário; analisar propostas de recomendação de segurança operacional recebidas; emitir, divulgar, acompanhar e controlar recomendações de segurança operacional.

e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (Sipaer) é composto pelo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (Cenipa), bem como pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), pelo Departamento de Controle do Espaço Aéreo (Decea), pela Assessoria de Segurança Operacional do Controle do Espaço Aéreo (Asocea) e pelo Comitê Nacional de Prevenção de Acidentes Aeronáuticos.

Integram ainda o Sipaer as organizações militares e civis, públicas e privadas, que operam aeronaves, que são prestadoras de serviços de manutenção de aeronaves, motores e componentes aeronáuticos, provedoras de serviço de navegação aérea, operadoras de aeródromos e organizações de projeto de produção de produtos aeronáuticos, bem como as pessoas físicas ou jurídicas envolvidas com a fabricação, manutenção, operação, circulação de aeronaves e atividades de apoio de infraestrutura aeronáutica.

Após algumas transformações normativas, o Sipaer é atualmente regulamentado pelo Decreto nº 9.540, de 25 de outubro de 2018, que estabelece como seus principais objetivos: o planejamento, a orientação, a coordenação, o controle e a execução de atividades de investigação e de prevenção de acidentes aeronáuticos, sendo certo que tais atividades deverão ser realizadas em conformidade com o disposto no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBAer) (Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986).

O Sipaer tem como órgão central o Cenipa, ao qual compete, dentre outras atribuições,¹ o exercício da autoridade aeronáutica no âmbito do sistema, com a condução de investigações aeronáuticas, bem como a definição de diretrizes para prevenção e investigação de acidentes/incidentes aeronáuticos e das ocorrências de solo.

As investigações de acidentes aeronáuticos, portanto, são moldadas a partir do conhecimento e experiência desenvolvidos pelo sistema ao longo dos anos, resultando assim no aperfeiçoamen-

to de uma sólida doutrina de segurança de voo e prevenção de acidentes no Brasil. Desta maneira, as investigações são conduzidas com foco nos aspectos básicos relacionados à atividade aeronáutica, quais sejam: fatores humanos, materiais e operacionais.²

De forma resumida, o fator humano consiste em compreender o homem considerando suas características biológicas, fisiológicas e psicológicas; por sua vez, o fator material compreende a aeronave, juntamente com o complexo de engenharia aeronáutica e, por fim, o fator operacional abrange as questões que atingem o homem no exercício da atividade, incluindo os fenômenos naturais e a infraestrutura.

As investigações são conduzidas com foco nos fatores humanos, materiais e operacionais.

A principal função das investigações é, portanto (considerando os fatos, hipóteses e precedentes conhecidos), identificar todos os possíveis fatores contribuintes para a ocorrência ou o agravamento das consequências de acidentes/incidentes aeronáuticos e ocorrências de solo, visando, essencialmente, ao progresso e desenvolvimento da atividade aeronáutica.

Sendo assim, a criação e a manutenção do Sipaer estão diretamente ligadas à maior preocupação da comunidade aeronáutica, a prevenção de novas ocorrências. Não por outro motivo que, quando da conclusão de cada investigação, é elaborado um relatório com uma detalhada narrativa dos fatos, e com informações necessárias à conclusão sobre os fatores contribuintes para a ocorrência do acidente/incidente, as quais embasam as recomendações de segurança operacional aplicáveis ao caso concreto, nos termos do art. 88-H do CBAer³ (com redação dada pela Lei nº 12.970/2014).

3 Propósito da investigação de acidentes aeronáuticos no Brasil

A criação do Cenipa representou um rompimento com a natureza inquisitiva da investigação aeronáutica, dando uma nova interpretação à sua função. Em outras palavras, o que antes era considerado um inquérito para apuração de responsabilidade e imputação de culpa, hoje consiste em uma investigação aprofundada que vislumbra a identificação dos fatores contribuintes e tem como objetivo precípuo a prevenção de novos acidentes/incidentes aeronáuticos.

O art. 3º do Decreto nº 9.540/2018, que trata da modernização do Sipaer, determina em seu § 4º que as recomendações de segurança operacional são medidas de caráter preventivo ou corretivo, ou seja, têm o objetivo de impedir acidentes/incidentes aeronáuticos e ocorrências de solo ou, se for o caso, mitigar suas consequências, não se prestando como documento de presunção de culpa ou responsabilização em âmbito administrativo, civil ou penal.

Ainda em busca da preservação do principal objetivo do sistema, o art. 86-A do CBAer é claro ao dispor que

“a investigação de acidente e incidentes aeronáuticos tem por objetivo único a prevenção de outros acidentes e incidentes por meio da identificação dos fatores que tenham contribuído, direta ou indiretamente, para a ocorrência e da emissão de recomendações de segurança operacional”.

Ocorre que, para a proteção do procedimento investigativo voltado exclusivamente à prevenção de acidentes aeronáuticos, foi preciso criar determinados mecanismos e desenvolver princípios a

2. Disponível em: <<http://www2.fab.mil.br/cenipa/index.php/historico>>.

3. “Art. 88-H - A investigação SIPAER de acidente aeronáutico será concluída com a emissão do relatório final, documento que representa o pronunciamento da autoridade de investigação SIPAER sobre os possíveis fatores contribuintes de determinado acidente aeronáutico e apresenta recomendações unicamente em proveito da segurança operacional da atividade aérea.”

fim de evitar a utilização dos relatórios finais do Cenipa para imputação de responsabilidades de qualquer natureza.

Por não se tratar de um procedimento litigioso ou sancionador, o juiz federal Marcelo Honorato⁴ destaca os princípios jurídicos que norteiam os trabalhos do Cenipa em relação às investigações aeronáuticas e que, segundo ele, são facilmente interpretados a partir da leitura da Lei nº 12.970/2014, sendo eles: o **princípio da preservação da vida humana**; o **princípio da neutralidade jurisdicional e administrativo-disciplinar**; o **princípio da proteção e sigilo da fonte, da confiança e da participação voluntária**; e, por fim, o **princípio da máxima eficácia preventiva** (HONORATO, 2014, p. 431).

O **princípio da preservação da vida humana**, como o próprio nome já indica, investe no objetivo de evitar perdas de vidas humanas em decorrência de acidentes aéreos, tratando-se, portanto, da proteção dos passageiros e profissionais da aviação, além dos terceiros no solo, que, apesar de não estarem a bordo da aeronave, se encontram em local de sobrevo.

Referido princípio encontra-se expresso no art. 88-C do CBAer,⁵ quando determina que a investigação Sipaer tenha precedência sobre os

procedimentos concomitantes ou não das demais investigações, no tocante ao acesso e à guarda de itens de interesse da investigação, por objetivar a preservação de vidas humanas. Ainda que não se impeça a realização de outras investigações, o princípio em questão dispõe claramente sobre a prioridade da investigação em âmbito aeronáutico com vistas a evitar novas ocorrências.

Por seu turno, o **princípio da neutralidade jurisdicional e administrativo-disciplinar** compreende a ideia de que o procedimento investigativo é meramente cognitivo e especulativo (sem formalidade, contraditório ou ampla defesa), razão pela qual produz – apenas – efeitos preventivos.

Ainda sob esse prisma, é possível atestar que a investigação oficial de um acidente aeronáutico somente é capaz de versar sobre todos os possíveis fatores contribuintes para a ocorrência do acidente, dado que, mesmo quando não for possível assegurar a verdade real dos fatos, o órgão investigador poderá trabalhar com hipóteses, tal como expressamente previsto no art. 88-A, § 1º,⁶ do CBAer.

Com base em referido princípio, Honorato defende ainda a independência da investigação aeronáutica, que, como não desempenha função probatória, não impede, nem substitui outras investigações, inclusive aquelas que do mesmo modo têm função preventiva, nos termos dos arts. 88-A, § 1º, e 88-B⁷ do CBAer.

Já o **princípio da proteção do sigilo da fonte, da confiança e da participação voluntária** dispõe sobre a necessidade de se assegurar o permanente fluxo de informações, com a proteção daqueles que estejam dispostos a contribuir com as investigações, sendo certo que tais informações devem ser fornecidas voluntariamente ao Cenipa.

Ressalta-se a necessidade de se manter o sigilo absoluto das informações fornecidas voluntariamente (*i.e.* prova testemunhal) como forma de firmar a confiança e garantir o objetivo do sistema na prevenção de novos acidentes.

4. Juiz federal, ex-investigador do Primeiro Serviço Regional de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (Seripa 1) e autor da obra: *Crimes Aeronáuticos*.

5. “Art. 88-C - A investigação Sipaer não impedirá a instauração nem suprirá a necessidade de outras investigações, inclusive para fins de prevenção, e, em razão de objetivar a preservação de vidas humanas, por intermédio da segurança do transporte aéreo, terá precedência sobre os procedimentos concomitantes ou não das demais investigações no tocante ao acesso e à guarda de itens de interesse da investigação.”

6. Art. 88-A, § 1º: “A investigação SIPAER deverá considerar fatos, hipóteses e precedentes conhecidos na investigação dos possíveis fatores contribuintes para a ocorrência ou o agravamento das consequências de acidentes aeronáuticos, incidentes aeronáuticos e ocorrências de solo”.

7. “Art. 88-B - A investigação SIPAER de um determinado acidente, incidente aeronáutico ou ocorrência de solo deverá desenvolver-se de forma independente de quaisquer outras investigações sobre o mesmo evento, sendo vedada a participação naquelas de qualquer pessoa que esteja participando ou tenha participado da primeira.”

Por fim, o **princípio da máxima eficácia preventiva**, nas palavras de Honorato,

“consubstancia-se na busca de qualquer elemento indicador da presença de possíveis fatores contribuintes ao acidente aéreo, ainda que a título de hipótese e mesmo que tenha apenas relação indireta com o sinistro” (HONORATO, 2014, p. 468).

A lei defende o caráter – exclusivamente – preventivo do laudo produzido pela autoridade aeronáutica.

Isso porque, conforme preconiza o art. 86-A do CBAer,⁸ qualquer elemento, sendo ele direto ou indireto, pode agregar valor à investigação, uma vez que podem dar razão a recomendações de segurança específicas a fim de prevenir novos acidentes, ainda que por meio da análise de meras hipóteses.

Dada a publicidade dos relatórios do Cenipa ao grande público, é crescente a preocupação de que uma deficiente interpretação de suas conclusões possa gerar divergências no que tange à utilização dos relatórios para fins probatórios, conforme se verá a seguir.

4 Discussões acerca da utilização do relatório das investigações com fins probatórios

A lei defende o caráter – exclusivamente – preventivo do laudo produzido pela autoridade aeronáutica, que abrange todos os possíveis fatos direta ou indiretamente relacionados ao acidente/incidente, com o objetivo de construir um esquema de recomendações de segurança e, assim, desenvolver a atividade aeronáutica, evitando-se novos acidentes/incidentes.

Contudo, em uma interpretação sistemática do CBAer, verifica-se que, mediante ordem judicial, os elementos produzidos no âmbito da investigação do Cenipa podem ser utilizados para fins probatórios. A exceção à regra *supra*, contudo, encontra-se consignada no inciso III do art. 88-I do CBAer (*i.e.*, dados dos sistemas de notificação voluntária de ocorrências), e deve abranger ainda as conclusões alcançadas pelo Cenipa em seus relatórios finais.

Por seu turno, o art. 88-K⁹ sujeita o acesso às fontes da investigação à análise judicial, sempre precedida da oitiva do representante judicial da autoridade Sipaer. Ressalta-se que, no caso de acesso às fontes com finalidade probatória, o juízo deverá se ater ao conhecimento dos fatos em busca da verdade real, sem levar em consideração a valoração a eles dada pelo Cenipa.

A *contrario sensu*, o Ministério Público Federal questiona a constitucionalidade de alguns dos dispositivos da Lei nº 12.970/2014 por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.667 com pedido de liminar (ainda não apreciado), sob a relatoria do ministro Celso de Mello.¹⁰

Na visão defendida pelo ex-procurador-geral da República, Rodrigo Janot, o devido processo legal se encontra violado pela ótica do livre convencimento motivado, uma vez que representa impedimento ao juízo de valorar provas produzidas por autoridade competente e conhecedora da matéria. Consequentemente, a Lei nº 12.970/2014

8. “Art. 86-A - A investigação de acidentes e incidentes aeronáuticos tem por objetivo único a prevenção de outros acidentes e incidentes por meio da identificação dos fatores que tenham contribuído, direta ou indiretamente, para a ocorrência e da emissão de recomendações de segurança operacional.”

9. “Art. 88-K - Para o uso das fontes SIPAER como prova, nos casos permitidos por esta Lei, o juiz decidirá após oitiva do representante judicial da autoridade SIPAER, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.”

10. Em que também funcionam na qualidade de *amicus curiae* o Sindicato Nacional dos Aeronautas, a Associação dos Tripulantes da TAM (ATT) e a Associação Brasileira das Vítimas da Aviação Geral e Experimental (Abravagex).

resultaria em ofensa à garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, dado que impede a apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito, o que, de acordo com a Constituição Federal (CF), não pode ser feito por lei.¹¹

Janot ainda fundamenta seu pedido na violação do **princípio da reserva constitucional de jurisdição**, alegando que o estabelecimento de exclusividade aos órgãos judiciários de conhecer determinadas matérias é competência da CF, não podendo ser alterada por meio de lei ordinária, dado que afeta diretamente direitos e garantias fundamentais.

11. O art. 5º, inciso XXXV, da CF determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

12. “Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...] VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; [...] VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

“Art. 144 - A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos.”

13. “Art. 26 - Investigação de acidentes. No caso em que uma aeronave de um Estado contratante, acarretando morte ou ferimentos graves, ou indicando sérios defeitos técnicos na aeronave ou nas facilidades de navegação aérea, o Estado onde tiver ocorrido o acidente procederá a um inquérito sobre as circunstâncias que provocaram o acidente, de conformidade, dentro do permissível por suas próprias leis com o procedimento que possa ser recomendado nas circunstâncias pela Organização Internacional de Aviação Civil. Será oferecida ao Estado de registro da aeronave a oportunidade de designar observadores para assistirem as investigações, e o Estado onde se esteja processando o inquérito transmitirá ao outro Estado as informações e conclusões apuradas.”

14. Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.667, p. 28.

15. “Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

16. TST, 5ª T., RR nº 100400-10.2007.5.01.0071, Min. Rel. Emmanoel Pereira, DJ de 24/2/2016.

17. TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, AC nº 1004201-25.2016.8.26.0562, Des. Rel. Alexandre Coelho, DJ de 29/11/2017; TJSP, 23ª Câmara de Direito Privado, AC nº 0002562-30.2006.8.26.0597, Des. Rel. José Marcos Marrone, DJ de 25/4/2018; e TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, AC nº 1007639-89.2014.8.26.0510, Des. Rel. Sílvia Maria Facchina Esposito Martinez, DJ de 6/2/2018.

Não obstante os argumentos anteriores, o então procurador-geral da República complementa sua argumentação alegando que a vedação ao acesso das conclusões produzidas pelo Cenipa resulta na interferência dos poderes constitucionais de investigação do Ministério Público e da Polícia, com consequente prejuízo do interesse coletivo, em ofensa aos arts. 129, incisos I, VI, VIII e IX, e 144 da Constituição.¹² Cabe dizer que, na visão do ex-procurador, referida impossibilidade de acesso afronta a liberdade investigativa dos órgãos inquisitivos.

Por fim, de acordo com Janot, a Convenção de Chicago, apesar de claramente identificar o caráter preventivo das investigações em seu art. 26,¹³ não “veda o compartilhamento de investigações aeronáuticas com autoridades civis e criminais competentes para apurar os mesmos fatos em outras esferas de responsabilidade”.¹⁴ Nesse sentido ainda, defende que as conclusões do Cenipa, juntamente com o livre convencimento motivado do juízo competente, evitarão o retrabalho e a perda de tempo e recursos para produção duplicada de provas; tal argumento se fundamenta nos princípios de eficiência e da finalidade preconizados no art. 37, *caput*, da Constituição.¹⁵

No aspecto prático, os tribunais brasileiros seguem enfrentando forte controvérsia acerca do tema. Em decisão proferida em 2016, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), por exemplo, entendeu que “o exame do relatório do CENIPA faz parte da livre apreciação e valoração do conjunto probatório pelo magistrado, formando, assim, o seu convencimento definitivo”,¹⁶ e, com base em referido argumento, arbitrou indenização de danos morais fundado em acidente de trabalho por culpa do empregador (interpretação essa com base no relatório do Cenipa).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) também coleciona alguns julgados¹⁷ em que decisões foram arbitradas tendo como pano de fundo as conclusões alcançadas pelo Cenipa, conforme exemplificado a seguir, *in verbis*:

“Conforme laudo elaborado pelo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos CENIPA, o comandante foi apontado como o principal responsável pelo acidente”.¹⁸

É notória, portanto, a controvérsia instalada sobre o tema no Brasil.

5 Direito Comparado – investigações aeronáuticas em outros países

Interessante notar que outros países também se deparam com os mesmos desafios do Brasil quando o tema é a proteção de dados relacionados à investigação de acidentes/incidentes aeronáuticos.

A Aaib ressalva que suas conclusões não têm o condão de criar presunção de culpa ou responsabilidade.

A título exemplificativo, no Reino Unido, a Agência de Investigação de Acidentes Aéreos (Aaib)¹⁹ determina, em seu sítio eletrônico, que a elaboração das recomendações de segurança é fundamentada nas evidências apuradas durante a investigação. No entanto, ressalva que suas conclusões não têm o condão de criar presunção de culpa ou responsabilidade, tampouco de imputar responsabilidades àqueles para quem são endereçadas.²⁰

Vale notar, entretanto, que a utilização de relatórios de investigação de acidentes aeronáuticos com fins probatórios foi expressamente validada em 2014 pelos tribunais ingleses no caso *Rogers v. Hoyle*, decorrente do acidente aeronáutico que feriu gravemente o senhor Hoyle (piloto) e matou o passageiro, senhor Rogers.

No caso em questão, o relatório de investigação concluiu que o piloto, além de ter realizado uma manobra arriscada abaixo da altitude reco-

mendável, provavelmente não teria recuperado o controle da aeronave em razão de sua pouca experiência e treinamento deficiente. Naturalmente, tais fatos foram considerados como os fatores contribuintes para a ocorrência do acidente.

Os familiares do senhor Hoyle então demandaram indenização contra o piloto, senhor Hoyle, com base nas conclusões do relatório da Aaib. Por seu turno, o réu alegou a imprestabilidade do relatório final do acidente como prova. Tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição, os juízes admitiram a utilização do relatório com fins probatórios, tanto para conhecimento dos fatos como para utilização das conclusões do órgão investigador.

Referida decisão tem gerado preocupação nas autoridades aeronáuticas inglesas, uma vez que a ampla utilização dos relatórios investigativos para imputação de responsabilidade pode resultar em um menor grau de confiabilidade e cooperação entre os agentes dos sistemas de prevenção de acidentes aeronáuticos.

Nos Estados Unidos, o National Transportation Safety Board (NTSB), órgão independente credenciado para a investigação de acidentes/incidentes aeronáuticos, dispõe de forma pragmática quanto à imprestabilidade dos seus relatórios em juízo para eventual imputação de responsabilidade ou declaração de culpa.²¹

Da mesma forma, o Gabinete de Prevenção e Investigação de Acidentes com Aeronaves e de Acidentes Ferroviários (GPIA), órgão português responsável pela investigação de acidentes/incidentes aeronáuticos, afirma que, em conformidade com

18. TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, AC nº 1004776-332016. 8.26.0562, Des. Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, DJ de 29/6/2018.

19. Air Accidents Investigation Branch – órgão credenciado do Reino Unido para a investigação de acidentes/incidentes aeronáuticos.

20. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/what-is-a-safety-recommendation/what-is-a-safety-recommendation>>.

21. Disponível em: <<https://www.nts.gov/investigations/process/Pages/default.aspx>>.

o Anexo 13 da Convenção de Chicago, seu foco se mantém exclusivamente na prevenção de acidentes, sem o condão de imputar responsabilidades.²²

Por fim, o Código Aeronáutico do Chile inova em seu art. 181,²³ quando determina que a investigação se realizará com o fim de determinar a causa do acidente/incidente e adotar medidas para evitar sua repetição e fazer efetiva a responsabilidade infracional existente. Nesse último ponto, o Chile difere da grande maioria dos países signatários da Convenção de Chicago (1944).

6 Conclusão

Não restam dúvidas quanto à relevância da atividade investigativa no cenário aeronáutico mundial com a finalidade precípua de prevenir novas ocorrências catastróficas.

Contudo, para que referido trabalho seja desenvolvido de forma exitosa, faz-se necessário que as autoridades atuem com independência, sem a intervenção de fatores externos que comprometam a fiabilidade das informações prestadas e obtidas no âmbito das investigações.

22. “A Unidade de Aviação Civil do GPIAAF tem como missão a investigação de acidentes e incidentes com aeronaves civis, com o único objetivo a prevenção de acidentes e incidentes futuros, sem apurar culpas nem imputar responsabilidades, em conformidade com o Anexo 13 da Convenção de Chicago, o Regulamento (UE) nº 996/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de outubro, o Decreto-Lei nº 318/99, de 11 de agosto e o Decreto-Lei nº 36/2017, de 28 de março. No exercício das suas atribuições, a Unidade de Aviação Civil do GPIAAF funciona de modo independente da autoridade nacional de aviação civil e de qualquer outra parte ou entidade cujos interesses ou atribuições possam colidir com a missão que lhe foi confiada ou influenciar a sua objetividade.” Disponível em: <<http://www.gpiaa.gov.pt/>>.

23. “Artículo 181. Corresponde a la autoridad aeronáutica investigar administrativamente los accidentes e incidentes de aeronaves que se produzcan en el territorio nacional y los que ocurran a aeronaves chilenas en aguas o territorios no sujetos a la soberanía de otro Estado, sin perjuicio de las facultades que corresponden a los tribunales competentes. La investigación se realizará con el fin de determinar la causa del accidente o incidente, adoptar medidas tendientes a evitar su repetición y hacer efectiva la responsabilidad infraccional que existiere.” Disponível em: <<https://www.dgac.gob.cl/wp-content/uploads/portalweb/rest-portalweb/jcr/repository/collaboration/sites%20content/live/dgac/documents/codigo.pdf>>.

Ante essa perspectiva, tanto o Anexo 13 da Convenção de Chicago (1944) quanto a Lei nº 12.970/2014 (incorporada ao CBAer) proveem mecanismos adequados de proteção para que o Sipaer funcione de forma efetiva em prol de toda a sociedade, com foco exclusivo na prevenção de acidentes aéreos, impedindo que o produto final dos trabalhos desenvolvidos pelo Cenipa – muitas vezes fundamentados em hipóteses e não apenas na verdade real dos fatos – seja equivocadamente utilizado para fins de imputação de responsabilidade ou culpa.

Ao contrário do que alega a Procuradoria-Geral da República na demanda que visa declarar inconstitucional a Lei nº 12.970/2014, referida normativa não se presta a impedir a valoração correta de provas, tampouco cerceia o direito de acesso à informação ou gera retrabalho de qualquer natureza.

Referida lei apenas delimita o uso do produto final do trabalho do Cenipa para efeito de prevenção de novas ocorrências e manutenção de um bem maior, a vida humana. No mais, a Lei nº 12.970/2014 é clara ao autorizar o acesso às fontes Sipaer, desde que mediante a oitiva do representante judicial da autoridade Sipaer, bem como prévia autorização judicial. Nessa mesma toada, tampouco se apresentam quaisquer limitações para que outras investigações sejam conduzidas, concomitantemente ou não àquelas do Cenipa.

Ainda neste contexto, a lei preservou dois pilares do Sipaer, quais sejam: o sistema de notificações voluntárias e as conclusões das investigações conduzidas pelo Cenipa; o primeiro protegido com o objetivo de assegurar o permanente fluxo de informações, com a proteção daqueles que estejam dispostos a contribuir anonimamente com as investigações; e o segundo com vistas a impedir a utilização de cenários hipotéticos como fundamento para eventual imputação de responsabilidade ou culpa.

Infelizmente, as sutilezas já destacadas não têm sido observadas com frequência pelos tribunais no

Brasil, sendo certo que os fatores contribuintes e as conclusões alcançadas pelo Cenipa ainda são amplamente utilizados para fins de imputação de responsabilidade em demandas indenizatórias.

Assim, dada a complexidade da atividade aeronáutica e considerando igualmente a hipossuficiência daqueles afetados por cenários catastróficos como os acidentes aeronáuticos, a busca por uma solução equânime passaria pela utilização do relatório do Cenipa como *ultima ratio*. Em outras palavras, que a utilização das informações cons-

tantes dos relatórios investigativos ocorresse apenas quando não houvesse nenhum outro meio de produção de prova disponível, observados os limites estabelecidos pela própria lei.

Em vista disso, configura-se viável o equilíbrio e coordenação entre as autoridades aeronáuticas, policiais e judiciais para que se preserve o caráter preventivo do sistema investigativo, sem que se perca o acesso à justiça, ao contraditório, à ampla defesa e ao poder investigativo dos órgãos inquisitivos constitucionais. ■

Bibliografia

HONORATO, Marcelo. *Crimes aeronáuticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

C

ontratos sobre aeronaves e a

Convenção da Cidade do Cabo.

O Registro Aeronáutico Brasileiro e o regulamento expedido pela Anac. Questões relativas à reintegração de posse de aeronaves no Brasil.

Leandro Antonio Cavalcante Barbosa

Advogado com ampla atuação em escritório de advocacia e empresas do setor aeronáutico.

Sumário

1. Introdução
 2. Conceitos introduzidos pela Convenção
 3. Reintegrações
 4. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

A **Convenção sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis**, ou simplesmente **Convenção da Cidade do Cabo**, como é conhecida no setor, foi assinada em novembro de 2001 e ratificada no Brasil com a promulgação do Decreto Presidencial nº 8.008 de 15 de maio de 2013. No que diz respeito ao ramo aeronáutico, é acompanhada do **Protocolo à Convenção sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis Relativo a Questões Específicas ao Equipamento Aeronáutico**,¹ assinado na mesma data, o qual traz regras específicas para transações envolvendo aeronaves, motores de aeronaves e helicópteros, definidos como equipa-

1. Também estão previstos protocolos específicos para equipamentos ferroviários e bens espaciais.

mentos aeronáuticos. Embora separados quando de sua elaboração e subsequente aprovação, os dois documentos devem ser lidos e interpretados juntos, como sendo um só.²

O objetivo dos idealizadores da Convenção e signatários originais foi o de criar mecanismos únicos no mundo todo que pudessem conferir maior segurança jurídica às transações internacionais com equipamentos aeronáuticos, em especial aquelas envolvendo financiamentos *cross-boarder*, permitindo a rápida e eficaz retomada de posse por parte do credor na hipótese de inadimplemento. Segundo Roy Goode, autor dos comentários oficiais ao texto da Convenção, trata-se de “um dos mais ambiciosos instrumentos de lei comercial internacional a ter sido criado no campo de direito privado”³ (GOODE, 2013, p. 23).

O crescente comércio internacional e a necessidade de disponibilidade de transporte entre os mais diversos centros de negócios ao redor mundo,⁴ aliados ao alto custo da atividade de transporte aéreo, a começar pelo valor das aeronaves, geraram uma demanda para melhor proteger os *players* do mercado, as próprias companhias aéreas⁵ e seus credores.

A exposição de motivos do Decreto Legislativo nº 135/2011, que aprovou o texto da Convenção no Brasil, expressa claramente o ideal do acordo internacional:

“A Convenção da Cidade do Cabo e o Protocolo Aeronáutico visam facilitar as operações de crédito para o financiamento de aeronaves, helicópteros e equipamento aeronáutico em geral, dando maior segurança aos credores e permitindo, assim, a diminuição do custo das taxas de risco aplicadas”.

Com isso, possibilita-se a ampliação da oferta de crédito.

O fim maior da Convenção, na verdade, não foi resolver questões de lei aplicável, mas sim buscar uniformizar, em todas as jurisdições, procedimentos de recuperação de aeronaves, motores

de aeronaves e helicópteros, como, por exemplo, a possibilidade do uso de uma autorização irrevogável,⁶ legalmente reconhecida por autoridades locais, para o imediato cancelamento de matrícula (derregistro) de aeronaves. Considerando a diversidade de legislações a que um credor pode ficar sujeito, nem sempre claras e muitas vezes não aplicadas pelas próprias autoridades locais de maneira correta, a Convenção foi um marco regulatório importante para o setor.

No Brasil, a ratificação da Convenção foi seguida, quase que um ano depois, pela edição de regulamento específico pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) – Resolução nº 309 de 18 de março de 2014 –, que detalhou as novas funções do Registro Aeronáutico Brasileiro (RAB) (departamento sob a esfera da Anac), e a maneira como deveriam ser implementados os remédios previstos na Convenção, assim possibilitando a aplicação prática da Convenção a transações envolvendo aeronaves sujeitas a registro perante o RAB.

Embora o Poder Judiciário brasileiro estivesse familiarizado com situações de retomada de posse de aeronaves decorrentes de contratos sobre aeronaves, dado o tamanho do mercado brasileiro, e, historicamente, tenha autorizado reintegrações com certa rapidez (usualmente baseadas em liminares), o que se viu nesses últimos cinco anos foi que os remédios introduzidos pela Convenção

2. Para fins deste artigo, a Convenção da Cidade do Cabo e o Protocolo serão definidos, em conjunto, simplesmente como “Convenção”, reservando-se o termo “Protocolo” apenas para quando houver necessidade de referência específica ao texto deste documento.

3. Na versão original: “The Convention on International Interests in Mobile Equipment, with its associated Protocols, is one of the most ambitious international commercial law instruments ever to have been fashioned in the field of private transactional law”.

4. Lembrando-se que a Convenção foi assinada em 2001.

5. Originalmente, as companhias aéreas foram umas das maiores forças por trás da aprovação de um texto com abrangência mundial. Ao final, a Convenção acabou por incluir não só as aeronaves de grande porte, mas também outras, conforme definido na Convenção, protegendo operadores aéreos de menor porte (e.g. táxis aéreos) e até mesmo empresas que adquirem e/ou financiam aeronaves para transporte de seus executivos.

6. Trata-se da Idera, sobre a qual falaremos mais adiante.

possibilitaram processamento de reintegrações, e, portanto, resoluções de situações de inadimplemento, com maior celeridade. Isso, no entanto, só foi – e é – possível quando todas as autoridades envolvidas no processo observam os preceitos da Convenção.

A recuperação judicial da Ocean Air⁷ é um claro exemplo. Trata-se, na realidade, da primeira oportunidade em que o Poder Judiciário é instado a se manifestar diretamente sobre a validade das disposições da Convenção em nosso ordenamento, em especial diante de uma situação de insolvência sujeita a procedimentos diferenciados e proteções especiais, previstos em lei específica (Lei nº 11.101/2005 – Lei de Recuperação Judicial). Embora os dispositivos da Convenção referentes à recuperação de aeronaves não demandem um trabalho interpretativo extenso, o juízo responsável pelo processo da Ocean Air criou obstáculos à retomada de posse das aeronaves por parte dos credores da empresa. Além de ferir diretamente os direitos de tais credores, tal posicionamento expõe uma fragilidade do sistema jurídico brasileiro, gerando insegurança àqueles que atuam no país.

Para que possamos entender o processo de retomada instituído pela Convenção e sua importância ao mercado aeronáutico, precisamos antes conhecer os principais conceitos contidos em seu texto.

2 Conceitos introduzidos pela Convenção

O campo de aplicabilidade da Convenção é estabelecido a partir do conceito de “garantia internacional”, basicamente um direito real que é (será) constituído em um determinado contrato. O termo foi introduzido pela própria Convenção e é utilizado em seu art. 2º, o qual prescreve que é passível de proteção a garantia internacional:

- conferida por uma pessoa que presta a garantia em um contrato constitutivo de garantia real,
- detida por uma pessoa que seja o vendedor condicional em um contrato de compra e venda com reserva de domínio, ou
- detida por uma pessoa que seja o arrendador em um contrato de arrendamento mercantil.

A Convenção estendeu sua aplicabilidade ao que denominou de garantia internacional futura.

A Convenção não se limitou a criar mecanismos de proteção apenas às garantias internacionais já constituídas. Estendeu sua aplicabilidade ao que denominou de garantia internacional futura, definida como a garantia internacional que se constituirá com o tempo, quando da implementação de determinadas condições. Não basta, no entanto, um simples interesse, é necessário que as partes tenham real intenção de criar uma garantia internacional e que o equipamento aeronáutico seja claramente identificado. Só assim será garantida a prioridade do credor quando da implementação da condição.

Para que não pairassem dúvidas, principalmente por criar um novo arcabouço jurídico, independente de qualquer outra regulamentação, a Convenção estabeleceu definições próprias para os contratos de garantias internacionais. Ao padronizar os conceitos jurídicos em seu próprio texto, a Convenção deixa claro que a determinação quanto à sua aplicabilidade ou não a determinado tipo contratual não dependerá de lei local, à qual em regra a Convenção se sobrepõe. As definições de contrato de arrendamento mercantil, constitutivo de garantia real, e compra e venda com reserva de domínio estão elencadas no art. 1º da

7. Oceanair Linhas Aéreas S/A (Avianca).

Convenção.⁸ Não estão incluídas, portanto, transações de compra e venda direta. Verifica-se que tais definições não destoam dos tipos contratuais já há muito tempo abarcados pela legislação brasileira, em que encontramos, tanto no Código Civil quanto no Código Brasileiro de Aeronáutica, os contratos de arrendamento (mercantil e operacional⁹), compra e venda com reserva de domínio, e demais contratos que envolvem uma garantia real, como é o caso da alienação fiduciária. Tais modalidades contratuais tendem a constituir a grande maioria dos contratos sobre aeronaves, principalmente quando se trata de operações lastreadas em financiamentos.

A Convenção não só definiu as garantias internacionais que seriam abrangidas por suas disposições, mas também identificou quais equipamentos aeronáuticos seriam passíveis da proteção por ela conferidos, conforme listado no Art. I (2) do Protocolo.¹⁰ É necessário também que o devedor esteja localizado em Estado que tenha ratificado a Convenção.

Como forma de instrumentalizar os remédios jurídicos a que os credores titulares das garantias internacionais teriam direito, a Convenção concebeu um registro internacional e introduziu um modelo internacional padrão de autorização irrevogável de cancelamento da matrícula e de solicitação de exportação.

O Registro Internacional funciona de maneira remota desde a Irlanda, onde está localizado seu escritório central, e foi implementado para permitir o registro das garantias internacionais. É o suporte fundamental do arcabouço jurídico criado pela Convenção. Explicado de maneira simples, da mesma forma em que aqueles que têm atuado no mercado aeronáutico brasileiro estavam acostumados a proceder aos registros de contratos sobre aeronaves no RAB, conforme requer o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Convenção estabeleceu que os contratos sujeitos a seu campo de abrangência sejam submetidos a registro perante o Registro Interna-

cional. Diferentemente do RAB, no entanto, trata-se de um registro automatizado e autodeclaratório, por meio de um sistema eletrônico, 24 horas por dia. Os registros são feitos eletronicamente, sendo possível a consulta em tempo real em qualquer dia e a qualquer hora. Sem prejuízo, vale ressaltar que o Registro Internacional não tem o propósito de substituir os registros locais, que, conforme leis lo-

8. Art. 1º: “(q) ‘contrato de arrendamento mercantil’ significa um contrato por meio do qual uma pessoa (o arrendador) confere um direito à posse ou ao controle de um bem (com ou sem uma opção de compra) a outra pessoa (o arrendatário) em troca de um aluguel ou outra forma de pagamento; [...] (ii) ‘contrato constitutivo de garantia real’ significa um contrato por meio do qual uma pessoa constitui ou se compromete a constituir em favor de um credor garantido um direito sobre um bem (inclusive um direito de propriedade) com vistas a garantir o cumprimento de qualquer obrigação presente ou futura do próprio constituinte ou de uma terceira pessoa; [...] (II) ‘contrato de compra e venda com reserva de domínio’ significa um contrato para a compra e venda de um bem em termos segundo os quais a propriedade não é transferida antes que sejam preenchidas as condições consignadas no contrato”.

9. Quando da tradução da Convenção para o português, surgiu a dúvida em relação à aplicação de seus termos tanto aos contratos de arrendamento mercantil quanto aos contratos de arrendamento operacional. Muito embora o termo *lease* (utilizado no texto original da Convenção) na prática possa ser utilizado para se referir tanto ao arrendamento mercantil quanto ao arrendamento operacional, com ou sem opção de compra, o texto do decreto presidencial falou apenas em arrendamento mercantil. Infelizmente, o regulamento expedido pela Anac tampouco se preocupou em trazer clareza para este tema. Em todo caso, do ponto de vista prático, o RAB tem reconhecido a aplicabilidade da Convenção a ambas as modalidades contratuais e permitido o registro de transações e documentos abarcados pela Convenção.

10. “[...] (b) ‘motores de avião’ significam motores de avião (exceto aqueles utilizados nos serviços militares, de alfândega ou de polícia) propulsionados por tecnologia a jato, por turbinas ou por pistão, os quais: (i) no caso dos motores a jato, desenvolvam, cada um, um empuxo mínimo de 1750 libras ou equivalente; e (ii) no caso de motores a turbina ou a pistão, desenvolvam, cada um, um arranque nominal na decolagem de 550 HP ou equivalente; [...] (e) ‘cascos de aeronaves’ significam cascos (exceto aqueles utilizados nos serviços militares, de alfândega ou de polícia), os quais, quando motores de avião apropriados são nele instalados, são de modelo certificado pela autoridade aeronáutica competente como aptas a transportar: (i) no mínimo oito (8) pessoas incluindo a tripulação; ou (ii) mercadorias pesando mais que 2750 quilos; [...] e (l) ‘helicópteros’ significam máquinas mais pesadas que o ar (exceto aquelas utilizadas nos serviços militares, de alfândega ou de polícia), cuja sustentação em voo é assegurada principalmente por reações do ar geradas por um ou mais rotores a hélices, em grande parte verticais, e que sejam de modelo certificado pela autoridade aeronáutica competente como aptas a transportar: (i) no mínimo cinco (5) pessoas incluindo a tripulação; ou (ii) mercadorias pesando mais que 450 quilos.”

cais, continuam com suas atribuições. Em outras palavras, a partir da ratificação da Convenção, as transações com aeronaves no Brasil, quando enquadradas nos requisitos da Convenção, passam a ser registradas tanto perante o RAB quanto no Registro Internacional.

Aos olhos da Convenção, é a partir do registro no Registro Internacional, e não perante as autoridades locais de cada Estado signatário, que se estabelecerá a ordem de prioridade dos detentores de garantias internacionais. Em regra, terá prioridade a garantia internacional (ou garantia internacional futura) que primeiro tiver sido registrada, conforme data e horário constante do sistema do Registro Internacional. A prioridade é essencial para garantia dos interesses do credor, em especial para exercício do direito de derregistro, conforme veremos mais adiante.

A prioridade é essencial para garantia dos interesses do credor.

Embora independente, o Registro Internacional criado pela Convenção não objetivou funcionar sem a cooperação das autoridades locais. Claro exemplo é a possibilidade conferida pela Convenção para que os Estados signatários definissem quais autoridades locais atuariam como “pontos de entrada”, elos facilitadores, para o Registro Internacional. De acordo com a Convenção e a regulamentação do Registro Internacional, podem existir dois tipos de pontos de entrada, os diretos, que são responsáveis por transmitir diretamente as informações ao Registro Internacional, e os autorizadores, que disponibilizam aos usuários (credores/devedores) meios para que os próprios usuários transmitam as informações. O Brasil optou pelo segundo modelo, definindo o RAB como ponto de entrada autorizador (*authorizing entry point* – AEP). A Resolução nº 309/2014 da Anac estabeleceu os procedimentos específicos a serem

observados para que usuários pudessem solicitar ao RAB a emissão de um código numérico, de uso obrigatório quando da inserção de informações no Registro Internacional.

O sistema de prioridades assegurado pelo registro e a possibilidade de imediato derregistro só podem funcionar se as autoridades locais reconhecem aos credores tal direito. Nesse contexto, uma das principais ferramentas criadas pela Convenção foi a Autorização Irrevogável de Cancelamento da Matrícula e de Solicitação de Exportação (Idera). Trata-se de um modelo padrão internacional de autorização para derregistro, cujo propósito é permitir o rápido cancelamento da matrícula (assim como a exportação, quando aplicável) de equipamentos aeronáuticos junto às autoridades locais em caso de inadimplemento. Uma vez emitida, é irrevogável, possibilitando à pessoa autorizada – única com poderes para tanto –, e independente de consentimento do devedor, que adote as medidas necessárias para derregistro e exportação (se o caso).

O objetivo é que o credor possa agir sem demora, sem que seja necessária a cooperação do devedor e o cumprimento de burocracias junto às autoridades locais para retomar o equipamento aeronáutico da posse do devedor. Com isso, o credor poderá registrá-lo em outra localidade, negociar a venda ou realizar nova cessão do equipamento no mercado e, por fim, recuperar o dinheiro investido.

A Idera, portanto, não resulta de leis locais e tampouco delas depende, constituindo um instrumento jurídico único no âmbito da Convenção. De certa forma, diferencia-se das procurações para derregistro tradicionalmente exigidas pelos credores, conforme as legislações locais. A Idera se faz ainda mais necessária em jurisdições como a brasileira, em que os registros locais são “registros de operadores”,¹¹ ou seja, são os operadores

11. Diferentemente do que se vê em relação ao *Federal Aviation Administration* (FAA), o registro norte-americano, em que são os proprietários que controlam o processo de registro.

que controlam o processo de registro e, até o advento da Convenção, derregistro. Não é preciso falar que, em casos de inadimplemento, o devedor dificilmente cooperaria com o credor para possibilitar o derregistro.

Uma vez emitida e inscrita no registro aeronáutico local (a Convenção manteve essa responsabilidade com os registros locais), a Idera é de aplicabilidade obrigatória no advento de evento de inadimplemento, devendo as autoridades locais cooperarem para que as medidas previstas na Convenção – derregistro e exportação – possam ser prontamente executadas pelo credor.¹²

Importante ressaltar que a Convenção franqueou ao Estado signatário que, quando da ratificação do Protocolo, definisse quais medidas disponíveis ao credor estariam sujeitas à autorização do Poder Judiciário. O Brasil fez uso de tal direito e emitiu uma declaração nesse sentido. Deixou expresso que

“todas as medidas disponíveis ao credor em decorrência de qualquer disposição da Convenção ou do Protocolo somente poderão ser tomadas mediante autorização do Poder Judiciário, exceto o remédio previsto no Art. XIII do Protocolo, o qual será exercido sem autorização judicial”.¹³

O remédio previsto no art. XIII do Protocolo a que se refere a declaração dada pelo governo brasileiro é exatamente o uso da Idera para fins de derregistro e exportação.¹⁴ Ou seja, o uso da Idera independe de decisão judicial, estando os demais remédios jurídicos sujeitos à ordem judicial específica, como já ocorria em nosso ordenamento.

3 Reintegrações

Voltemos ao caso da Ocean Air, ao qual nos referimos no início. Diante do sistema legal introduzido pela Convenção, ratificada pelo Brasil, causou preocupação a decisão do juízo da recuperação judicial que, embora tivesse reconhecido os direitos dos credores com base na Convenção e a

existência de Ideras validamente emitidas, optou por suspender toda e qualquer medida tendente à retomada da posse de aeronaves utilizadas pela companhia aérea em suas operações,¹⁵ indo de encontro aos propósitos da Convenção e, consequentemente, restringindo os direitos de tais credores.

A principal preocupação de qualquer credor em situações de inadimplemento é a de preservar o valor do bem oferecido pelo devedor para garantia de suas obrigações. No mercado aeronáutico, em que os equipamentos – aeronaves, motores de aeronaves e helicópteros – possuem valor expressivo, a preocupação dos credores é ainda maior, já que tais equipamentos são suscetíveis à rápida desvalorização. Como dissemos, as retomadas sob o manto da Convenção devem ser rápidas e eficazes. O derregistro e a exportação precisam ocorrer sem demora, de forma a possibilitar que o credor busque imediata recomposição dos prejuízos, negociando a aeronave, motor ou helicóptero com

12. Art. XIII (4) do Protocolo.

13. Vide Decreto nº 8.008/2013 – Declaração ao Art. 54 (2).

14. O Art. XIII (3) do Protocolo dispõe que “(A) pessoa em favor da qual a autorização tiver sido emitida (a ‘parte autorizada’) ou o terceiro que ela certificar como designado para esse fim, será a única pessoa habilitada a fazer cumprir as medidas especificadas no Artigo IX, parágrafo 1º, e somente poderá fazê-lo nos termos da autorização e das leis e regulamentos sobre segurança da aviação. A referida autorização não poderá ser revogada pelo devedor sem o consentimento por escrito da parte autorizada. A autoridade de registro deverá retirar uma autorização do registro mediante a solicitação da parte autorizada”. O Art. IX (1) prevê que “Além das medidas especificadas no Capítulo III da Convenção, o credor poderá, na medida em que o devedor tiver a qualquer tempo assim acordado e nas circunstâncias especificadas naquele Capítulo: (a) fazer o cancelamento da matrícula de aeronave; e (b) fazer a exportação e a transferência física do bem aeronáutico do território em que se encontra situado”.

15. Segundo o juiz, “forte no princípio da preservação da empresa e da atividade econômica e sua função social, de rigor a mitigação do rigor do disposto no art. 199 da LRF, que deu às empresas arrendadoras de aeronaves o que foi negado às fontes financiadoras de todas as outras atividades econômicas, isto é, do dispositivo que impede que aeronaves, ainda que bens de capital de companhias aéreas e essenciais ao exercício de sua atividade econômica, ficassem protegidas no *stay period* da recuperação judicial. Igual modulação cabe à aplicação da Convenção da Cidade do Cabo à espécie, eis que ao Poder Judiciário incumbe, naturalmente, o cumprimento da lei, o que não lhe desincumbe de seu dever de interpretar o sistema normativo e aplicar a norma de forma harmonizada com os princípios que lhe informam”.

terceiro. Trata-se de elemento central da Convenção, que em mais de uma oportunidade aborda a questão da necessidade de as autoridades cooperarem com o exercício dos remédios jurídicos por parte de credores.¹⁶

O derregistro e a exportação precisam ocorrer sem demora.

A partir do momento em que se configura o inadimplemento do devedor e existindo uma Idera devidamente registrada, a Convenção permite, observados determinados requisitos, que o credor acione a autoridade local responsável, no caso do Brasil, o RAB, para que processe o imediato derregistro da aeronave (ou motor de aeronave ou helicóptero) em seu favor. Tal procedimento também está previsto na normativa do RAB e tem sido implementado na prática.

No caso do Brasil, a dificuldade que credores usualmente têm enfrentado é no momento da exportação perante a Receita Federal, uma vez que a legislação aduaneira existente ainda não se adequou aos processos introduzidos pela Convenção da Cidade do Cabo. Com isso, diante da burocracia do sistema brasileiro, em que a exportação depende de atuação do importador original do bem, no caso o devedor, credores têm sido impedidos de executarem por completo as garantias previstas na Convenção. Evidentemente que, quando há cooperação do importador/devedor, este problema não vem à tona.

Além de permitir o uso da Idera, é importante ressaltar que, ao ratificar a Convenção, o Brasil se comprometeu a observar os dispositivos que tratam dos remédios em caso de insolvência. A declaração brasileira foi no sentido de cumprir integralmente a Alternativa A do Art. XI do Protocolo, que, em linhas gerais, garante a devolução do bem

ao credor, uma vez findo o que a Convenção denominou de “período de espera” – tendo o Brasil definido que tal prazo seria de 30 dias. O texto da Alternativa A, em especial, de uma maneira geral replicou procedimentos já previstos em leis de recuperação de empresas, como a norte-americana, e, portanto, compatíveis com o que nossa própria legislação estabelece.

A garantia de efetiva e eficaz reintegração por parte do credor quando da insolvência do devedor é um dos pilares centrais da Convenção. E é isso que se buscou assegurar com as disposições constantes do art. XI do Protocolo, que, ressalte-se, possibilitou que o devedor mantivesse a posse do equipamento após o período de espera, desde que tivesse remediado seu inadimplemento.

No caso da Ocean Air (assim como em diversas outras situações de inadimplemento de devedores no Brasil – sejam companhias aéreas ou não), previamente à decretação da recuperação judicial, os credores detentores de garantias internacionais haviam obtido êxito em concluir o derregistro perante o RAB das aeronaves até então operadas pela empresa. A problemática se instaurou após o processamento da recuperação judicial, quando o juízo se deparou com o que entendeu ser um aparente choque de princípios e conceitos da Lei de Recuperação Judicial com aqueles da Convenção, tendo optado por privilegiar os primeiros, em detrimento até mesmo de preceitos específicos da própria Lei de Recuperação Judicial.

De acordo com art. 199 da Lei de Recuperação Judicial, em “nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contratos de locação, arrendamento mercantil ou qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves e suas partes”, sendo que os créditos decorrentes de tais contratos não se sujeitariam à recuperação judicial, preservando-se os direitos dos credores sobre os bens. Verifica-se, na realidade, que o dispositivo da lei pátria é até mais restritivo que os da Convenção. Enquanto a Lei de Recuperação Judicial

16. Arts. XI (8) e XIII (4) do Protocolo.

exclui por completo os contratos sobre aeronaves dos efeitos da recuperação, a Convenção, conforme vimos, estabelece que credores terão que observar um tempo de carência, para que o devedor tenha a possibilidade de regularizar sua insolvência, antes de exercerem seus direitos de retomada.

Embora tenha imposto certas condições que deveriam continuar sendo observadas pela Ocean Air para manutenção dos contratos de *leasing*, como o pagamento de parcelas em aberto, tal posicionamento, como não poderia deixar de ser, trouxe bastante espanto a juristas que acompanharam todo o processo de discussão e ratificação da normativa internacional, na medida em que foi de encontro aos preceitos da Convenção. O caso, mais especificamente o pedido para que o RAB proceda ao derregistro, ainda não foi definitivamente julgado. Até o momento em que se escreveu este artigo, o Superior Tribunal de Justiça havia proferido decisão em favor da Ocean Air para suspender qualquer medida até julgamento do recurso.

4 Conclusão

Além dos benefícios já citados, a ratificação da Convenção pelo Brasil e sua aplicação pelas autoridades brasileiras garantiram a inclusão do país na lista de descontos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

(OCDE), nos termos do acordo internacional sobre créditos à exportação, do qual o Brasil faz parte. Basicamente, o acordo possibilita, desde que atendidos todos os requisitos, acesso a taxas de financiamento reduzidas, sendo os operadores de aeronaves brasileiros os maiores interessados na manutenção desta condição. A concessão deste benefício adicional, embora não prevista diretamente em seu texto, está alinhada com o ideal da Convenção de amplo acesso a crédito.

O recente debate que surge no curso da recuperação judicial da Ocean Air evidencia uma fragilidade do sistema jurídico brasileiro, que pode pôr em risco o acesso ao desconto mencionado acima. As decisões exaradas também prejudicam a rápida e eficaz retomada de equipamentos aeronáuticos assegurada pela Convenção aos credores detentores de prioridade, conforme registros de suas garantias internacionais perante o Registro Internacional. Este cenário pode resultar no aumento do risco de se realizarem negócios em território brasileiro, gerando, conseqüentemente, um aumento nas taxas de juros aplicadas por credores.

Espera-se que o Judiciário brasileiro, ao julgar o caso da Ocean Air, considere não apenas as proteções específicas introduzidas pela própria Convenção, mas também o compromisso maior do Estado brasileiro de honrar o acordo internacional firmado e devidamente ratificado, nos termos do que prescreve a Constituição Federal. ■

Bibliografia

GERBER, Dean N.; WALTON, David R. De-registration and Export Remedies under the Cape Town Convention. *Cape Town Convention Journal*, 3:1, p. 49-68, 2014.

GOODE, Sir Roy. *Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Objects* – Official Commentary. 3. ed. Roma: International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), 2013.

GRAY, Donald G.; GERBER, Dean N.; WOOL, Jeffrey. The Cape Town Convention aircraft protocol's substantive in-

solveny regime: a case study of Alternative A. *Cape Town Convention Journal*, 5:1, p. 115-144, 2016.

GRAY, Donald; MACINTYRE, Jason; WOOL, Jeffrey. The interaction between Cape Town Convention repossession remedies and local procedural law: a civil law case study. *Cape Town Convention Journal*, 4:1, p. 17-52, 2015.

<<http://www.awg.aero/>>

<<https://www.internationalregistry.aero/ir-web/>>

<<http://www.oecd.org/>>

Atos de concentração no mercado de transporte aéreo e questões concorrenciais.

Lucas Bernardes Augusto

Advogado atuante nas áreas de Direito Aero-náutico, Comercial e Concorrencial.

Sumário

1. Introdução
 2. Conceito de mercado relevante no transporte aéreo
 3. Aspectos mais relevantes considerados pelo Cade, para aprovar transações no mercado da aviação
 4. Considerações finais
- Bibliografia

1 Introdução

No Brasil, a defesa da concorrência é orientada pelos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. A importância da análise concorrencial de transações celebradas entre concorrentes tem aumentado desde 1994, quando foi promulgada a Lei nº 8.884.

Com a evolução do processo de análise de atos de concentração econômica e o amadurecimento da jurisprudência administrativa neste setor, foi implementada a Lei nº 12.529/2011, que trouxe importantes alterações ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Sob o ponto de vista da análise de transações, a profunda reestruturação do Sistema Brasileiro

de Defesa da Concorrência orientou-se principalmente pela instituição do regime de aprovação prévia de atos de concentração econômica. A eficácia dos negócios que preencham os requisitos legais, para se caracterizarem como ato de concentração econômica, passou a depender da aprovação da autoridade concorrencial, o que, de um lado, inegavelmente trouxe maior interesse das partes em instruir os processos de modo a garantir decisões mais céleres e, de outro, demandou dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a implementação de uma estrutura que assegurasse decisões mais céleres, quando da avaliação de mencionados atos.

No âmbito do mercado de aviação civil, tendo em vista a natureza dos serviços prestados, acordos de cooperação entre companhias aéreas são comumente formalizados com o intuito de ampliar o alcance da rede operada pelas companhias aéreas, o que implica melhora na conectividade entre voos e redução dos custos inerentes à operação. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) já reconheceu que tais acordos podem elevar ganhos, na medida em que permitem a racionalização de custos, elevação da densidade no uso da rede e obtenção de tráfego de ligações secundárias e terciárias de localidades não servidas.

Não obstante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – com poderes e estrutura relativamente similar ao atual – tenha sido instituído no Brasil há mais de 30 anos, considerando o número relativamente baixo de aquisições no mercado da aviação, grande parte dos precedentes do Cade envolvendo mencionado mercado limita-se à análise de acordos de *codeshare* e outras transações semelhantes celebradas entre as companhias aéreas.

É importante destacar, no entanto, que há uma tendência no mercado de transporte aéreo de busca por acordos de cooperação entre companhias aéreas cada vez mais amplos e profundos, o que, associado ao movimento para flexibilizar

a limitação do controle acionário de companhias aéreas brasileiras, por entes estrangeiros, passa a exigir uma análise mais detalhada quanto aos aspectos mais relevantes atualmente considerados pelo Cade, para aprovar atos de concentração econômica formalizados entre mencionados agentes econômicos.

2 Conceito de mercado relevante no transporte aéreo

Como regra, acordos que possam restringir a livre concorrência são divididos, principalmente, entre acordos envolvendo concentrações verticais, horizontais ou conglomeradas, a depender essencialmente dos mercados relevantes em que atuam os agentes econômicos envolvidos.

Enquanto acordos horizontais envolvem agentes econômicos que operam em um mesmo mercado relevante geográfico e material, acordos verticais caracterizam-se como aqueles celebrados por agentes econômicos que atuam em mercados distintos, mas comumente complementares, ou seja, concatenados no processo produtivo ou de distribuição de um determinado produto. As concentrações conglomeradas, por outro lado, envolvem agentes econômicos que atuam em mercados relevantes segregados.

De acordo com Paula Forgioni,

“para que se possa corretamente analisar os efeitos que serão produzidos pelo acordo, hão de se individualizar, com muita exatidão, todos os mercados que serão atingidos. Deve-se, ainda, identificar a posição que os agentes econômicos ocupam em cada um desses mercados (fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa)” (FORGIONI, 1998, p. 324).

A importância da definição dos mercados relevantes envolvidos em uma determinada transação está expressa no § 5º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011, que veda a implementação de atos

de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º do mesmo artigo.¹

Como se observa, para se avaliarem os impactos de uma transação, o primeiro passo é a delimitação do mercado relevante envolvido, a fim de se aferirem os mercados de bens e serviços que serão afetados pela transação, bem como a participação de mercado dos agentes econômicos nela envolvidos.

Para se avaliarem os impactos de uma transação, o primeiro passo é a delimitação do mercado relevante envolvido.

Para tanto, é essencial que se realize a análise de dois aspectos intrínsecos a qualquer relação concorrencial: a área onde se trava a relação de concorrência inerente à transação em análise e às partes envolvidas, comumente definida como

1. “§ 5º - Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º - Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.”

2. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view>. Acesso em: 25 mar. 2019.

3. Nos termos da manifestação do ex-conselheiro Ricardo Machado Ruiz no Ato de Concentração nº 08700.004155/2012-81 (requerentes Azul S.A. e Trip Linhas Aéreas S.A.).

mercado relevante geográfico; e o mercado em que os produtos ou serviços oferecidos por determinado agente econômico enfrentam concorrência, definido como mercado relevante material, ou mercado do produto.

O Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, publicado pelo Cade em julho de 2016,² esclarece que

“sob a ótica da demanda, a dimensão do produto do MR (*mercado relevante*) compreende bens e serviços considerados, pelo consumidor, substituíveis entre si devido a suas características, preços e utilização. Para auferir essa substituíbilidade, examina-se a possibilidade de os consumidores desviarem sua demanda para outros produtos”.

Para definir os mercados relevantes envolvidos em transações relacionadas ao mercado de transporte aéreo, o Cade firmou entendimento no sentido de que o mercado de transporte aéreo de cargas se distingue do mercado de transporte aéreo de passageiros, na medida em que existiriam diferenças significativas dos pontos de vista da oferta e da demanda.

Nessa linha, sob o ponto de vista da oferta, o Conselho reconheceu que o transporte de passageiros exige aeronaves mais sofisticadas e uma malha mais capilarizada que o transporte de cargas. No que se refere à demanda, a jurisprudência administrativa considera que os usuários dos serviços de transporte de passageiros e de cargas possuiriam exigências distintas, em particular quanto às rotas, hora e dia de decolagem e entrega de mercadorias.

É importante pontuar, ainda, que, ao dimensionar o produto do mercado relevante, o Cade já definiu que o transporte aéreo se afasta dos demais modais (especialmente o rodoviário, ferroviário, dutoviário e aquaviário), o que se justificaria pelas distinções que caracterizam o transporte aéreo nas quatro principais dimensões dos serviços de transporte: (i) tempo de entrega, (ii) serviços complementares, (iii) disponibilidade de espaço e (iv) frequência.³

Dessa forma, sob a ótica do produto, o mercado relevante de transporte aéreo é tradicionalmente dividido entre o serviço de transporte aéreo de passageiros e o transporte aéreo de cargas, executado por empresas mistas (que prestam ambos o serviço de transporte aéreo de pessoas e de cargas) e empresas exclusivamente cargueiras.

No que se refere à análise do mercado relevante geográfico, o Cade também já traçou distinções entre o transporte aéreo de passageiros e o transporte aéreo de carga, que devem ser levadas em consideração para se avaliarem os impactos resultantes de determinada transação.

No Brasil, o mercado relevante geográfico, sob a perspectiva do transporte aéreo de passageiros, é como regra definido pelo Cade de acordo com a abordagem “cidade de origem/cidade de destino”, ou *city pair*, ou seja, com a delimitação de cada rota nacional ou internacional, com origem ou destino em uma cidade no Brasil, como um mercado relevante distinto.

Nessa linha, ao analisar o Ato de Concentração nº 08012.009497/2010-84, o então conselheiro Olavo Zago Chinaglia asseverou que

“em diferentes casos, o CADE tem utilizado a abordagem ponto de origem/ponto de destino, para definição do mercado relevante em operações no setor de transporte aéreo de passageiros. De acordo com essa definição, cada trecho aéreo que conecta duas cidades configura um mercado distinto, já que do ponto de vista da demanda haveria pouca substituíbilidade entre trechos que conectam cidades distintas”.

Não obstante referida conceituação tenha sido utilizada em diversos casos, o Cade ressaltou no passado que é importante que se avalie a existência ou não de substituíbilidade entre voos diretos e voos indiretos (com escala ou conexão) nas rotas a serem analisadas e também a substituíbilidade entre aeroportos situados na mesma localidade.

Nesse sentido, a Superintendência do Cade esclareceu no passado que

“o grau de substituíbilidade entre voos diretos e indiretos depende de vários fatores, dentre os quais: os horários dos voos; tempo de conexão (diferenças de duração entre o voo direto e o voo indireto); os aeroportos intermediários (mais importantes em voos longos); e os preços. Essa substituíbilidade tende a ser maior nas rotas com maior proporção de passageiros a turismo (mais sensíveis a preços) e menor naquelas com maior proporção de passageiros a negócios (menos sensíveis a preços, já que costumam preferir passagens flexíveis, além de companhias que ofereçam maior frequência de voos, o que viabiliza mais opções de troca de voos e, por conseguinte, diminui o tempo de viagem)”.⁴

Por outro lado, ao definir o mercado relevante geográfico sob a perspectiva do transporte aéreo de cargas, o Cade considerou que a dimensão seria mais ampla do que aquela utilizada no transporte aéreo de passageiros, podendo-se definir a área afetada pela operação de acordo com a abordagem de país de origem/país de destino, ou mesmo continente de origem/continente de destino, a fim de se determinar o mercado relevante geográfico envolvido na operação.

Não por outro motivo, ao avaliar o Ato de Concentração nº 08012.009497/2010-84, o então conselheiro Olavo Zago Chinaglia, de forma bastante didática, esclareceu que

“quanto à dimensão geográfica do mercado, resta evidente que a abordagem cidade de origem/cidade de destino mostra-se por demais restrita para a análise do transporte de cargas entre países, já que a via aérea representa em geral apenas uma parte de uma estrutura mais ampla de transporte multimodal responsável por levar a carga do seu local de partida ao de destino. Assim, o transporte de cargas usualmente começa antes e termina

4. Vide parecer da Superintendência-Geral do Cade proferido nos autos do Ato de Concentração Econômica nº 08700.004211/2016-10 (requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways Plc).

depois dos pontos de origem e chegada da rota aérea utilizada”.

Feitas as considerações a respeito da definição dos mercados relevantes afetados em transações que tenham por objeto o mercado de aviação, passaremos agora a tecer nossas observações a respeito do conceito de ato de concentração econômica e dos principais aspectos levados em consideração pelo Cade, ao avaliar transações envolvendo mencionado mercado.

3 Aspectos mais relevantes considerados pelo Cade, para aprovar transações no mercado da aviação

Antes de abordarmos de forma específica os desenvolvimentos mais recentes, envolvendo a análise concorrencial das transações no mercado de aviação, faremos uma breve análise dos principais requisitos previstos na Lei nº 12.529/2011, para definir as operações que se enquadram no conceito de ato de concentração econômica e, conseqüentemente, exigiram a aprovação prévia do Cade como condição para sua implementação.

O art. 88 da Lei nº 12.529/2011, com as adequações realizadas pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012, estabelece que devem ser submetidos ao Cade, previamente à implementação da operação, os atos de concentração nos quais as partes envolvidas, cumulativamente, tenham atingido os seguintes faturamentos: (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões; e (ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha

registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões.

A utilização do critério objetivo, vinculado exclusivamente ao faturamento, se mostrou bastante relevante para o mercado de aviação civil.

Ao comentar a nova lei de defesa da concorrência, em obra coordenada por Eduardo Caminati, Leopoldo Pagotto e Vicente Bagnoli, esclareceram os autores que “a Lei 12.529/2011 inova no *caput* do mencionado artigo ao prever, de forma mais simples e objetiva, que ‘atos de concentração econômica’ deverão ser submetidos ao CADE”. Tais autores comentam, ainda, que

“no que se refere aos critérios de submissão de atos de concentração à apreciação do CADE, em primeiro lugar a Lei 12.529/2011 elimina o critério de participação de mercado. A supressão de referido critério atende às recomendações feitas por pares e estudos da OCDE, os quais concluíram que critérios de submissão atrelados à análise de participação de mercado envolviam elementos subjetivos relacionados à definição do mercado relevante e geravam, assim, incertezas e insegurança jurídica ao sistema concorrencial” (GIANNINI et al, 2012, p. 275-276).

A utilização do critério objetivo, vinculado exclusivamente ao faturamento, e não mais à participação de mercado, conforme anteriormente previsto na Lei nº 8.884/1994, se mostrou bastante relevante para o mercado de aviação civil, na medida em que as companhias aéreas estrangeiras, que operam rotas troncais,⁵ tipicamente detêm uma participação de mercado mais significativa, o que resultava na submissão de operações que

5. Voos de longa distância tipicamente utilizados para a conexão entre origem e destino diversos, conforme mais detalhadamente exposto no parecer da Superintendência-Geral do Cade, exarado nos autos do Ato de Concentração Econômica nº 08700.004211/2016-10.

não apresentavam qualquer potencial lesivo à livre concorrência.

Seguindo adiante, o art. 90 de referida lei define as características do negócio que enquadrariam a transação no conceito de ato de concentração econômica. De acordo com mencionado dispositivo, realiza-se um ato de concentração econômica quando (i) duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; (ii) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (iii) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou (iv) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Como se observa, as hipóteses previstas nos itens (i) a (iii) anteriores envolvem a efetiva unificação ou aquisição de participação acionária entre agentes econômicos, o que como regra implica maior grau de integração e concentração dos centros decisórios e, naturalmente, demanda maior atenção dos órgãos antitruste. No que se refere ao item (iv), o tribunal do Cade aprovou, na sessão de julgamento de 18 de outubro de 2016, resolução estabelecendo regras para a notificação de contratos associativos entre empresas que preencham os critérios de faturamento da Lei nº 12.529/2011 – Resolução Cade nº 17.⁶

De acordo com mencionada resolução, são considerados “contratos associativos” quaisquer contratos com duração igual ou superior a dois anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente, o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto, e as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato. Para os fins da

resolução, “atividade econômica” é definida como a aquisição ou oferta de bens ou serviços no mercado que possa, ao menos em tese, ser explorada com propósito de lucro.⁷

Com a edição de referida resolução, tornou-se ainda mais relevante a identificação da natureza dos acordos entre companhias aéreas, bem como a posição dos agentes econômicos envolvidos no respectivo mercado relevante, para se determinar a necessidade de submissão de contratos que possam ser considerados associativos.

Apenas para que se tenha maior clareza a respeito da natureza dos acordos celebrados no âmbito do transporte aéreo internacional, sob o ponto de vista do Direito Comparado, a Comissão Europeia e o Departamento de Transportes dos Estados Unidos expediram o *Transatlantic Airline Alliances: Competitive Issues And Regulatory Approaches*,⁸ por meio do qual classificam acordos de cooperação transatlânticos entre companhias aéreas em dois tipos: táticos e estratégicos.

6. Resolução nº 17, aprovada pelo Plenário do Cade em 18 de outubro de 2016.

7. “Art. 2º - Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente:

I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e

II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.

§ 1º - Para os efeitos desta Resolução, considera-se atividade econômica a aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que, nessa hipótese, a atividade possa, ao menos em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro.

Art. 3º - Os contratos com duração inferior a 2 (dois) anos ou por prazo indeterminado devem ser notificados, nos termos desta Resolução, caso o período de 2 (dois) anos, a contar da sua assinatura, venha a ser atingido ou ultrapassado.

Parágrafo único - Os contratos previstos no *caput* devem ser notificados previamente à sua renovação, e a continuidade da sua vigência por prazo igual ou superior a 2 (dois) anos dependerá da aprovação prévia do Cade.”

8. *Transatlantic Airline Alliances: Competitive Issues and Regulatory Approaches*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/joint_alliance_report.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2019.

Nesse sentido, a Comissão Europeia e o Departamento de Transportes dos Estados Unidos sustentam que

“Air carriers enter into cooperative arrangements for a variety of reasons, and the details of those arrangements vary widely depending upon the markets in which, and the partners with whom, they cooperate. For example, carriers may want to achieve a better network reach (and thus generate additional revenue), seek to minimise risk exposure, and/or share in the risks of launching new routes or creating information technology (‘IT’) projects. While there are no definitive categories or labels, cooperation can be generally characterised as taking the form of either a ‘tactical’ or a ‘strategic’ alliance”.⁹

Como regra, alianças táticas são formalizadas para suprir uma deficiência específica nas redes das companhias aéreas e cobrem um número limitado de rotas das duas empresas, com o principal objetivo de proporcionar melhor conectividade entre as respectivas redes. As alianças estratégicas, por sua vez, resultariam em uma maior coordenação multilateral entre as companhias aéreas, a fim de criar uma rede de operação conjunta mais ampla, aplicando-se, a princípio, à integralidade das redes das empresas-membros da aliança, especialmente por meio de acordos de *codeshare*, à utilização compartilhada de programas de fidelidade, entre outras facilidades oferecidas pelas companhias.

No Brasil, a grande maioria dos casos de cooperação entre empresas aéreas julgados pelo Cade refere-se a acordos de *codeshare*, que podem en-

volver alianças táticas ou estratégicas, a depender do grau de envolvimento entre as companhias aéreas. Os acordos de *codeshare* podem ser definidos como acordos de cooperação comercial que permitem que o código de identificação de voo de uma empresa aérea seja colocado em voo operado por outra empresa aérea, com previsão de que uma empresa comercialize e emita bilhetes de voos operados pela outra empresa.

Conforme mencionado, o Cade historicamente tem analisado acordos de *codeshare*, sob a ótica do mercado relevante geográfico aplicável ao transporte de passageiros, com base na sobreposição da operação das partes rota a rota. Considerando que referidos acordos não pressupõem a coordenação das partes em variáveis como preços, capacidade e frequência de operações, ou exigem a troca de informações concorrencialmente sensíveis, para viabilizar a sua implementação, o Cade tem interpretado que acordos desta natureza não têm o potencial de lesar a livre concorrência, exceto quando são celebrados por agentes que atuem no mesmo mercado relevante – em rotas sobrepostas – e resultem em alta concentração de mercado, sem a contraposição das necessárias eficiências aplicáveis à operação.

Nessa linha, após a edição da Resolução Cade nº 17, a Superintendência-Geral do Cade decidiu pelo não conhecimento de operação envolvendo acordo de *codeshare* celebrado entre duas companhias aéreas autorizadas a operar no Brasil, ao proferir a decisão nos autos do Ato de Concentração nº 08700.002529/2017-39.

A Superintendência-Geral considerou que o acordo de *codeshare* notificado não resultaria em qualquer ingerência de uma parte sobre a outra, permanecendo cada parte do acordo livre para definir os seus preços, percebendo os respectivos resultados – como comumente visto nesta modalidade de operação. Tendo em vista que o contrato de *codeshare* não apresentaria qualquer obrigação que pudesse caracterizar o compartilhamento de

9. Tradução livre: “As companhias aéreas celebram acordos de cooperação por diversas razões, e as particularidades destes acordos variam amplamente, a depender dos mercados e com quem esses cooperam. Por exemplo, as companhias podem desejar obter um alcance melhor de rede (e, assim, gerar receita adicional), minimizar a exposição ao risco e/ou compartilhar os riscos de lançar novas rotas ou criar projetos de tecnologia da informação (TI). Embora não existam categorias ou rótulos definitivos, a cooperação pode ser caracterizada como uma aliança ‘tática’ ou ‘estratégica’”.

riscos e resultados de atividade econômica entre as partes, a operação não se enquadraria nos requisitos previstos no art. 2º da Resolução Cade nº 17/2016 e, conseqüentemente, não foi conhecida pelo Cade.

Nessa linha, considerou-se que

“no caso ora analisado, cumpre ressaltar que o requisito do inciso II do artigo 2º da Resolução nº 17/2016/Cade é preenchido pelas Requerentes, tendo em vista que ambas atuam no mercado de transporte aéreo regular de passageiros, mais especificamente, na rota São Paulo – Buenos Aires. Contudo, não há compartilhamento de riscos e resultados entre as Requerentes, o que não preenche, portanto, os requisitos estabelecidos pelo *caput* e pelo inciso I do art. 2º da Resolução nº 17/2016/Cade. Nota-se, em razão disso e da análise do contrato, que não ocorre verdadeiramente a formação de um empreendimento comum para exploração de uma atividade econômica própria”.¹⁰

É importante ressaltar, por outro lado, que a decisão destaca a existência de diferenças entre os diversos tipos de acordos de cooperação firmados entre as companhias aéreas e ressalta que, caso o contrato preveja compartilhamento de receitas e riscos, ou mesmo a possibilidade de as partes decidirem conjuntamente variáveis concorrenciaismente sensíveis, pode-se considerar que a transação seria passível de notificação ao Cade, para aprovação prévia.

De todo modo, a decisão proferida nos autos do Ato de Concentração nº 08700.002529/2017-39 certamente representa um avanço significativo na interpretação concorrenciais de contratos desta natureza e um precedente relevante para a indústria, na medida em que traz um direcionamento claro para que as empresas efetivamente avaliem as características da transação e, eventualmente, concluam pela ausência de necessidade de submissão da operação ao Cade.

No curso dos últimos anos, além dos tradicionais acordos de *codeshare* e outros acordos simila-

res,¹¹ que como regra não apresentaram potencial lesivo à livre concorrência, também foram submetidos ao Cade acordos entre companhias aéreas denominados “Joint Business Agreements”. Referidos acordos preveem um grau mais aprofundado de envolvimento entre as partes e são baseados no que é conhecido como neutralidade de metal.

A neutralidade de metal é um termo para designar operação na qual os parceiros são indiferentes quanto a quem opera as aeronaves.

A neutralidade de metal é um termo utilizado na indústria de aviação para designar operação na qual os parceiros em uma determinada aliança prestam os serviços de forma conjunta e, conseqüentemente, são indiferentes quanto a quem opera o “metal”, ou seja, as aeronaves.

Nessa linha, ao analisar o primeiro acordo envolvendo neutralidade de metal entre duas companhias aéreas, o Cade expressamente considerou que

“O presente acordo de cooperação, baseado na neutralidade de metal, possui características inovadoras em relação aos demais acordos já analisados pelo CADE, pois, apesar de não envolver transações de propriedade, mudança de controle, transferência de capital ou criação de uma nova empresa; do ponto de vista concorrenciais, extrapola os efeitos de um *codeshare* e assemelha-se a uma fusão, uma vez que permitirá a coordenação das partes em diversos aspectos, como precifica-

10. Ato de Concentração nº 08700.002529/2017-39, requerentes: TAM Linhas Aéreas e Qatar Airways.

11. Pode-se mencionar, a título de exemplo, contrato de locação de frequência de voos por meio do qual a United Airlines cedeu à US Airways 7 frequências de voos relacionados à rota Charlotte-São Paulo, apreciado nos autos do Ato de Concentração Econômica nº 08012.008252/2010-30.

ção, vendas, *marketing* e capacidade, além de prever o compartilhamento de receitas”.¹²

Em outras palavras, muito embora referido acordo tipicamente não implique a transferência de propriedade ou capital entre os respectivos agentes econômicos, ele permite às partes a coordenação de suas malhas aéreas como uma só, o que resulta em uma profunda cooperação e integração entre as operações das empresas envolvidas, de sorte que os seus efeitos são muito mais amplos do que aqueles observados em um simples acordo de *codeshare*. Passam as partes a ser capazes de ajustar suas malhas aéreas a fim de oferecer aos passageiros horários distribuídos com mais eficiência, oferecendo viagens com horários de partida/chegada mais atrativos e tornando mais fácil resgatar milhas em programas administrados pelas empresas parceiras.

Ao abordar as características típicas de acordo desta natureza, a Comissão Europeia e o Departamento de Transportes dos Estados Unidos definiram:¹³

“Integrated JVs give members of alliances the strongest incentives to cooperate on sales and pricing, because the individual carriers no longer seek to maximise their own revenue, but rather the revenue of the network. A key component of an agreement designed to achieve ‘metal-neutral-

ity is fare combinability, in which the customers are able to view fares for different segments and combine them easily into a single itinerary. Achieving fare combinability requires airlines to harmonise their fare class maps and rules. Absent an integrated alliance, airlines may not necessarily have the incentive to make these detailed changes to their pricing and selling processes because they remain focused on pricing and selling their own flights”.¹⁴

Ao avaliar o Joint Business Agreement notificado por meio do Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10, a Superintendência-Geral do Cade avaliou a estrutura das operações das partes e concluiu que

“ainda que as malhas das requerentes, de forma geral, sejam evidentemente complementares, as duas rotas onde se verifica atuação sobreposta das Requerentes representam cerca metade do faturamento, dos assentos ofertados e dos passageiros transportados pelas requerentes entre Brasil e Europa – que é a operação especificamente abarcada pelo acordo. Em outras palavras, as duas rotas com sobreposição entre as requerentes representam parte relevante do acordo”.

A Superintendência-Geral do Cade considerou que o acordo, conforme formatado pelas partes, poderia gerar riscos decorrentes de uma fusão típica, com a redução de oferta, aumento de preço e piora na qualidade dos serviços, notadamente na medida em que, após a implementação da operação, o mercado não possuiria rivalidade efetiva nas rotas entre São Paulo e Madri e entre São Paulo e Londres, com operação sobreposta, de forma a contestar o poder de mercado resultante da operação. Outro fator desfavorável foi o cenário econômico avaliado à época, que previa a redução de capacidade das companhias e uma retração do mercado, com a consequente queda na oferta de voos internacionais.

O conselheiro João Paulo de Resende ponderou, por sua vez, que uma empresa que desejasse entrar na rota direta São Paulo e Londres teria que

12. Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10, requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal (“Iberia”) e British Airways Plc.

13. Transatlantic Airline Alliances: Competitive Issues and Regulatory Approaches. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/joint_alliance_report.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2019.

14. Tradução livre: “JV integradas dão aos membros de alianças os mais fortes incentivos para cooperarem nas vendas e fixação de preços, pois as companhias individuais não buscam mais maximizar sua própria receita, mas sim a receita da rede. Um componente-chave de um acordo projetado para atingir a ‘neutralidade de metal’ é a possibilidade de combinação de tarifas, na qual os clientes podem visualizar tarifas para diferentes segmentos e combiná-las facilmente em um único itinerário. Alcançar a combinação de tarifas exige que as companhias aéreas harmonizem o mapeamento de suas classes de tarifas e regras. Sem uma aliança integrada, as companhias aéreas podem não necessariamente ter o incentivo para fazer essas mudanças detalhadas em seus processos de precificação e vendas, pois continuam focadas na tarifação e na venda de seus próprios voos”.

resolver problemas de ordem logística relacionados a barreiras de infraestrutura, na medida em que a empresa entrante necessitaria de *slots* tanto no aeroporto de Guarulhos quanto no aeroporto de London Heathrow (principal aeroporto de Londres, apto a receber aeronaves internacionais de grande porte), sendo que o último apresentaria sérias restrições de disponibilidade para operar voos diretos oriundos do ou com destino ao Brasil.

Por esse motivo, e considerando que a operação resultaria em efetivo monopólio na operação direta da rota mencionada anteriormente, sem a presença das necessárias eficiências para contrabalancear os potenciais efeitos adversos resultantes da concentração econômica pretendida pelas partes – de acordo com a interpretação do Conselho – condicionou-se a aprovação da operação à celebração de um Acordo de Controle em Concentrações, com o intuito de implementar medidas para incentivar a entrada de novos concorrentes na rota afetada, tais como a disponibilização de *slots*, a celebração de acordos *interline*¹⁵ com o potencial entrante, nas melhores condições firmadas com terceiros (exceto intra-aliança), a manutenção da capacidade de operação na rota afetada e a obrigação de as requerentes iniciarem novas rotas entre o Brasil e a Europa.

É interessante pontuar que no ano seguinte, ao analisar outra transação formatada nos mesmos moldes, com neutralidade de metal, o Cade aprovou a operação sem restrições. O Conselho considerou que, muito embora a operação conjunta das partes pudesse resultar em monopólio em certos voos diretos objeto da operação, inexisteriam barreiras de entradas significativas, especialmente restrições de infraestrutura e regulatórias.

Outro fator determinante para a aprovação da operação foi a existência de voos indiretos operados por concorrentes, que poderiam ser considerados substitutos próximos dos voos diretos operados pelas partes, o que, por conseguinte, relativizaria o poder de mercado das requerentes e aumentaria a capacidade de rivalizar dos concorrentes.

4 Considerações finais

Conforme se buscou demonstrar no curso do presente artigo, acordos de cooperação no âmbito do mercado de aviação civil são corriqueiramente utilizados pelas companhias aéreas e buscam, primordialmente, maximizar a utilização das rotas e equipamentos empregados no transporte aéreo, reduzindo o custo operacional e expandindo o leque de destinos oferecidos aos passageiros, o que resulta em economia de custos e aumento da oferta de serviços.

Acordos de cooperação no âmbito do mercado de aviação civil são utilizados pelas companhias aéreas.

O Cade já considerou que a maior gama de transações submetidas ao Conselho, notadamente acordos de *codeshare*, permite que as empresas envolvidas continuem atuando como efetivas competidoras no respectivo mercado relevante, comercializando de forma independente passagens aéreas e/ou transporte de carga, o que não implica, portanto, maiores preocupações sob o ponto de vista concorrencial.

15. Ao apresentar seu voto, o conselheiro João Paulo de Resende avaliou que “dentre esses acordos, o mais simples e padronizado é o SPA (Special Prorate Agreement), também conhecido como *interline*, que segue regulação específica da IATA, a Resolução 780/33. Segundo o *market test*, tal tipo de acordo seria suficiente para permitir a alimentação necessária à viabilização da rota. Atende, portanto, a condição de ser suficiente e simples, atributo desejável para um contrato em que uma das partes se vê obrigada a assinar. Assim, a entrante em potencial terá direito, pelos termos do ACC, a escolher 15 rotas a partir de Londres e 8 rotas a partir de Guarulhos, e terá condições de ‘nação mais favorecida’ dentre os SPAs das Requerentes firmados com outras companhias aéreas, com exceção daqueles firmados com membros da aliança OneWorld” (Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10, requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal (“Iberia”) e British Airways Plc.).

Nessa linha, o Conselho reconheceu que a combinação das redes complementares operadas pelas companhias aéreas tem o condão de gerar benefícios significativos aos consumidores, incluindo a melhoria de serviços, tarifas mais baixas e mais destinos para os viajantes internacionais.

Mesmos nas transações envolvendo um maior nível de cooperação entre as companhias aéreas, com neutralidade de metal, o Cade avaliou que as eficiências apresentadas superariam as eventuais preocupações concorrenciais resultantes da operação. Referidas preocupações acentuam-se, por outro lado, quando há uma maior concentração de mercado em rotas sobrepostas operadas pelas partes, como decorrência da implementação da operação.

Nestes casos, é importante que se avaliem, de forma pormenorizada, as características das rotas envolvidas, notadamente a substituíbilidade entre voos diretos e voos indiretos (com escala ou conexão) nas rotas a serem analisadas e também a substituíbilidade entre aeroportos situados na mesma localidade, bem como as eventuais barreiras à entrada para novos agentes econômicos no mercado relevante envolvido.

Conforme se observa nas decisões mais recentes proferidas pelo Cade, as barreiras de entrada relacionadas à infraestrutura e à regulação, no mercado de aviação, têm se reduzido no curso dos últimos anos. Sob o ponto de vista da infraestrutura, tradicionalmente vista como um desafio no Brasil, as preocupações têm sido atenuadas, em razão das privatizações, novos investimentos e re-

centes ampliações realizadas nos principais aeroportos brasileiros.

Da mesma forma, sob a perspectiva regulatória, a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) tem adotado medidas com o intuito de flexibilizar a regulação, permitindo a criação de um ambiente regulatório com mais incentivos à entrada de novos agentes e consequente aumento do nível de concorrência entre as companhias aéreas.

Em especial, consideramos que a liberdade tarifária gradualmente instituída entre 2008 e 2010, bem como a flexibilização das regras que regulavam o transporte de bagagem, notadamente com a exclusão da franquias de bagagem obrigatória, por meio da Resolução nº 400 da Anac, foram importantes passos adotados pela agência, a fim de incentivar a entrada de novos agentes no mercado.

Outro avanço regulatório que certamente irá atrair mais investimentos para as companhias aéreas brasileiras, ou mesmo a criação de novas companhias aéreas, estimulando a livre concorrência, é a redução das restrições relativas a investimentos externos em companhias aéreas brasileiras, que, com a edição da Medida Provisória nº 863/2018,¹⁶ passou a permitir 100% de capital estrangeiro nas empresas locais.

Nesse sentido, como resultado da edição de referida medida provisória, o Grupo Latam já submeteu ao crivo do Cade operação consistente na conversão de ações ordinárias em ações com direito a voto, pelo Grupo Latam, de 2,05% no capital votante da TAM Linhas Aéreas, de modo que mencionado grupo estrangeiro passe a deter, indiretamente, 51,04% do capital votante da companhia aérea brasileira.¹⁷ Referida operação não foi conhecida pelo Cade, tendo em vista o não atendimento dos requisitos previstos na Resolução Cade nº 02/2012,¹⁸ o que, sob o aspecto concorrencial, permitiu às partes seguirem adiante com a transação.

Por fim, sob a perspectiva da política externa, é importante mencionar que o Brasil e os Estados Unidos assinaram o Open Skies Agreement, internalizado por meio do Decreto nº 15/2018, o

16. Note-se que a medida provisória ainda está em análise pelo Congresso Nacional, não tendo sido convertida em lei até a data da elaboração deste artigo.

17. Ato de Concentração Econômica nº 08700.000519/2019-21 – Requerentes: LATAM Airlines Group S.A. e TAM Linhas Aéreas S.A.

18. Um dos fatores preponderantes, para resultar no não conhecimento da operação, foi a aprovação prévia, com restrições, do Ato de Concentração Econômica nº 08012.009497/2010-84, envolvendo a associação entre o Grupo TAM e o Grupo Lan, que resultou na criação da Latam Airlines Group S.A.

qual previu a eliminação de restrições de frequência, dentre outros fatores, e poderá contribuir para facilitar a entrada de novos agentes no mercado, ou mesmo o aumento da oferta das companhias aéreas que atualmente operam neste setor.

Acordos de serviços aéreos mais flexíveis vêm sendo negociados pela Anac também com autoridades de diversos outros países, especialmente no curso do último ano, a fim de permitir a ampliação das frequências operadas entre as respectivas jurisdições e a redução de restrições que hoje podem dificultar a ampliação dos agentes que atuam nos respectivos mercados.¹⁹

A redução de restrições de frequência, associada à liberdade tarifária, à flexibilização da regulação brasileira e aos investimentos resultantes das privatizações dos aeroportos brasileiros, são fatores que colaboram para a criação de condições mais favoráveis para novos entrantes e, certamente, serão levados em consideração pelo Cade ao analisar futuras transações submetidas ao crivo deste órgão. ■

19. De acordo com notícia veiculada no sítio eletrônico da Anac. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/noticias/2018/brasil-amplia-ceus-abertos-e-negocia-acordo-flexivel-com-espanha>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

Bibliografia

ATO de Concentração Econômica nº 08012.007743/2010-63 – Requerentes: Delta Airlines, Inc, Societé Air France e Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. e Alitalia – Compagnia Aerea Italiana S.p.A.

ATO de Concentração Econômica nº 08012.008252/2010-30 – Requerentes: United Air Lines e US Airways.

ATO de Concentração nº 08012.009497/2010-84 – Requerentes: TAM S.A. e Lan Airlines S.A.

ATO de Concentração Econômica nº 08700.000519/2019-21 – Requerentes: Latam Airlines Group S.A. e TAM Linhas Aéreas S.A.

ATO de Concentração Econômica nº 08700.004211/2016-10 – Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal (“Iberia”) e British Airways Plc.

ATO de Concentração nº 08700.004155/2012-81 – Requerentes: Azul S.A. e Trip Linhas Aéreas S.A.

ATO de Concentração Econômica nº 08700.005265/2017-75 – Requerentes: Delta Air Lines Inc. e Air France – KLM.

BRASIL amplia céus abertos e negocia acordo flexível com Espanha. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/noticias/2018/brasil-amplia-ceus-abertos-e-negocia-acordo-flexivel-com-espanha>>. Acesso em 25 mar. 2019. Notícia veiculada no sítio eletrônico da Anac.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GIANNINI, Adriana Franco et al. In: ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (Coord.). *Comentários à nova lei de defesa da Concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TRANSATLANTIC Airline Alliances: Competitive Issues and Regulatory Approaches. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/joint_alliance_report.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2019.

R

eflexos da Convenção de Montreal no transporte aéreo internacional no Brasil.

Marcio Souto

Diretor jurídico da United Airlines no Brasil. Diretor da Junta de Representantes das Companhias Aéreas Internacionais do Brasil, entidade que representa 35 empresas aéreas internacionais associadas para fins de estudo, defesa, coordenação e representação das empresas aéreas regulares internacionais no território brasileiro.

Sumário

1. Do histórico dos tratados internacionais de aviação civil no Brasil
2. Do impacto do não reconhecimento prévio dos tratados internacionais de aviação civil pelo Judiciário
3. Da necessidade de reconhecimento pleno da aplicação da Convenção de Montreal

Bibliografia

1 Do histórico dos tratados internacionais de aviação civil no Brasil

Quando Dimitri Sensaud de Lavaud, em 7 de janeiro de 1910, realizou o primeiro voo da América Latina com uma aeronave construída por ele, até os dias atuais, o Brasil passou a ter o segundo maior número de aeroportos em todo o mundo e, em 2018, 63.788 voos internacionais foram registrados chegando ao Brasil de todos os continentes.

Durante a evolução histórica do transporte aéreo no plano internacional e o seu respectivo crescimento ao longo do período das duas guerras mundiais, as autoridades de diversos países identificaram uma instabilidade motivada pela criação de normas de transporte aéreo diferenciadas em

cada país, o que gerava insegurança aos usuários e às transportadoras.

Após o final da Primeira Guerra Mundial, quando França e Inglaterra ainda disputavam suas diferentes correntes sobre um espaço aéreo livre ou soberano, a cidade francesa de Versailles sediou a primeira Conferência sobre Navegação Aérea Internacional com a finalidade de estabelecer normas técnicas de aviação civil e navegação aérea, além de criar a Liga das Nações Unidas, a qual precedeu a ONU.

Uma década mais tarde, a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, Convenção de Varsóvia, foi assinada por 32 países, em 12 de outubro de 1929, para definir e uniformizar, em escala mundial, as regras relativas à responsabilidade civil no transporte aéreo internacional.

Além de a Convenção de Varsóvia uniformizar os direitos e obrigações dos transportadores aéreos e dos usuários de transporte internacional, ainda foi definida a matéria de responsabilidade sobre a vida dos passageiros, lesão por acidente ou atraso nas viagens e a reparação de danos pessoais causados pela empresa transportadora.

Mesmo com as convenções ratificadas por diversos países na década de 1950, o professor da Faculdade de Direito de Paris Georges Ripert apontava os riscos de regras não uniformizadas:

“O piloto, partindo de Londres, abandonava, ao meio do Canal, o velho direito inglês, para submeter-se ao direito francês, de concepções lógicas e claras; depois, transpondo o Reno, conhecia o direito germânico, de sutis complexidades; voltando para o sul, encontrava o direito suíço, pouco favorável aos reclamos da circulação; a seguir, em poucas horas, podia ver-se exposto, sucessivamente, ao direito austríaco, ao direito checo, ao direito romeno. Linhas que o piloto nem sequer chegava a discernir, assinalavam o limite das legislações aplicáveis” (RIPERT, 1954, p. 32).

Importante destacar que a preocupação de Ripert foi destacada dez anos após a reunião de 52

nações na Conferência Internacional de Aviação Civil de Chicago, oportunidade em que também foi estabelecida a Organização de Aviação Civil Internacional (Oaci).

Existe uma notória demora para reconhecer pactos internacionais no ordenamento jurídico pátrio.

A Oaci, também conhecida por sua sigla em inglês, Icao (International Civil Aviation Organization), é uma agência especializada das Nações Unidas com 191 países-membros, com sede permanente em Montreal, Canadá, e seus principais objetivos são o desenvolvimento dos princípios e técnicas de navegação aérea internacional e a organização e o progresso dos transportes aéreos, de modo a favorecer a segurança, a eficiência, a economia e o desenvolvimento dos serviços aéreos.

Nesse sentido, há exatamente cem anos, quase 200 países reúnem seus especialistas para unificar normas de aviação civil, inclusive o Brasil, que ratificou a Convenção de Varsóvia,¹ a Convenção de Chicago² e a Convenção de Montreal.³ Nada obstante o Brasil tenha participado ativamente do processo de criação de todos os tratados de aviação civil e tenha lhes ratificado, existe uma notória demora para reconhecer pactos internacionais no ordenamento jurídico pátrio, assim como ocorreu em outros temas de relevância nacional, a exemplo de sua própria independência, da abolição da escravidão e do resgate do Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, a promulgação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁴ no Brasil foi concretizada 40 anos após sua conclu-

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

2. Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946.

3. Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006.

4. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

são, em 1969, assim como foram necessários 86 anos para que o Judiciário brasileiro reconhecesse de forma eficaz a aplicabilidade das Convenções Internacionais de Aviação Civil ratificadas.

Assim, em 25 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou o Tema nº 210 da repercussão geral e 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”.

Tal entendimento corrobora o princípio *pacta sunt servanda*, que foi positivado no ordenamento jurídico através da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e que também reconheceu os princípios do livre consentimento e da boa-fé.

Portanto, conforme o art. 27 da Convenção de Viena, que dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, bem como pela observância do Capítulo III da Convenção de Montreal, que versa sobre a responsabilidade do transportador e medida da indenização do dano, os tratados ratificados e suas disposições devem ser os únicos instrumentos para análise de responsabilidade de todas as intercorrências no transporte aéreo internacional.

2 Do impacto do não reconhecimento prévio dos tratados internacionais de aviação civil pelo Judiciário

De 1931, quando a Convenção de Montreal foi promulgada, até 2017, quando a Tese nº 210 foi fixada pelo STF, a antinomia entre os tratados internacionais e a lei civil ou de defesa do consumidor foi amplamente debatida pelo Judiciário.

No decorrer dos anos, os tribunais inferiores se mostraram favoráveis à tese consumerista, que auxilia um processo motivacional de reparações

ilimitadas, sendo responsáveis pelo desestímulo ao ânimo conciliatório. Para exemplificar, as quatro maiores empresas aéreas nacionais em operação, juntas, no ano de 2017, realizaram, em média, 2.320 voos diários. No mesmo período, receberam 63.045 processos indenizatórios de seus clientes.

Embora o número não pareça significativo se confrontado com outras indústrias no Brasil, basta uma simples comparação com outros países maduros para identificar como o impacto do Judiciário desestimula a expansão de negócios no país. Como referência, de acordo com dados da Junta dos Representantes das Empresas Aéreas Internacionais no Brasil (Jurcaib), apresentados em 2018 à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), duas grandes empresas aéreas norte-americanas operaram no Brasil, em 2017, em média, dez voos diários. Ao longo desse mesmo ano, receberam 2.859 ações judiciais relacionadas à prestação de serviços de transporte aéreo de passageiros.

As referidas transportadoras, em 2017, operaram aproximadamente 10.000 voos diários nos Estados Unidos e receberam 426 processos ajuizados por seus clientes naquele país.

Diante dos números supracitados, resta confirmado que **uma empresa aérea internacional norte-americana recebe, em média, 0,01 processo para cada 100 voos nos Estados Unidos e a mesma empresa recebe, em média, 79 processos para cada 100 voos no Brasil.**

O impacto desta avalanche de ações e do fomento da mentalidade punitiva é naturalmente dividido com toda a sociedade, criando forte desestímulo à vinda de novos operadores e incremento de oferta, uma das razões pelas quais o Brasil não está entre os 40 países que mais recebem turistas nos últimos dez anos.

A comprovar tal assertiva, a Associação Internacional de Transporte Aéreo (Iata) divulgou recentemente (www.iata.org/economics) que o lucro médio das empresas aéreas por passageiro na América Latina foi de US\$ 1,57 em 2017 e US\$ 1,41 em 2018.

Se as duas referidas empresas norte-americanas receberam o total de 2.859 demandas judiciais ao custo aproximado de US\$ 1.300,00 por ação, o impacto do contencioso cível para apenas duas empresas internacionais, em operação no Brasil, é de aproximadamente R\$ 14.109.000,00 por ano.

Os dados estatísticos da Anac (<http://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>) demonstram que as duas empresas aéreas em referência transportaram 1.363.418 passageiros em voos entre o Brasil e os Estados Unidos, em 2017, o que representou um custo diluído por passageiro/voo de R\$ 10,34, ou seja, duas vezes maior que o lucro médio por passageiro na América Latina.

Importante ressaltar que os equipamentos utilizados, os treinamentos, a atenção ao cliente e os serviços fornecidos são os mesmos no Brasil e no exterior, com a ressalva de que o Departamento de Transporte dos Estados Unidos não exige assistência material ao passageiro nos casos de força maior – aliás, em praticamente nenhum outro local do mundo –, enquanto as normas brasileiras ainda exigem.

Se o mencionado impacto ainda parece exagerado, desde que o Brasil autorizou as empresas aéreas nacionais a terem participação ilimitada de capital estrangeiro e promulgou o acordo de céus abertos entre o Brasil e os Estados Unidos, nenhuma empresa aérea internacional investiu em empresas aéreas nacionais e nenhuma nova rota foi criada entre o Brasil e os Estados Unidos.

Ao contrário do acima mencionado, desde que as duas medidas entraram em vigor, o único anúncio relevante no mercado aéreo nacional foi o pedido de recuperação judicial da Avianca Brasil.

Quando pensamos na aviação em países maduros, na concepção da aviação civil, é simples identificar empresas aéreas que são parte de sua identidade, como a Air France, TAP, British Airways, Lufthansa, United Airlines, Aerolíneas Argentinas, Copa Airlines e muitas outras que operam por décadas para estimular o turismo dos seus países-sede.

A história das empresas aéreas nacionais, que eram embaixadoras do Brasil no exterior, mostra outra realidade, como a Varig, Vasp, Transbrasil, Cruzeiro do Sul, BRA, Pantanal e Webjet Linhas Aéreas, as quais deixaram de operar em decorrência do alto custo operacional, excesso de regulação e exposição ao risco jurídico desproporcional a qualquer outro país.

O Brasil ainda é o único país signatário de Montreal que regula assistência material para voos cancelados por força maior.

Para evitar a discussão de que a gestão destas empresas nacionais poderia ser o motivo de relevância para o fim de suas operações, é importante lembrar que grandes empresas aéreas internacionais também deixaram de operar no Brasil em decorrência dos mesmos riscos e custos, como a Singapore, Korean Air, Sabena, Japan Airlines, Iraqi Airways, El Al, Aeroflot, Scandinavian, Etihad Airways, Aerosur, Tame, entre outras.

Isso explica a razão de o turismo representar 10,4% do PIB mundial e apenas 3,6% do PIB nacional.

O Brasil ainda é o único país signatário de Montreal que regula assistência material para voos cancelados por força maior (Resolução nº 400 da Anac). Isso significa que, se a projeção de lucro médio de uma empresa aérea na América Latina é de US\$ 2,14 por passageiro, e o Aeroporto de Guarulhos permanece fechado por mau tempo por mais de duas horas, por exemplo, o fornecimento de refeição representará um custo aproximado de cinco vezes o valor do lucro médio por passageiro.

Além do Judiciário, atualmente, as empresas aéreas respondem por demandas de reclamações através de nove canais de atendimento ao consumidor regulados no Brasil, sem considerar os demais canais criados pela própria empresa aérea

como as redes sociais, *chat*, autoatendimento, balcão presencial nas chegadas dos voos e outros.

Apenas a título de comparação, a comercialização do contrato de transporte pode ser feita através de três modalidades, quais sejam: a) canais eletrônicos (*sites*); b) lojas físicas; e c) agências de viagem, enquanto que, para formalizar eventuais insatisfações quanto ao cumprimento do contrato de transporte, existem 200% mais canais de escolha do passageiro, quais sejam: atendimento eletrônico; SAC (Decreto nº 6.523/2008); atendimento presencial (Resolução nº 400 da Anac); consumidor.gov.br (por determinação da Anac); livro de reclamações no Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 6.613/2013); Procon; Núcleos Regionais de Aviação Civil (Nurac) (Anac); Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania; e Juizados Especiais Cíveis nos aeroportos.

Nesse viés, o excesso de regulação e proteção ao consumidor somente é eficaz se os princípios do livre consentimento, da boa-fé e a regra *pacta sunt servanda* são efetivamente respeitados.

Ao contrário disso, a receita brasileira, que ainda segue os mesmos princípios viciados do período de sua colonização, quando foi valorizada a obtenção de vantagem sem contrapartida, somada à histórica demora para o Brasil se adequar ao resto do mundo e, principalmente, de reconhecer de forma eficaz seus tratados, é o principal ingrediente para abarrotar o Judiciário com requerimentos indenizatórios vistos pela comunidade mundial como irracionais.

3 Da necessidade de reconhecimento pleno da aplicação da Convenção de Montreal

Após 27 anos de discussões relativas à antinomia entre as convenções internacionais que regulam o transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em 25 de maio de 2017, o STF cessou a ruptura do princípio *pacta sunt*

servanda, através de reiteradas decisões equivocadas dos tribunais inferiores, e reconheceu que a norma inscrita no art. 178 da Carta Magna legitimaria a precedência das convenções internacionais de aviação civil sobre o CDC.

Portanto, desnecessário nesse trabalho defender qual instituto rege o transporte aéreo internacional, uma vez que o Tema nº 210 do STF determinou, com repercussão geral, a aplicação das normas dos tratados internacionais ratificados no Direito interno e afastou outros dispositivos infraconstitucionais que lhes forem contrários, vejamos:

“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”.

Embora a origem da demanda que reconheceu a repercussão geral fosse a indenização por danos materiais e morais decorrentes de extravio de bagagem em viagem aérea internacional, a questão central da discussão foi a antinomia entre os tratados internacionais e a lei interna de defesa do consumidor, sendo que a conclusão do STF foi a de que os tratados internacionais têm prevalência em relação ao CDC.

Contudo, após a publicação do referido tema, os tribunais inferiores ainda não chegaram ao consenso entre a prevalência dos tratados internacionais de forma integral e continuam a ignorar o fundamento da decisão, o princípio do *pacta sunt servanda*, notadamente com relação aos danos morais.

A introdução do Decreto nº 5.910/2006, que promulga a Convenção de Montreal no Brasil, reconheceu a necessidade de uma indenização equitativa, fundada no princípio da restituição.

O art. 29 da Convenção de Montreal esclarece o fundamento das reclamações e determina que

“toda ação de indenização de danos somente poderá iniciar-se sujeita a condições e limites de

responsabilidade como os previstos na presente Convenção” e “em nenhuma das referidas ações se outorgará uma indenização punitiva”.

Embora a antinomia em discussão devesse ter sido superada após a publicação do Tema nº 210, a jurisprudência predominante ainda utiliza o caráter punitivo-pedagógico na fundamentação dos danos morais, o qual não tem previsão na Convenção de Montreal, além de a indenização punitiva não ser permitida neste instrumento.

Não se pode olvidar que o conceito de especialidade determinado no art. 178 da Constituição Federal afasta a incidência do art. 14 do CDC, já que o Capítulo III da Convenção de Montreal estabelece a “Responsabilidade do Transportador e Medida da Indenização do Dano”.

A jurisprudência predominante ainda utiliza o caráter punitivo-pedagógico na fundamentação dos danos morais.

O referido capítulo versa sobre a responsabilidade por morte e lesão dos passageiros ou dano à bagagem, dano à carga; atraso de passageiro, bagagem ou carga; dispõe das respectivas excludentes e estabelece limites indenizatórios.

Com relação aos limites indenizatórios de bagagem ou carga, é importante esclarecer que o passageiro ou o expedidor da carga pode entregar uma declaração especial de valor e pagar uma quantia suplementar para garantir uma indenização material integral no caso de extravio (art. 22, incisos II e III, da Convenção de Montreal).

A referida previsão comprova que o contrato de transporte aéreo não limita o valor indenizatório para bagagem ou carga, mas, ao contrário, autoriza o contratante a escolher entre um valor presumido contratualmente e já incluso no valor do bilhete de passagem ou do conhecimento aéreo; e, ainda,

declarar valor diferenciado mediante pagamento suplementar que garante a indenização integral.

Um paradigma para essa modalidade de contrato é o transporte de correspondência pelos Correios, o qual esclarece, em seu contrato, que não será paga indenização para o transporte de objeto com valor mercantil não declarado no ato da postagem.

Embora a Convenção de Montreal não apresente lacunas que demandam a aplicação de outras leis e considerando que a antinomia com o CDC foi resolvida, não existem justificativas coerentes para as interpretações diversas dos tribunais sobre os efeitos do julgamento do Tema nº 210 pelo STF por supostos litígios pendentes, afinal, o que foi determinado é que “as Convenções de Varsóvia e Montreal têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor” sem margem para parcialidade.

Atualmente, 136 países são signatários da Convenção de Montreal de 1999 e, embora em muitos desses países exista a previsão a respeito da possibilidade de indenização por dano moral, sendo que dentre estes os Estados Unidos são os mais abrangentes sobre o tema, o Brasil é o único que ainda não adotou o entendimento de que a lei especial exaure todas as previsões de indenização previstas no transporte aéreo internacional.

Como já demonstrado, em média, uma empresa aérea norte-americana recebe 0,01 processo para cada 100 voos nos Estados Unidos, onde a abrangência de aplicação dos danos morais é considerada ampla, e a mesma empresa recebe 79 processos para cada 100 voos no Brasil.

Nesse sentido, é patente que o Brasil não observa o princípio *pacta sunt servanda* por aplicar duas leis para o mesmo fato, além de banalizar o dano moral assim como Schuch (2012, p. 85) aduz:

“A existência de um mercado latente envolvendo o dano moral é um fato, e as deformações do instituto penalizam não só os segmentos econômicos fortes como indústria e o comércio, mas principalmente os pequenos empresários, verdadeiros heróis anônimos que, com coragem e contrariando

todas as dificuldades da complexa economia brasileira, permanecem em atividade e à mercê de ações indenizatórias descabidas, por vezes capazes de fazer sucumbir um sonho, uma ideia, um negócio promissor e gerador de empregos e renda”.

A banalização e incorreta aplicação do dano moral no transporte aéreo no Brasil inverteram o sentido da indenização para oportunidade, notadamente em pequenos atrasos de voo ou extravio temporário de bagagem, quando consumidores passam a criar expectativa de ganhos e abarrotam o Poder Judiciário com processos que buscam exclusivamente um enriquecimento sem causa.

Em paralelo à Convenção de Montreal, a Anac regulou as condições gerais de transporte através da Resolução nº 141, de 2010, e atualizou a mesma, em 2016, através da Resolução nº 400, quando incluiu os direitos dos passageiros e obrigações das empresas aéreas nas hipóteses de atrasos, cancelamentos, preterições, extravios de bagagem e alteração contratual pela empresa aérea com a finalidade de dar transparência quanto aos direitos dos usuários de transporte aéreo.

Embora exista uma evolução nos últimos anos, destacadamente com o Tema nº 210 do STF, com a Resolução nº 400/2016 da Anac e com o estímulo à adoção de meios conciliatórios, como o SAC das empresas e o portal Consumidor.gov.br, o passageiro ainda opta por distribuir uma ação judicial sem antes buscar uma solução alternativa, notadamente em decorrência de notícias de generosas indenizações que raramente seriam oferecidas extrajudicialmente.

O único caminho razoável no transporte aéreo para que a máquina pública seja acessada com eficiência seria seguir o modelo adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Projeto

“Solução Direta-Consumidor”, que estabeleceu uma parceria realizada entre o Poder Judiciário gaúcho e a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, objetivando a solução alternativa de conflitos de consumo, no intuito de, assim, evitar o ajuizamento de um processo judicial, sem qualquer custo e em curto prazo.

Em caso de insucesso na composição, o histórico da tentativa de solução poderá ser extremamente útil na hipótese do ajuizamento de uma demanda judicial, como indicativo de demonstrar a pretensão resistida por parte do fornecedor, oportunidade em que o Judiciário, identificado algum descumprimento contratual ou ato ilícito previsto na Convenção de Montreal, pode aplicar o dispositivo legal correspondente.

Importante lembrar que a proteção às relações de consumo foi construída nos anos 1990 para cessar a abusividade de fornecedores de produtos e serviços, o que ocorreu com sucesso. Em contrapartida, fomentou a intolerância do consumidor, que ignorou o ânimo conciliatório motivado por oportunidades de indenização que desmotivam empresas aéreas a operarem no país por insegurança jurídica e um custo desproporcional em comparação aos outros 130 países signatários da Convenção de Montreal.

Finalmente, embora o Tema nº 210 represente um grande avanço às relações de consumo, ainda é necessário reconhecer que toda ação indenizatória por danos ocorridos no transporte aéreo internacional somente poderá iniciar-se sujeita a condições e limites de responsabilidade, como os previstos na Convenção de Montreal, para garantir a eficácia da decisão que determinou sua prevalência em relação ao CDC. ■

Bibliografia

RIPERT, Georges. *Compendio de derecho marítimo*. Tradução de Pedro G. San Martín. 4. ed. Buenos Aires: Tea, 1954.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. *Dano Moral imoral: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

O *code-sharing* e a boa-fé objetiva.

Aspectos polêmicos e considerações propositivas.

Marco Fábio Morsello

Juiz de Direito assessor do Gabinete Civil da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor doutor em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor da Escola Paulista da Magistratura. Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). *Visiting Professor* (Università di Sassari, Itália). Professor convidado da Universidade de Lisboa, Universidad de Buenos Aires, Universidad de Málaga, Espanha, Universidade Lazarski, Varsóvia, e Université de Lyon III Jean Moulin, França. *Visiting researcher* das Universidades La Sapienza (Roma) e McGill (Montreal). *Miembro plenario e correspondente* no Brasil da Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (Alada). Membro efetivo da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (SBDA).

Sumário

1. Considerações preliminares. Razões determinantes da colaboração interempresarial no transporte aéreo. A perspectiva econômica
2. O *code-sharing*. Caracterização. Vantagens. Problemáticas correlacionadas com o necessário implemento do princípio da boa-fé objetiva e repercussões na seara da responsabilidade civil. Apreciações críticas
3. Considerações conclusivas e propositivas

Bibliografia

1 Considerações preliminares. Razões determinantes da colaboração interempresarial no transporte aéreo. A perspectiva econômica

Como é cediço, a colaboração interempresarial inequívoca e crescente entre transportadores aéreos, visando a ganhos em escala competitiva no mundo globalizado, gera reflexos na seara da responsabilidade civil, máxime tendo em vista o amplo leque de alianças existentes, com sinergia escudada em racionalização de funções, por vezes estranhas ao usuário do transporte aéreo, que se confronta com dificuldades, diante da ocorrência de dano-evento, para fins de efetiva determinação do responsável.

Com efeito, dentre as várias formas encontradas para a operacionalização da mencionada

colaboração, dá-se especial destaque para o *code-sharing*, na medida em que, perante o usuário, impor-se-á efetiva verificação do implemento dos deveres anexos ou laterais (*Nebenpflichten*), ínsitos à boa-fé objetiva, no que concerne à ampla informação e esclarecimentos respectivos. A partir disso, haverá apreciação das problemáticas acarretadas pela referida figura, na seara da responsabilidade civil.¹

Cumpre destacar, no entanto, as causas do fomento inquestionável da colaboração interempresarial.

Com a sofisticação tecnológica das aeronaves e o incremento correlato do fator segurança, houve aumento substancial do preço real daquelas. E, embora se argumente que ocorreu ampliação da oferta de assentos, principalmente no âmbito das aeronaves de fuselagem larga, houve necessidade de expansão das frotas diante da demanda crescente, que massificou, ao menos no Primeiro Mundo, essa forma de transporte.

A realidade competitiva, com a paulatina desregulamentação do setor e a livre fixação de tarifas, impôs a racionalização de custos como forma de sobrevivência no mercado. Notou-se, outrossim, com base nos efeitos da globalização, que os ganhos de escala seriam benéficos, com fulcro na consecução de alianças estratégicas, aptas a segmentar serviços e despesas, sem descurar receitas.

Ulterior concausa coadunou-se com maior integração econômico-política entre nações vizinhas, dando gênese, *e.g.*, à formação de consórcios entre companhias de determinados países, destacando-se, *e.g.*, a Scandinavian Airlines (SAS, integrada por capitais privados, bem como por companhias da Suécia, Dinamarca e Noruega), ou até mesmo de companhias multinacionais, como ocorreu com a Air Afrique – atualmente sob regime de liquidação, iniciado em fevereiro de 2002 – criada pelo Tratado de Yaoundé (Repú-

blica de Camarões), celebrado em 28 de março de 1961, que surgiu de negociações entre ex-colônias francesas e a antiga metrópole, visando regulamentar os direitos de tráfego.

No continente europeu, destaca-se o intercâmbio entre companhias aéreas quanto às funções de especialização para manutenção de determinadas aeronaves, sob os sistemas Atlas e KSSU. A utilização conjunta de sistema computadorizado de reservas evidencia outra forma de colaboração, com importantes repercussões no que se refere à responsabilidade civil.

A realidade competitiva impôs a racionalização de custos como forma de sobrevivência no mercado.

Sem prejuízo das mencionadas iniciativas, vislumbrou-se, a partir dos anos 1970, com a crise do petróleo, a necessidade premente de uma pronunciada redução de custos, o que fomentou, então, a realização de acordos entre companhias aéreas visando ao compartilhamento de mesma aeronave, divisão de custos e receitas, racionalizando o serviço.

Ademais, nos anos 1980 e 1990, com a desregulamentação mercadológica, a racionalização de serviços cresceu sensivelmente, ensejando o nascedouro de alianças estratégicas não só para o compartilhamento de determinados voos e milhagens aéreas, como também para efetiva sinergia, propiciando integração de rotas, em rápidas conexões, por meio de terminais integrados, e possibilitando, destarte, maior oferta aos usuários, sem aumento proporcional de custos.

De fato, especial destaque, nesta seara, teve gênese no pioneirismo da aliança entre as companhias KLM (de bandeira holandesa) e Northwest (Estados Unidos da América). Posteriormente,

1. Nesse sentido, Marco Fábio Morsello (2006, p. 241-243).

surgiram outras alianças de alcance global inequívoco, fomentando a integração de rotas, assistência aos passageiros em terra e integração de milhagens – sem prejuízo da ampla utilização do *code-sharing* –, e portanto racionalizando custos diante da árdua realidade competitiva.²

Abordados os aspectos econômicos, cumpre tecer considerações no âmbito jurídico, particularizando o *code-sharing* e seus efeitos na seara da responsabilidade civil.

2 O *code-sharing*. Caracterização. Vantagens. Problemáticas correlacionadas com o necessário implemento do princípio da boa-fé objetiva e repercussões na seara da responsabilidade civil. Apreciações críticas

O *code-sharing*, da mesma forma que outras modalidades de colaboração interempresarial no transporte aéreo, tem aumentado e crescido em importância, acompanhando a globalização econômica, bem como a realidade competitiva do referido mercado, que se revela cada vez mais acirrada. Tendo em vista que sua aplicação não se limita a mera propaganda ou operação técnica, é curial que a difusão respectiva dá azo à necessidade de regulamentação de alguns aspectos.

Perfilhando os ensinamentos de Jan Ernst C. de Groot, a cuja tradução livre ora procedemos, entendemos que o *code-sharing* “é o acordo por meio do qual um transportador aéreo utiliza seu código identificador de duas ou três letras, em voos operados por outro transportador”.³

O *code-sharing* poderá, portanto, apresentar várias formas, sendo, em essência, o acordo por meio do qual dois ou mais transportadores, cada um sob seu código de identificação próprio ou combinado e/ou número de voo próprio ou combinado, vendem assentos de um mesmo voo, que é efetuado pelo parceiro operacional, sendo o outro integrante denominado *code-sharing partner*.

Os acordos de *code-sharing* poderão denotar, outrossim, caráter recíproco, ou seja, as companhias participantes inserem seus códigos em voos em conexão operados pelo parceiro, o que se operacionalizará por meio da inserção do código de identificação (e mesmo número de voo) para ambos os voos, de modo que o *code-sharing partner* ficará apto a comercializar e vender ambos os voos, como se a conexão fosse do mesmo transportador (*on-line*), em vez de se escudar em conexão entre transportadores diversos.⁴

O *code-sharing* geralmente se instrumentaliza por meio de cláusula fixada em acordo entre companhias aéreas, sendo relevante acrescentar, perfilhando entendimento de Jan de Groot, que o termo *code-sharing*, por meio de interpretação gramatical, não condiz com a realidade fática, na medida em que não se trata de compartilhar o código propriamente, mas o voo, isto é, a capacidade da aeronave.⁵

Na prática diuturna do *code-sharing*, este poderá, por exemplo, abranger um transportador principal, compartilhando seu código com transportador *feeder*, de menores dimensões econômicas, que procede ao transporte em conexão para rotas de baixa ou média intensidade. Afigura-se, no entanto, mais frequente a celebração de acordos entre dois ou mais transportadores internacionais, para a consecução de voo internacional, em

2. Nesse sentido: Marco Fábio Morsello, op. cit., p. 242; Stefano Zunarelli e Michele M. Comenale Pinto (2016, p. 266-267); Mario O. Folchi (2015, p. 589-590).

3. De Groot (1994, p. 62-74), observando, por outro lado, que o Departamento de Transportes dos Estados Unidos da América refere-se ao uso de um único código de identificação de transportador por dois ou mais transportadores. No mesmo diapasão, segue o entendimento dos seguintes doutrinadores: Mário O. Folchi (1998, p. 18-19), preconizando que: “El código compartido es el contrato entre dos transportistas aéreos por el cual ambos comercializan un o más vuelos que son operados por uno solo de ellos, utilizando conjuntamente sus dos códigos internacionales de individualización”; Marina Donato (1998, p. 9-16); Luis Ugarte Romano (1998, p. 73-81); Ernesto Vásquez Rocha (1998, p. 83-90); Norberto E. Luongo (2009, p. 581-582); Carlos Alberto Neves Almeida (2010, p. 644); Ricardo Bernardi (2012, p. 26-35).

4. Nesse sentido, Jan de Groot, op. cit., p. 62-63.

5. Cf. idem, ibidem, p. 62-63.

regime de cooperação, ou por meio de serviços de conexão, utilizando o mesmo código, ou permitindo o acréscimo de código ulterior àquele do operador da aeronave, efetivo transportador de fato.⁶

Visando perquirir sua caracterização jurídica, deduz-se que se afigura inconfundível com o *pool* de serviços, na medida em que, contrariamente às aparências, no *code-sharing* somente uma companhia aérea efetua, concretamente, o transporte, ao passo que a outra, nos termos da referida forma de colaboração interempresarial, utiliza os serviços daquela para o embarque dos passageiros, com quem pactuou a avença de transporte.⁷

Não se trata, ademais, de fretamento, uma vez que, no *code-sharing*, ambas as companhias figuram como prestadoras de serviço, visto que o mesmo voo, ou parte deste, é identificado como realizado pelo transportador de fato, bem como pelo *code-sharing partner*, ainda que perante o usuário emergjam duas linhas (sobre o mesmo percurso e no mesmo âmbito temporal), das quais são titulares distintas companhias, que aparecem como

transportadores nos bilhetes aéreos que cada uma emite em seu próprio nome.⁸

Outrossim, não se confunde com as figuras do intercâmbio de rotas ou de aeronaves, já que, distintamente destas e considerando suas várias formas, geralmente dá azo à incerteza por parte do usuário, no que concerne ao sujeito responsável, diante de omissão ou inexata execução da prestação pactuada no bilhete aéreo, desde o momento em que ambas as companhias, com as quais o passageiro entra em contato, se identifiquem, a seu ver, como um único sujeito responsável, sob o mesmo código de identificação de voo, ou, ao revés, desde que se encontre diante de duplo código de identificação para a consecução operacional de serviço único, elidindo, ademais, a inserção sob o *status* de transporte sucessivo.⁹

No *code-sharing*, ambas as companhias figuram como prestadoras de serviço.

Silvio Busti considera o *code-sharing*, diante das múltiplas controvérsias a respeito de sua caracterização jurídica, um subtransporte, na medida em que, concretamente, apenas uma companhia aérea efetua o transporte, ao passo que a outra se utiliza do acordo para o embarque dos passageiros com quem pactuou o contrato de transporte. Tratando-se de transporte aéreo internacional, seriam aplicáveis os ditames das Convenções de Varsóvia e de Guadalajara, ou da Convenção de Montreal nos países em que esta já esteja em vigor, impondo-se, na hipótese de dano-evento, responsabilidade solidária entre o transportador contratual e aquele de fato.¹⁰

Cumprindo observar que, sob o aspecto econômico, a racionalização dos custos para as companhias aéreas integrantes do acordo é inquestionável, na medida em que propicia atendimento à demanda, sem a duplicação de custos advindos da

6. Nesse sentido: Organização de Aviação Civil Internacional, em informações prestadas no tema “Code-sharing – executive summary”. Disponível em: <<http://www.icao.int/icao/en/atb/ecp/c269-executive.htm>>. Acesso em: 3 e 4 mar. 2019, p. 1-4; Silvio Busti (2001, p. 526-533); Videla Escalada (1996, p. 474-475); Jan Ernst C. de Groot, op. cit., p. 62-74. Cumpre observar que, segundo a IATA Passenger Service Conference Resolution nº 762, o código de identificação de uma companhia aérea, utilizado para reservas, horários de voos, telecomunicações, bilhetagem, documentação de carga, documentação legal, tarifas e para outros propósitos comerciais e de cargas, é formado por duas ou três letras, ao passo que o número do voo é representado por sequência de três ou quatro números arábicos, **emergindo, pois, a importância do dever de informar e esclarecer ao usuário**, no âmbito dos deveres anexos ou laterais insitos ao princípio da boa-fé objetiva, aplicáveis desde a fase pré-contratual.

7. Nesse sentido, Silvio Busti, op. cit., p. 527-528.

8. Cf. idem, ibidem, p. 527. No mesmo sentido, Jan de Groot, op. cit., p. 62-63.

9. Nesse sentido, Silvio Busti, op. cit., p. 526-527.

10. Op. cit., p. 527-528. Anote-se, por oportuno, que a Convenção de Montreal se encontra em pleno vigor no Brasil, como diploma substitutivo do denominado Sistema de Varsóvia. De fato, mencionada convenção foi celebrada em Montreal em 28 de maio de 1999, tendo sido aprovada em nosso país pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 59, de 18 de abril de 2006, e promulgada pelo Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006.

disponibilização exclusiva de aeronaves e pessoal. No entanto, nota-se que referido fomento, em regra, não se configura por meio de aumento geral da demanda na rota, mas na preponderância diante de concorrentes, que apresentam diminuição proporcional do tráfego.¹¹

Para os países em via de desenvolvimento, a racionalização gerada propicia subsistência de oferta de serviços em rotas de baixa demanda, a custos mínimos, o que, no entanto, não tem o condão de desnaturar sua regulamentação, visando elidir práticas abusivas diante de outros possíveis concorrentes.¹²

Na seara da responsabilidade civil, sustentamos a responsabilidade do operador da aeronave (transportador de fato), sem prejuízo da responsabilidade contratual daquele com quem o usuário pactuou o transporte, originalmente.¹³

Nesse aspecto, aliás, preocupa-nos, sobremaneira, o implemento dos deveres anexos de ampla informação e esclarecimentos ao usuário, que se inserem no princípio da boa-fé objetiva, ou seja, uma regra de conduta que consiste no dever de agir de acordo com os padrões (*standards*) socialmente reconhecidos de lisura e lealdade. Ademais, referido dever de agir, como regra de conduta, de-

nota inserção nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.¹⁴

Cumpre ressaltar, outrossim, que a boa-fé objetiva contrapõe-se à subjetiva, que nada mais é, consoante escólio de Antonio Junqueira de Azevedo, do que “um estado interior ou psicológico relativo ao conhecimento, ou desconhecimento, e à intenção ou falta de intenção de alguém”. Referido autor acrescenta, outrossim, que propicia uma “dulcificação” do comportamento contratual (AZEVEDO, 1992, p. 79).

A relevância do princípio coaduna-se com as funções desempenhadas, nas searas interpretativa, supletiva e corretiva.

A primeira função, como é cediço, revela-se na interpretação do próprio contrato.

A segunda explicita direitos e deveres anexos, acessórios ou laterais das partes, elencados, com percuciência, pela doutrina germânica (*Nebenpflichten*).¹⁵ De fato, sendo o contrato fonte imanente de conflitos de interesse, deveria ser guiado e, mais ainda, guiar a atuação dos contraentes, conforme o princípio da boa-fé nas relações, sob pena de sanção, na hipótese de descumprimento. Emergem, *e.g.*, os deveres de ampla informação, esclarecimentos, advertência, sigilo,

11. Cf. Organização de Aviação Civil Internacional, Code-sharing – executive summary. p. 1-4. Disponível em: <<http://www.icao.int/icao/en/atb/ecp/c269-executive.htm>>. Acesso em: 3 e 4 mar. 2019.

12. Nesse sentido, Organização de Aviação Civil Internacional, Code-sharing – executive summary, cit., p. 2.

13. Nesse sentido: Silvio Busti, op. cit., p. 526-533; Mario O. Folchi (2015, p. 583); Klaus Günther (1997, p. 8-13); Christoph Schaefer (2017, p. 138-139); Mark Franklin (1999, p. 128-133); Christian Conti (2001, p. 4-19). Na seara jurisprudencial, aliás, há julgado emanado da República Federal da Alemanha, proferido pelo Oberlandesgericht de Frankfurt, de 5 de agosto de 2005 (Proc. nº 19 U5705), *Air and Space Law*, cit., v. 31, n. 4-5, p. 333, que se refere a um passageiro que efetuara viagem entre Durban, via Johannesburg, com destino a Frankfurt, tendo contratado os serviços da South African Airways. No entanto, o transportador de fato fora a Lufthansa. Desse modo, chegando a Johannesburg, dirigiu-se ao balcão da South African, aguardando na fila por uma hora. Quando, finalmente, foi atendido, disseram-lhe que deveria dirigir-se ao balcão da Lufthansa, localizado a considerável distância nas dependências do aeroporto. Sucede que, chegando ao local, o portão já estava fechado. Assim, requereu devolução integral do valor pago pela passagem, o que foi acolhido, ➔

➔ visto que o tribunal concluiu que “o transportador contratual não cumpriu o dever de informação impositivo ao usuário do transporte, acrescentando, ademais, que o passageiro que tenha efetuado reserva em voo sob *code-sharing* com o transportador contratual, presumirá que este será o transportador de fato, a menos que seja informado de que o voo será realizado por outro transportador (de fato)”.

14. Nesse sentido, com ampla análise da boa-fé no Direito Civil, abarcando a boa-fé como regra de conduta, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1997, p. 632-661). No mesmo sentido: Judith Martins-Costa (2016, p. 222-228); Guido Alpa (1993, p. 296-304); Jacques Ghestin (1988, p. 200-205), destacando o dever de lealdade ínsito ao referido princípio; Marco Fábio Morsello (2008, p. 295-310), inclusive, procedendo à análise e necessária aplicação do indigitado princípio, ora erigido ao *status* de efetiva cláusula geral, às hipóteses de colaboração interempresarial caracterizadoras do *code-sharing* (p. 305-306); Laerte Marrone de Castro Sampaio (2004, p. 25-32).

15. Nesse sentido, Esser e Schmidt (1975, p. 39-42), dando conta do alcance dos referidos deveres, inclusive na seara pré e pós-contratual (*Vor und nachvertragliche Pflichten*).

cuidado, colaboração, proteção, possibilitando, ademais, a nosso ver, dentro da função supletiva, a supressão de lacunas.¹⁶

A terceira função assegura a denominada proteção à parte mais fraca, por meio do controle judicial de cláusulas abusivas, marcando, pois, os limites dos direitos que o credor tem a faculdade de exercer contra o devedor, propiciando, portanto, dulcificar diversas categorias de exercício abusivo de direitos. Emerge, na referida seara, *e.g.*, o microsistema tutelador do consumidor, no âmbito da mudança do paradigma do Direito Privado.¹⁷

Por via de consequência, como preceitua Cláudia Lima Marques, “o princípio da boa-fé é, portanto, um princípio limitador da autonomia da vontade e um elemento criador de novos deveres contratuais”.¹⁸

A mesma preocupação ora mencionada foi retratada em conferência perante a Organização de Aviação Civil Internacional (Oaci), dando gênese à edição da Recomendação ATRP/9-6, por meio da qual o painel de debates sugere a adoção pelos Estados das medidas legais necessárias, a fim de que os consumidores possam ser informados e protegidos no que concerne aos voos operados em *code-sharing*, a partir de seus territórios, fixando como parâmetros mínimos as seguintes condutas: a) informação oral e, se possível, por escrito, na fase pré-contratual, por ocasião da reserva da

passagem; b) informação sob forma escrita no próprio bilhete ou, não sendo possível, no bojo do itinerário documentado, ou qualquer outro documento substitutivo, abrangendo, *e.g.*, a confirmação escrita do voo. Referida informação por escrito deverá incluir dados para contato, na hipótese de eventuais problemas, bem como esclarecer a companhia aérea responsável na hipótese de dano ou acidente; c) ulteriores informações orais, por parte de aeroviários das companhias aéreas subscritoras do acordo, durante todas as etapas do itinerário inserido na passagem.¹⁹

A nosso ver, a Portaria nº 070/DGAC revela incompletude e necessidade premente de atualização.

Nesse contexto, a nosso ver, a Portaria nº 070/DGAC, de 11 de fevereiro de 1999, que regula a matéria em nosso país, revela incompletude e necessidade premente de atualização, máxime no que concerne às sanções derivadas do não implemento do amplo dever de informação e esclarecimentos ao usuário do transporte, premissa inconfundível com a mera disponibilidade do acordo interempresarial em sede de sistemas computadorizados de reservas (CRS).

Tal entendimento tem esteio em paradigmas advindos notadamente do Estados Unidos da América e da União Europeia, à luz do constante aperfeiçoamento da matéria visando a efetiva tutela do consumidor aderente, com ampla informação e esclarecimentos aptos a albergar a não incomum modificação do efetivo transportador de fato, no interstício temporal compreendido entre a aquisição da passagem e embarque.

Com efeito, no âmbito da União Europeia, a problemática correlacionada com os deveres anexos de ampla informação prévia ao usuário foi

16. Nesse sentido: Cláudia Lima Marques (2011, p. 242-248); Antônio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 604-616; Judith Martins-Costa, *op. cit.*, p. 222-228; Marco Fábio Morsello, *op. cit.*, p. 295-310; Laerte Marrone de Castro Sampaio, *op. cit.*, p. 64-72.

17. Nesse sentido, Alberto do Amaral Jr. (1993, p. 62-69, 93-101). No mesmo diapasão, no que concerne à função de controle do conteúdo (*Inhaltskontrolle* das condições gerais do contrato), Karl Larenz (1989, p. 560-9).

18. *Op. cit.*, p. 243. No mesmo sentido, Judith Martins-Costa, *op. cit.*, p. 692-693.

19. Nesse sentido, Organização de Aviação Civil Internacional – ICAO. Disponível em: <<http://www.icao.int/icao/en/atb/ecp/c269-note.htm>>, sob o título “Code-sharing – consumer aspects”. p. 1-2. Acesso em: 3 e 4 mar. 2019.

objeto de amplos estudos por parte de comissão criada em 1996, na medida em que o *code-sharing* envolve um só transportador, mas seu código de identificação é utilizado, no âmbito de prestação de serviços, por outra companhia aérea. Desse modo, o bilhete trará, em seu bojo, o código de identificação de determinada companhia aérea, ao passo que o serviço será prestado por outra, com sua própria marca.²⁰

A partir daí, embora se reconheçam benefícios fulcrados em maior rede integrada de oferta de rotas, voos e assistência em terra, há riscos de elisão da concorrência, com aumento concomitante de tarifas e, primordialmente, ampla possibilidade de contratação de determinado transportador com a consecução de transporte por outro, não escolhido, o que poderá dar margem à sensação de imposição de aceitação de serviço inferior àquele contratado.²¹

Por via de consequência, seguindo os parâmetros iniciais, fixados pela autoridade de transporte dos Estados Unidos da América, que impôs ciência prévia e inequívoca ao usuário, no âmbito da União Europeia, exigiu-se, além da referida prática, que os sistemas computadorizados de reservas (CRS), por meio de código de conduta fixado, informassem, necessariamente, nas hipóteses de *code-sharing*, quando o transportador contratual não prestará o serviço, indicando, ademais, qual o outro transportador que deverá obedecer a padrões mínimos de segurança exigidos pela Oaci e União Europeia.

Em ulterior revisão, em 1999, referido código de conduta impôs, outrossim, aos agentes de via-

gens o ônus das referidas informações à clientela, bem como às próprias companhias, nas hipóteses de venda e reserva direta de passagens. Observou-se, no entanto, que a imposição de mencionada regra apresentava problemáticas, subsistindo, ainda, situações de absoluta surpresa junto aos usuários por ocasião do embarque.²²

Assim, muito embora subsista referida forma de colaboração interempresarial, entendemos que se afigura fundamental a ampla informação, com os esclarecimentos correlatos ao usuário, sob pena de responsabilidade do transportador contratual (junto a quem houve a aquisição do bilhete) e aquele de fato, uma vez delineado o dano, bem como o fator determinante da contratação, tendo em vista transportador específico, pois, a nosso ver, neste aspecto a escolha do transportador pelo usuário, em geral, não é ato meramente casual, podendo escudar-se em relação de confiança fundada em determinada companhia aérea, em efetivo *intuitus personae*, eventualmente negada ao outro ou outros transportadores participantes do *code-sharing*.²³

Com fundamento, aliás, nos deveres anexos ou laterais de ampla informação e esclarecimentos ao usuário do transporte, no âmbito da União Europeia foi editado o Regulamento (CE) nº 2111/2005, que se encontra em vigor e fixa normas acerca do estabelecimento de uma lista comunitária das transportadoras aéreas que são proibidas de operar na Comunidade e à informação dos passageiros do transporte aéreo sobre a identidade da transportadora aérea operadora (transportadora de fato).²⁴

20. Nesse sentido, Giumulla, Schmid e Mölls, suplemento 20, out. 2000, E IV, p. 12-13.

21. Como bem observam Giumulla, Schmid e Mölls, op. cit., p. 12-13.

22. Cf. Giumulla, Schmid e Mölls, op. cit., p. 12-13.

23. Idem, p. 532-533.

24. Nesse sentido: Christian Kohlhase (2006, p. 22-33); Alan D. Reitzfeld e Cheryl S. Mpande (2008, p. 132-154); Geert Goeteyn (2007, p. 52-53); Richard Smithies (2007, p. 13-14); Jonathan E. De May, (2008, p. 315-317); Stephen Dolan (2005, p. 369), asseverando →

→ que a obrigação de informar “is necessary because the airline practices of code-sharing and wet leasing may result in passengers not knowing the identity of the airline actually providing the air transport”. Referido diploma, aliás, em suas considerações preliminares estipula que: “(2) a fim de garantir o máximo de transparência, deverá ser levada ao conhecimento dos passageiros uma lista comunitária das transportadoras aéreas que não satisfazem os requisitos de segurança relevantes. Essa lista comunitária deverá basear-se em critérios comuns elaborados ao nível comunitário; [...] (11) A identidade →

A solidariedade passiva de ambos, na hipótese de dano-evento, aliás, se encontra insculpida na Convenção de Montreal, que dispõe, ademais, que o transportador contratual responsabilizar-se-á por todo itinerário contratado, ao passo que aquele de fato responderá tão somente pelo trecho operado.²⁵

3 Considerações conclusivas e propositivas

1. As alianças empresariais entre transportadores aéreos, com múltiplas e crescentes variações, visando à redução de custos e ao aumento das margens de lucro em ramo assaz competitivo, deverão compatibilizar-se com o princípio de proteção à parte mais fraca nas relações contratuais, com o importante implemento, perante o usuário do transporte dos deveres anexos ou laterais de ampla informação e esclarecimentos – ínsitos à boa-fé objetiva – desde a fase pré-contratual.

→ da transportadora ou transportadoras aéreas que operam efetivamente o voo é uma informação essencial. No entanto, os consumidores que celebram um contrato de transporte, o qual pode incluir um voo de ida e volta, nem sempre são informados da identidade da transportadora ou transportadoras aéreas que operarão efetivamente o voo ou voos em questão”. Desse modo, o art. 11, do mencionado Regulamento, dispôs que o dever de informar o passageiro, no tocante ao transportador aéreo operador (efetivo transportador de fato), já iniciará no momento da reserva, impondo-se ulterior informação, caso surja eventual modificação, dever que se impõe, outrossim, ao operador turístico. Por fim, determinou-se que mencionados deveres anexos serão inseridos nas condições gerais aplicáveis aos contratos de transporte aéreo. Robustecendo o mesmo entendimento, *vide*, outrossim: a) na Itália, a *Carta dei diritti del passeggero*, Diritto dei Trasporti, cit., p. 383-405, 2005. De fato, mencionado documento dispõe que as normas insculpidas nos Regulamentos da União Europeia são vinculantes, deixando claro que “il passeggero all’atto della prenotazione deve ricevere informazione sulla compagnia aerea che effettivamente svolgerà il collegamento”. b) Stephen Dolan (2006, p. 228-229), informando que, “the new regulation requires airlines, tour operators and ticket agents to disclose the identity of operating airlines, either upon the making of a reservation or as soon as it becomes known. Any changes to the identity of the operating airline subsequent to the making of a reservation must also be communicated to the passenger. In cases where the operating airline appears on the Community ‘blacklist’, the airline, tour operator or ticket agent must offer the passenger reimbursement or rerouting pursuant to Article 8 of Regulation 261/2004. The disclosure requirements apply to scheduled and non-scheduled flights part of a journey that originates in the Community”. Cumpre observar, por →

2. Desse modo, o *code-sharing* assume especial relevância, máxime tendo em vista que, em geral, a escolha do transportador não é ato meramente casual, impondo-se, portanto, informação prévia e por escrito, de modo a viabilizar a denominada *fair opportunity* pelo usuário do transporte, no tocante ao conhecimento do transportador contratual e aquele de fato, emergindo, pois, na hipótese de dano-evento no trecho do serviço prestado por este último, solidariedade passiva de ambos.

3. Propugna-se, destarte, nos moldes já determinados pela União Europeia e Estados Unidos da América, por edição de Resolução pela Autoridade Nacional de Aviação Civil (Anac), em substituição à Portaria nº 070/DGAC, de 1999, de modo a contemplar não só a inserção de mencionados dados em sistema computadorizado de reservas dos transportadores, como também fixar obrigação de divulgação, com as sanções correlatas, abarcadoras, outrossim, da agência de viagens

→ derradeiro, que o Regulamento (CE) nº 261/2004, embora não se refira ao *code-sharing*, em verdade, também fixou diversas normas de proteção ao usuário de transporte aéreo, estabelecendo, *e.g.*, regras de indenização automática por atraso e *overbooking*, com o primado dos deveres anexos de ampla informação e esclarecimentos. Para maiores detalhes no tocante ao mencionado Regulamento, *vide*, outrossim: Florent Vigny (2006, p. 81-83); Stephen Dolan (2006, p. 223-228); Ronald Schmid, (2005, p. 373-85).

25. Nesse sentido: Giemulla, Schmid e Mölls, op. cit., p. 13; Silvio Busti, op. cit., p. 528; Paul S. Dempsey e Michael Milde (2005, p. 231-33), asseverando, *e.g.*, que, “one of your authors once traveled from Boston to Vienna on a through ticket purchased from Delta Airlines, with all ticket segments on Delta flight numbers. Upon arriving at Boston Logan International Airport, he made his way through the queue to the Delta ticket agent, who informed him he should instead present his ticket and bags to the Sabena Airlines ticket agent. He boarded a Sabena flight that took him to Brussels, where he changed planes to an Austrian Airlines flight to Vienna. The return trip was provided by Swiss, connecting in Zürich on return to Boston. During the entire trip, though he flew with Delta Air Lines tickets and flight numbers, he never saw a Delta aircraft or flight personnel. Delta’s then code-share partners provided all the transportation. If he had been injured during the flight, would your author have had a cause of action against Delta? The Guadalajara Convention extended the applicability of the Convention to situations when one entity is the ‘contracting carrier’ while the actual carriage is by another entity. The injured party could bring suit against the actual carrier or the contracting carrier, or both, who would be jointly and severally liable”.

e operadores turísticos, quando não realizada a aquisição de passagem diretamente junto àqueles. Mencionados deveres anexos subsistirão, inclusive, após a aquisição do bilhete, na hipótese, *e.g.*, de modificação superveniente do transportador de fato, até o momento do embarque.

4. Sugere-se, outrossim, tendo em vista o primado da obrigação de proteção à pessoa e

como forma de salvaguarda qualitativa dos transportadores que adimplem os requisitos de segurança, a ampla divulgação, ao menos em caráter anual, nos moldes do Regulamento (CE) nº 2111/2005, de lista de transportadores nacionais ou estrangeiros que apresentem restrições ou até mesmo proibição de atuação em território nacional. ■

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlos Alberto Neves. *Do contrato de transporte aéreo e da responsabilidade civil do transportador aéreo*. Coimbra: Almedina, 2010.
- ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993. Col. Trattato di diritto privato, a cura di Paolo Zatti e Giovanni Iudica.
- AMARAL JR., Alberto do. *Proteção ao consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 78-87, set./dez. 1992.
- BERNARDI, Ricardo. Contrato de Código Compartilhado. *Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial*. Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial, n. 94, set. 2012, p. 26-34.
- BUSTI, Silvio. Contratto di trasporto aereo. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Antonio (Dir.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. t. 3. Milano: Giuffrè, 2001.
- COMENALE PINTO, Michele M.; ZUNARELLI, Stefano. *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*. 3. ed. Padova: Cedam-Wolters Kluwer, 2016.
- CONTI, Christian. Code-sharing and air carrier liability. *Air Law*, The Hague, v. 26, n. 1, p. 4-19, 2001. Atualmente denominada *Air and Space Law*.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- DE GROOT, Jan Ernst C. Code-sharing – United States policies and the lessons for Europe. *Air and Space Law*, The Hague, Kluwer, v. 19, n. 2, p. 62-74, 1994. Título anterior: *Air Law*.
- DE MAY, Jonathan E. Recent developments in aviation law. *Journal of air law and commerce*, Dallas, Southern Methodist University, v. 73, n. 2, p. 131-317, 2008.
- DEMPSEY, Paul S.; MILDE, Michael. *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999*. Montreal: Centre for Research in Air & Space Law, McGill University, 2005.
- DOLAN, Stephen. EC Aviation Scene (n. 2: 2005), *Air and Space Law*, The Hague, v. XXX, n. 4-5, p. 353-71, 2005.
- _____. EC Aviation Scene (n. 2: 2006), *Air and Space Law*, The Hague, v. XXXI, n. 3, p. 211-37, 2006.
- DONATO, Marina. Efectos de la compartición de código en el campo de la responsabilidad del transportador aéreo. *Los acuerdos de código compartido*. Publicación dirigida por Mario O. Folchi, Universidad Argentina de La Empresa (Uade) – Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (Alada), Buenos Aires, p. 9-16, 1998.
- ESSER, Josef; SCHMIDT, Eike. *Schuldrecht. Band I, Allgemeiner Teil*. 5. ed. München: C. F. Müller, 1975.
- FOLCHI, Mario O. Cuestiones jurídicas del código compartido. *Los acuerdos de código compartido*. Publicación dirigida por Mario O. Folchi, Universidad Argentina de La Empresa (Uade) – Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (Alada), Buenos Aires, p. 17-23, 1998.
- _____. *Tratado de Derecho Aeronáutico y política de la aeronáutica civil*. Buenos Aires: Astrea, 2015.
- FOLLIO, Michel G. *Le transport aérien international: évolution et perspectives*. Paris: LGDJ, 1977.
- FRANKLIN, Mark. Code-sharing and passenger liability. *Air Law*, The Hague, v. 24, n. 3, p. 128-133, 1999.
- GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations; le contrat; formation*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1988.
- GIEMULLA, Elmar; SCHMID, Ronald; MÖLLS, Walter. *European air law*. Dordrecht: Kluwer, 2000.
- GOETEYN, Geert. EC Aviation Scene-Major 2006 Developments. *Air and Space Law*, Alphen aan den Rijn, Holanda, v. 32, n. 1, p. 40-68, 2007.
- GÜNTHER, Klaus. Legal implications of code-sharing services: a German perspective. *Air and Space Law*, The Hague, v. 22, n. 1, p. 8-13, 1997. Título anterior: *Air Law*.

Bibliografia

- HUNNICUT, Charles A. Competition Policy and International Airline Alliances. *Annals of Air and Space Law*, Montreal, ICASL, v. XXIX, ICASL, p. 175-257, 2004.
- KOHLHASE, Christian. Die Verordnung (EG) n. 2111/2005 – die “Schwarze Liste” in der EU und transparentere Informationen für Fluggäste. *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, Köln, n.55, Heft 1, p. 22-33, 2006.
- LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. 7. ed. München: Ch. Beck Verlag, 1989.
- LUONGO, Norberto E. *Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- MILDE, Michael; DEMPSEY, Paul S. *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999*. Montreal: Centre for Research in Air & Space Law, McGill University, 2005.
- MÖLLS, Walter; GIEMULLA, Elmar; SCHMID, Ronald. *European air law*. Dordrecht: Kluwer, 2000.
- MORSELO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. Da boa-fé nas fases pré e pós-contratuais no direito brasileiro. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coord.). *Direito dos Contratos*. v. II. São Paulo: Quartier Latin; Centro de Extensão Universitária (CEU), 2008. p. 295-310.
- MPANDE, Cheryl S.; REITZFELD, Alan D. EU Regulation on Banning of Airlines for Safety Concerns. *Air and Space Law*, Alphen aan den Rijn, Holanda, v. 33, n. 2, p. 132-54, 2008.
- PACHECO, José da Silva. *Código Brasileiro de Aeronáutica comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- REITZFELD, Alan D.; MPANDE, Cheryl S. EU Regulation on Banning of Airlines for Safety Concerns. *Air and Space Law*, Alphen aan den Rijn, Holanda, v. 33, n. 2, p. 132-54, 2008.
- SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. São Paulo: Manole, 2004. Coord. da série: Renan Lotufo e Cláudio Luiz Bueno de Godoy – Cadernos de Direito Privado – Série da Escola Paulista da Magistratura – v. 1.
- SCHAEFER, Christoph. *Recht des Luftverkehrs*. München: C. H. Beck Verlag, 2017.
- SCHMID, Ronald. Die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 – Europäischer Verbraucherschutz mit Nachbesserungsbedarf. *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, Köln, v. 54, Heft 3, p. 373-85, 2005.
- _____; GIEMULLA, Elmar; MÖLLS, Walter. *European air law*. Dordrecht, Kluwer, 2000.
- SCHMIDT, Eike; ESSER, Josef. *Schuldrecht. Band I, Allgemeiner Teil*. 5. ed. München: C. F. Müller, 1975.
- SMITHIES, Richard. Regulatory Convergence – Extending the Reach of EU Aviation Law. *Journal of air law and commerce*, Dallas, Southern Methodist University, v. 72, n. 1, p. 3-20, 2007.
- UGARTE ROMANO, Luis. Código compartido. *Los acuerdos de código compartido*. Publicación dirigida por Mario O. Folchi, Universidad Argentina de La Empresa (Uade) – Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (Alada), Buenos Aires, p. 73-81, 1998.
- VÁSQUEZ ROCHA, Ernesto. Los acuerdos de código compartido, un moderno sistema de cooperación entre líneas aéreas *Los acuerdos de código compartido*. Publicación dirigida por Mario O. Folchi, Universidad Argentina de La Empresa (Uade) – Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (Alada), Buenos Aires, p. 83-90, 1998.
- _____. Alcances y efectos de los acuerdos de código compartido. *Los acuerdos de código compartido*. Publicación dirigida por Mario O. Folchi, Universidad Argentina de La Empresa (Uade) – Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (Alada), Buenos Aires, p. 91-94, 1998.
- VIDELA ESCALADA, Federico N. *Manual de derecho aeronáutico*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Zavalia, 1996.
- VIGNY, Florent. Règlement n. 261/2004. Nouvelle victoire d’un passager devenu consommateur. *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS)*, Paris, Pedone, v. 237, n.1, p. 81-3, 2006.

Sites de interesse pesquisados na internet

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.icao.int>>. Acesso em: 3 e 4 mar. 2019. Trata-se do site da Organização de Aviação Civil Internacional. Por meio deste, há atualização permanente das ratificações das convenções existentes, seja no denominado Sistema de Varsóvia, seja nas Convenções de Roma e de Montreal, conforme página LEGAL BUREAU. Disponível em: <<http://www.icao.int/icao/en/leb>>. Acesso nas mesmas datas adrede referidas. Além disso, vide artigos de interesse, na seara do *code-sharing*: <<http://www.icao.int/icao/en/atb/ecp/c269-executive.htm>>, no tema Code-sharing executive summary e Code-sharing – Consumer Aspects. Disponível em: <<http://www.icao.int/icao/en/atb/ecp/c269-note-htm>>. Acesso nas mesmas datas.

La importancia del Convenio de Montreal de 1999 para un desarrollo consistente del transporte aéreo internacional y la necesidad de un sistema armonizado de reglas en materia de responsabilidad civil.

Oracio Marquez

Bacharel em Negócios Internacionais pela Universidade Estadual de San Diego – Estados Unidos. Diretor de Relações Externas da Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) para a América Latina e Caribe.

Índice

1. Sistema de Varsovia
2. La Relación del Estado Brasileiro con el Sistema de Varsovia
3. Conclusión

El transporte aéreo genera 65,5 millones de empleos y aporta 2,7 billones de dólares a la economía mundial.¹ Por su parte, en América Latina y el Caribe, el transporte aéreo contribuye con 7,2 millones de empleos y 156.000 millones de dólares en actividad económica.² Evidentemente, esta relevancia económica en los países de la región no solamente se debe a los esfuerzos y desarrollos de las aerolíneas, sino también a que hoy en día las mismas cuentan con algunas herramientas jurídi-

1. Aviation: Benefits Beyond Borders ha sido elaborado por ATAG en colaboración con otras asociaciones de la industria de la aviación. El informe se basa en una amplia investigación realizada por Oxford Economics. Se puede descargar en <www.aviationbenefits.org>.

2. Idem.

cas que les brindan la seguridad de operar a nivel global en condiciones uniformes y estandarizadas.

El Convenio de Montreal, que tiene como fin la Unificación de Ciertas Reglas Para el Transporte Aéreo Internacional, se firmó el 28 de mayo de 1999 y entró en vigor el 4 de noviembre de 2003. Desde entonces, es una de las piedras angulares en la competitividad y eficiencia de la aviación mundial junto con las demás normas que conforman el Sistema de Varsovia y el Convenio de Chicago de 1944. Su creación y aplicación en la actualidad es una de las garantías con las que cuenta la aviación para realizar el transporte aéreo internacional en condiciones de uniformidad en un mundo globalizado y de seguridad jurídica para las aerolíneas y los pasajeros.

Hoy en día, con 136 Estados Parte, que representan más del 95% del tráfico global internacional, está en sus manos garantizar no solo su correcta aplicación, sino también reconocer su preeminencia frente a regulaciones internas con el fin de mantener el orden y la uniformidad operacional. En ese sentido, su aplicación depende de las políticas aeronáuticas de cada país y de su compromiso para honrar las normas y acuerdos internacionales que han ratificado.

Brasil firmó el Convenio de Montreal el 3 de marzo de 1999 y su entrada en vigor fue el 18 de julio de 2006, luego del cumplimiento de los trámites internos propios para la ratificación de un tratado internacional. No obstante, la aplicación de las normas del Convenio de Montreal y específicamente respecto a los límites en materia de responsabilidad del transportador en Brasil han sido un reto muy importante, pues la tendencia ha resultado en apartarse de lo consagrado en dichas normas. En efecto, en la mayoría de los casos los resultados de las decisiones judiciales brasileras referentes a procesos iniciados como consecuencia de la prestación del servicio de transporte aéreo contrarían lo establecido en el

Convenio de Montreal, desconociendo lo establecido en sus artículos y dando prioridad a normas internas de protección al consumidor con límites de responsabilidad mucho más altos y reconociendo daños que no están contemplados en el Sistema de Varsovia.

Ubiquémonos en un vuelo de una aerolínea cualquiera que sale de Angola a Sao Paulo. Algunos de sus pasajeros adquirieron los tiquetes ida y vuelta en esa ruta en particular, y luego de una fuerte turbulencia uno de esos pasajeros sufre un golpe con una maleta que cae de los gabinetes superiores que le genera una lesión en el cuello. Como resultado de la investigación pertinente se determina que la causa de la falla del gabinete fue un daño en el sistema de cerrado del mismo por falta de mantenimiento de la aeronave. Este pasajero se dispone a demandar a la aerolínea, pero se encuentra con la siguiente disyuntiva: ¿qué norma debe utilizar si Angola ratificó el Convenio de Varsovia, pero no el Convenio de Montreal y Brasil si lo hizo? ¿Cuál será el límite de responsabilidad que se aplique en este caso?

Este es el tipo de problemas que pretendía prever el Convenio de Montreal, generando una unificación en las reglas de responsabilidad de los transportadores aéreos, dando la seguridad y la estandarización necesaria para contar con reglas preestablecidas en una actividad eminentemente internacional y globalizada.

Sin embargo, en este mismo caso surge una duda que es aún más difícil si el pasajero decide demandar en Brasil, pues ¿el límite a la responsabilidad que contienen los Convenios en comento será respetado por el juez de conocimiento del caso? O ¿el juez desconocerá cualquier límite definido en estos Tratados Internacionales y fijará una indemnización diferente basada en las normas internas?

Aun cuando en 2017 hubo avances significativos en Brasil en el reconocimiento de la prelación de las normas del Convenio de Montreal

en la decisión del 25 de mayo de 2017 frente a los casos de Sylvia Regina de Moraes Rosolem versus Société Air France y Cintia Cristina Giardulli vs Air Canada, a la que haremos referencia más adelante, hay un camino importante por recorrer para lograr que las decisiones judiciales se ajusten a los preceptos internacionales de esta materia. Lo contrario implica un riesgo importante para la seguridad jurídica del país, la competitividad en materia de aviación civil y el futuro de la conectividad aérea brasileira.

El Convenio de Varsovia de 1929 reconoció la importancia del pasajero para el servicio de transporte aéreo.

Por lo tanto, este artículo tiene como fin hacer un recuento de la historia y los motivos por los cuales la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) decidió redactar los instrumentos que conforman el Sistema de Varsovia, además de hacer un breve recuento de la situación particular de Brasil en cuanto a la aplicación de estos y de las posibles consecuencias que puede traer su incumplimiento o inaplicación en el transporte aéreo internacional.

3. Navas-Herrera, María Fernanda, *La responsabilidad civil del transportador aéreo: un análisis paralelo del régimen legal internacional con la ley colombiana*, 122 Universitas, 603-636 (2011).

4. En términos de Norberto E. Luongo, *Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo*. Ed. Ad Hoc, Edición 1, 2009, p. 48: "Lo que se conoce como el Sistema de Varsovia es en realidad un conjunto de tratados, enmiendas y protocolos anteriores a la sanción y entrada en vigencia del Convenio de Montreal de 1999. Dentro de este esquema se incluyen también diversos acuerdos multilaterales que son de carácter estrictamente privado, es decir, no son tratados que vinculen a países sino 'contratos' entre personas jurídicas privadas (fundamentalmente, las líneas aéreas). Todos estos instrumentos tienen una característica en común: fueron creados con el objetivo de regular la responsabilidad internacional del transportador aéreo".

5. IATA Inter-carrier Agreements of 1995 and IATA Implementation Agreement of 1996.

1 Sistema de Varsovia

En 1929, el Comit   Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos (CITEJA) se reunió con el objetivo de unificar las normas relativas a la responsabilidad civil del transportador, pues se empezaban a presentar problemas de orden internacional una vez las operaciones aéreas entre Estados iniciaron a hacerse comercialmente. Como resultado, surgió el Convenio de Varsovia, donde se enuncia en el preámbulo que los Estados decidieron adoptarlo por la "la necesidad de uniformar las condiciones del transporte aéreo internacional en lo relativo a los documentos utilizados para el mismo y a la responsabilidad del transportador".³

El Convenio de Varsovia de 1929 reconoció la importancia del pasajero para el servicio de transporte aéreo, creando derechos específicos, pero manteniendo un balance con la viabilidad econ  mica del negocio. Este Convenio es un hito en el reconocimiento de la protección de los derechos de los usuarios a nivel internacional y su importancia histórica, m  s allá de las modificaciones posteriores, es incuestionable.

El artículo 41 del Convenio de Varsovia permitía a los Estados Contratantes solicitar la revisión del Convenio a medida que lo consideraran necesario. Por ese motivo, y dados los avances tecnológicos y nuevas din  micas en el desarrollo del transporte aéreo, terminaron firmándose múltiples instrumentos que hoy componen lo que se ha llamado el Sistema de Varsovia.⁴ Además del Convenio de Varsovia de 1929, este Sistema está compuesto por el Protocolo de la Haya de 1955, la Convención de Guadalajara de 1961, el Protocolo de Guatemala de 1971, los Protocolos Adicionales de Montreal de 1975, para terminar con la pretendida unificación normativa contenida en la Convención de Montreal de 1999. Además, existen otras herramientas que han sido reconocidas como parte del Sistema de Varsovia, que representan en algunos casos acuerdos privados entre aerolíneas.⁵

Tal y como lo señalan Shawcross & Beaumont, la mayor parte del transporte aéreo internacional de pasajeros y de bienes está sujeta a las reglas establecidas en los instrumentos legales internacionales que componen el Sistema de Varsovia. Adicionalmente, algunas jurisdicciones han decidido adaptar sus regulaciones referentes a vuelos domésticos a las reglas establecidas en el mencionado sistema.⁶ Lo anterior da cuenta de la importancia que tiene el esfuerzo de unificación normativa realizado en el seno de la OACI, evitando el trabajo desorganizado que implicaban ejercicios unilaterales de cada país.

Lo que es claro es que el sistema es complejo, compuesto por múltiples normas que no todas fueron ratificadas por la totalidad de los estados y que no ha sido ajeno a críticas por el establecimiento de límites a las responsabilidades de los transportadores. Sin embargo, es un sistema normativo amplio y comprensivo, que establece las normas que rigen la responsabilidad de la línea aérea en caso de muerte, lesiones o demoras para los pasajeros o en casos de demora, daño o pérdida de equipaje y carga. Asimismo, es fundamental para la industria aeronáutica porque establece el marco legal que permite a las aerolíneas hacer uso de la documentación electrónica para los envíos de carga aérea y también ofrece protección y compensación para los consumidores, mientras que las aerolíneas se benefician de una mayor certeza sobre las reglas que afectan su responsabilidad y la administración asociada con las reclamaciones.⁷

La complejidad del Sistema de Varsovia no es solamente responsabilidad de los autores de las normas, sino que su aplicación e interpretación por parte de los jueces lo ha complejizado y ha amenazado con la pérdida de uniformidad normativa, que era el objetivo ulterior del Sistema de Varsovia.⁸ Esto es aún más evidente, en el caso de Brasil, donde las interpretaciones judiciales, e incluso la inaplicación de los Acuerdos y Convenios han hecho que sea un lugar en la que la

operación sea más costosa y que represente menos certeza jurídica que en otros países, además de poner en riesgo la uniformidad en la aplicación de sus normas en todo el mundo.

2 La Relación del Estado Brasileiro con el Sistema de Varsovia

Brasil ha ratificado y es parte activa del Convenio de Varsovia de 1929, el Protocolo de la Haya de 1955, el Protocolo 4 de Montreal y la Convención de Montreal de 1999. En ese sentido, su compromiso internacional es robusto en materia de responsabilidad, e implica que casi todas las rutas internacionales desde y hacia Brasil estarían cubiertas por alguno de estos instrumentos, dependiendo de la ruta contratada por el pasajero.

De basarnos en los compromisos internacionales adquiridos por Brasil, no habría duda de que las aerolíneas y los pasajeros tendrían una base jurídica clara para reclamar la responsabilidad del transportador en caso de proceder, o su inexistencia en los casos que contemplan dichas normas.

6. Shawcross and Beaumont: *Air Law* – 4th Edition (issue 12). Volume 1 – General Text. Volume 2 – Treaties and Legislation. P. Martin et al., Butterworth & Company Limited, London. 1983. Capítulo 26, p. 101.

7. <www.iata.org>.

8. Shawcross and Beaumont: *Air Law* – 4th Edition (issue 12). Volume 1 – General Text. Volume 2 – Treaties and Legislation. P. Martin et al., Butterworth & Company Limited, London. 1983. Capítulo 26, p. 102: “The complexity is not wholly the fault of the authors of those documents. As will be clear to the reader of subsequent Chapters, judicial interpretation (amounting in some cases to an intentional or reckless rewriting of the text) of the Warsaw Convention threatens to destroy the uniformity which was a principal objective of its authors. With respect to the Warsaw Convention the interpretative threat to uniformity did not come from the European Court of Justice which, in *Bogiatzi v Deutscher Luftpool* held that it lacked to interpret the provisions of the Warsaw Convention as the Warsaw Convention did not form part of the rules of the Community legal order. A similar reticence has not been apparent from the renamed Court of Justice of the European Union in relation to judicial interpretation of the Montreal Convention 1999. This is perhaps unsurprising given that the Convention has been directly adopted into the laws of the European Union by Regulation 2027/97 (as amended by Regulation 889/2002) which applies the rules of the Convention to all international flights, and all flights whether domestic or international operated by Community air carriers”.

No obstante, las Cortes Brasileñas han reconocido en numerosos casos⁹ daños morales a los pasajeros que alegan una afectación especial o emocional por perjuicios sufridos en desarrollo de una relación con una aerolínea. Su intención no se trata de compensar los daños sino de sancionar a la aerolínea, lo cual está expresamente prohibido en la Convención de Montreal.¹⁰ A pesar de lo anterior, en algunos casos las Cortes han reconocido daños morales hasta de USD\$8000 por pérdida del equipaje, lo cual adicionalmente supera los límites establecidos en el artículo 22 (2) del

9. Ejemplos de este tipo de decisiones son, de acuerdo con un listado realizado por Griselda Capaldo: "Air Europa Líneas Aéreas c/ Ademir Silva De Oliveira", AgRg no Agravo em Recurso Especial n° 96.109-MG (2011/0225648-6); "Air Canada c/ Heloísa Cunha Furtado E Outros" (STJ 24/11/2011); "Société Air France c/ Cilene Maria Holanda Saloi" (STF, publicado en DJe-113, divulg. 21/6/2010, public. 22/6/2010); "Delta Air Lines Inc." (Agravo de Instrumento n° 1.410.672-RJ, 2011/0063152-5); "Nordeste Linhas Aéreas Regionais c/ Ana Maria Duarte Baracho E Outros" (Recurso Especial n° 742.447-AL, 2005/0060341-9), entre muchos otros.

10. El artículo 29 del Convenio de Montreal establece: "Artículo 29 Fundamento de las reclamaciones. En el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga toda acción de indemnización de daños sea que se funde en el presente Convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y límites de responsabilidad como los previstos en el presente Convenio, sin que ello afecte la cuestión de las personas que puedan iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. En ninguna de esas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria".

11. También se puede consultar el texto de The Aviation Law Review, Fifth Edition, 2017, Chapter 7, prepared by Guilherme Amaral, Nicole Villa, Renan Melo and Priscila Zanetti, p. 64, que establece lo siguiente: "The main source of conflict is the difference between the structure of the Brazilian Consumer Protection Code (Law No 8079/90), in which the main idea is to protect the right of a consumer to be as broadly indemnified as possible, and the idea on which the Warsaw/Montreal system was based, to somehow have uniform and predictable outcomes on similar incidents. Even though there are precedents in Brazil recognizing the applicability of the Montreal Convention, the relevant number of decisions the limitations of the international treaties is one of the main reasons for the outstanding number of passenger claims before courts in Brazil". O el texto denominado "Air Carrier Liability In International Carriage According To Brazilian Courts", de Ricardo Bernardi, Bernardi & Schnapp, Brazil, que se encuentra en la página web: <<https://www.expertguides.com/articles/air-carrier-liability-in-internationalcarriage-according-to-brazilian-courts/ARSMSEX>>.

12. Capaldo, Griselda D. "Nueve años de vigencia del Convenio de Montreal de 1999: su interpretación jurisprudencial respecto del transporte aéreo de pasajeros", 25-feb-2013.

Convenio de Montreal, que otorga un máximo de 1.131 Derechos Especiales de Giro equivalentes a USD1800.

En este mismo sentido, el Tribunal Federal Supremo (STF) ha dictaminado que el Código de Protección al Consumidor de Brasil prevalece sobre los Convenios de Montreal y Varsovia, que, en caso de conflicto, son inaplicables, y los tribunales inferiores de Brasil han utilizado este principio para otorgar compensaciones a los pasajeros en los términos que consideren adecuados.

El STF ha dictaminado que el Código de Protección al Consumidor de Brasil prevalece sobre los Convenios de Montreal y Varsovia.

Como lo han resumido algunos expertos,¹¹

"En general, los fallos sostienen la preeminencia del Código de Defensa del Consumidor por sobre los tratados internacionales ratificados por Brasil, que fijan límites cuantitativos de responsabilidad inferiores a los acordados por la ley del consumidor. Se considera que el Convenio de Montreal de 1999 entra en conflicto con la Constitución brasileña, porque la Carta Magna estipula que las personas jurídicas que son prestadoras de servicios públicos deben responder objetivamente por los daños causados a terceros".¹²

Por lo anterior, la situación en Brasil resulta preocupante, pues el desconocimiento de las normas internacionales y la preeminencia que se la ha dado a las normas internas puede llegar a poner en tela de juicio la continuidad operacional de las aerolíneas que han apostado por atender un mercado que, además de ser interesante, requiere de un servicio de transporte aéreo ágil, seguro y eficiente no solo por sus características geográficas sino también por la esencialidad del servicio

en el territorio brasileiro. Precisamente, con este incumplimiento, se da pie al trabajo descoordinado y constituye un precedente negativo para la estandarización de las normas que requiere una actividad global como lo es la aviación internacional.

Sin embargo, el 26 de mayo de 2017 en los procesos de *Sylvia Regina de Moraes Rosolem versus Société Air France* y *Cintia Cristina Giardulli vs Air Canada* el STF de Brasil decidió a favor de la aplicación del Sistema de Varsovia para el transporte internacional sobre el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, después de la resolución final de dos casos que plantearon la cuestión del reglamento a aplicar en relación con la responsabilidad en el transporte. La decisión del STF aclara más la cuestión conflictiva de si debe aplicarse el Código de Defensa del Consumidor o los Convenios de Aviación Internacional. Se decidió que, en los casos de transporte aéreo internacional, prevalecerán los Convenios Internacionales si existe conflicto con la legislación local. Esto significa, por ejemplo, que las reclamaciones en Brasil derivadas del transporte aéreo internacional deben presentarse ahora dentro de los 2 años posteriores a un evento (en lugar de los 5 años permitidos por el Código del Consumidor), o que los daños materiales (o económicos) reclamados deben ser restringidos a los límites establecidos en el Convenio de Montreal de 1999.¹³

Si bien la decisión es un gran avance con respecto a la supremacía de las convenciones internacionales en Brasil, y una señal positiva importante sobre el posible cambio de jueces para que el régimen de Brasil se ajuste a las prácticas internacionales, las decisiones no dictaminaron sobre los daños morales que aún pueden ser otorgadas a discreción del juez. Como ya se manifestó anteriormente, esto no se ajusta a las normas contenidas en ninguno de los Convenios que componen el Sistema de Varsovia, el que reiteramos, es la piedra angular de la responsabilidad derivada del transporte aéreo.

Por lo tanto, aunque se avanzó en el reconocimiento de la preeminencia de los Tratados, queda mucho camino por recorrer para que los compromisos adquiridos por el Estado se cumplan de la manera en que se espera de todos los miembros de la OACI.

3 Conclusión

El reconocimiento de los daños morales por parte de los jueces en Brasil sigue siendo una complicación superior para la aplicación de los límites de responsabilidad del Sistema de Varsovia. Es incontrovertible que la aceptación universal del Sistema de Varsovia significa que los gobiernos pueden realmente garantizar que se aplique un régimen de responsabilidad moderno y justo ante las reclamaciones de pasajeros y carga, independientemente la ruta o el destino involucrado.¹⁴ En ese sentido, la situación de Brasil respecto al reconocimiento de la prelación de las normas de responsabilidad contenidas en el Sistema de Varsovia puede poner en riesgo la uniformidad y seguridad jurídica de las aerolíneas que han decidido invertir en el país y atender el mercado más importante de Suramérica.

Nunca es tarde para enderezar el rumbo. Los Estados miembros de la OACI confían en el sistema que han creado y en su aplicación por todos los que lo han ratificado. Por lo tanto, creemos que es momento que se reconozca la importancia de mantener la uniformidad en la aplicación de las normas en todo el mundo, y esperamos que Brasil, como el líder de la región, permita que los límites a la responsabilidad se mantengan dentro de lo es-

13. Para mayor información se puede consultar también el texto preparado por Alexandre Lima y Martyn Plaskett de Clyde&CO para el portal [lexology.com](https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=be434a5b-5908-4604-bea6-c957aa7edfce) en la siguiente dirección: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=be434a5b-5908-4604-bea6-c957aa7edfce>>.

14. Nota de estudio presentada en la 38 Asamblea General de la OACI por los Emiratos Árabes Unidos, la Air Crash Victims Families Group (ACVFG) y IATA.

tipulado. Estamos convencidos que el aporte de la aviación¹⁵ a la economía brasilera puede ser mucho más significativa si se eliminan los elementos que dificultan a las aerolíneas operar en este mercado.

Es necesario que Brasil, como estado signatario de los tratados internacionales que componen el sistema de Varsovia, honre los compromisos adquiridos internacionalmente y desarrolle ya sea mediante otro sistema normativo interno o mediante la creación de precedentes judiciales, la certeza que requiere tanto el consumidor como las aerolíneas. Este es un camino que requiere un esfuerzo

15. Los estudios de IATA que miden el aporte de la aviación a Brasil se pueden encontrar en la siguiente dirección:

del Estado y de las entidades reguladores del sector en términos de pedagogía y acompañamiento a los jueces de manera que Brasil continúe siendo un mercado atractivo para la generación de conectividad aérea y el aumento de rutas y frecuencias.

Los beneficios que trae la aviación para cualquier país, pero especialmente a uno como Brasil, rico y diverso en muchos sentidos, debe ser incentivada con la seguridad jurídica que requiere cualquier negocio para desarrollarse. Es seguro que los beneficios en términos sociales y económicos para Brasil serán aún mayores. ■

<www.iata.org/policy/Documents/benefits-of-aviation-brazil-2017.pdf>.

A Convenção de Montreal, o Tema nº 210 e sua *ratio decidendi*.

Ricardo Bernardi

Advogado. Graduado e pós-graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Conselho Consultivo da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial. Membro da Comissão de Especialistas do Senado Federal para Reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica (2015). Professor de Direito Comercial no Complexo Jurídico Damásio de Jesus (1995-2006).

Sumário

1. Introdução
 2. As normas da Convenção de Montreal
 3. A força vinculativa das decisões em recurso extraordinário com repercussão geral
 4. O precedente do STF decorrente do julgamento do Tema nº 210 e sua *ratio decidendi*
 5. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

Com o propósito precípua de criar um sistema legal coerente no âmbito mundial, de forma que os operadores dos serviços de transporte aéreo pudessem ter segurança jurídica e, portanto, previsibilidade, permitindo o planejamento e execução de suas atividades em todo o globo, formou-se uma teia de tratados internacionais a normatizar a aviação civil, na qual se inseria o Sistema de Varsóvia¹ e se insere a atual Convenção de Montreal. Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 5.910/2006, o escopo dessa convenção internacional é harmonizar, entre os países signatários, normas relativas aos documentos de transporte e

1. O Brasil foi signatário da Convenção de Varsóvia, de 1929, da Convenção de Haia, de 1955, da Convenção de Guadalajara, de 1961, do Protocolo da Guatemala, de 1971, e dos Protocolos de Montreal nºs 1, 2, 3 (não em vigor) e 4, de 1975 – denominados, conjuntamente, “Sistema de Varsóvia”.

a responsabilidade civil do transportador aéreo, entre outras questões correlatas.

Se não houvesse regras de cooperação harmonizadas, não se viabilizaria o transporte internacional de pessoas e coisas entre os países, já que a norma em vigor na origem seria distinta da norma em vigor no destino, tornando impossível a conexão entre os povos por este modal de transporte.

No ano de 2009, em vista do grande debate que se instaurou nos tribunais do Brasil acerca da aplicação ou não das acima referidas convenções, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral ao tema (Tema nº 210) em recurso extraordinário interposto pela empresa aérea Air France, ré em ação que tinha por objeto pedido de indenização por perda de bagagem.² De maneira similar, o STF decidiu julgar uma ação ajuizada em face da empresa aérea Air Canada,³ em que se discutia a incidência do prazo prescricional de dois anos previsto na Convenção.

Em 25 de maio de 2017, por maioria de votos, o Plenário do STF decidiu, no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) nº 636.331 e do RE com Agravo (ARE) nº 766618 (Tema nº 210), que as questões em debate deveriam ser resolvidas de acordo com as regras estabelecidas pelas convenções internacionais sobre a matéria, ratificadas pelo Brasil. A tese aprovada por ocasião da análise do tema assim foi redigida:

2. Nesse processo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concedera indenização por danos patrimoniais pautado nos dispositivos do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, em valor superior aos limites estabelecidos pela Convenção de Varsóvia (por ocasião do ajuizamento da ação, a Convenção de Montreal, de 1999, ainda não estava em vigor no Brasil). A Air France ingressou com recurso extraordinário (RE nº 636.331) alegando violação ao art. 178 da Constituição Federal, em vista da negativa de vigência do tratado e, por consequência, dos limites convencionais máximos de responsabilidade.

3. Nesse processo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou a ação com base nos dispositivos previstos no Código de Defesa do Consumidor, aplicando o prazo de cinco anos para ajuizamento da ação. Em face desta decisão, a Air Canada interpôs recurso extraordinário – que em um primeiro momento teve seu seguimento negado, mas foi recebido em sede de agravo (ARE nº 766618) – alegando também violação ao art. 178 da Constituição Federal.

“por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.

Se não houvesse regras de cooperação harmonizadas, não se viabilizaria o transporte entre os países.

Mesmo após a aprovação da tese acima transcrita, continuam, e podemos até dizer que se acirram, os debates sobre a vigência da Convenção de Montreal.

Este artigo se propõe a identificar a razão de decidir (*ratio decidendi*) do precedente resultante do julgamento do Tema nº 210 pelo STF e, portanto, demonstrar que este não se aplica apenas para limitar a responsabilidade do transportador aéreo por danos materiais em situações de perda de bagagem na prestação dos serviços de transporte aéreo internacional, conforme determina o art. 22, item 2, da Convenção de Montreal, mas também, observados seus efeitos vinculantes, determina a todos os tribunais brasileiros que garantam a vigência da referida convenção, em sua integralidade.

2 As normas da Convenção de Montreal

Não obstante a relevância das demais normas previstas na referida convenção internacional, interessa-nos, nos limites do que se pretende discutir neste breve texto, fazer referência aos seus arts. 19, 22 (itens 2 e 3), 29 e 35, não para analisar o alcance de tais normas individualmente, mas sim de uma forma sistêmica, a partir do precedente formado em vista do julgamento do Tema nº 210 pelo STF.

Faremos breve referência a estas normas convencionais, indicando, ainda que em resumo, o enunciado de cada artigo e as principais interpretações acerca da sua vigência.

Dispõe o art. 19 da Convenção de Montreal que os transportadores aéreos não serão responsáveis por atrasos no transporte de passageiros, bagagem ou cargas se provarem que adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano, ou que lhes foi impossível adotar tais medidas.

Evidente, portanto, que esta norma veio a instituir um regime de responsabilidade subjetiva com culpa presumida do transportador aéreo. Assim sendo, ocorrências fora do controle da companhia aérea, que quebram o nexo de causalidade (como fenômenos meteorológicos), assim como situações em que a companhia aérea se vê forçada a atrasar a partida de uma aeronave por questões de segurança (tais como necessidade de manutenção extraordinária), ou mesmo fato de terceiro (problemas de infraestrutura aeroportuária ou controle de voo), excluem a responsabilidade do transportador em razão do fato consubstanciado no atraso da viagem.⁴

Não obstante a plena vigência da referida norma, são inúmeras as decisões proferidas pelos tribunais pátrios que condenaram empresas aéreas a indenizar passageiros em razão de atraso de voo causado por eventos classificados como força maior⁵ e caso fortuito, ainda que a companhia aérea tenha agido com diligência, prudência e perícia quando da prestação dos serviços para garantir a segurança de passageiros, tripulantes e terceiros na superfície.⁶

Obrigar companhias aéreas a indenizar passageiros por danos supostamente decorrentes de atraso de voo, de forma objetiva, muitas vezes com influência da teoria do risco integral, como vem decidindo grande parte da jurisprudência, é evidentemente inconsistente com a própria obrigação do transportador aéreo de transportar passa-

geiros com segurança, e viola frontalmente o art. 19 da Convenção de Montreal. Trata-se de um lamentável contrassenso, uma inversão de valores, na medida em que se pune aquele que foi diligente ao cumprir com sua mais essencial obrigação: a segurança do transporte aéreo.

O art. 22 – item 2 – da Convenção de Montreal trata da indenização a ser paga em caso de destruição, perda, avaria ou atraso de bagagem, estabelecendo que ela será equivalente a 1.131 Direitos Especiais de Saque (DES⁷), sendo certo

4. Apenas para que se tenha ideia de como essa questão é tratada no exterior, vale dizer que a regulação nos Estados Unidos (normas expedidas pela agência reguladora norte-americana – Department of Transportation – DOT) deixam claro que companhias aéreas não se obrigam a transportar passageiros nos horários indicados no bilhete: “Airlines don’t guarantee their schedules, and you should realize this when planning your trip. There are many things that can-and often do-make it impossible for flights to arrive on time. Some of these problems, like bad weather, air traffic delays, and mechanical issues, are hard to predict and often beyond the airlines’ control” – tradução livre: “Empresas aéreas não garantem seus horários de voo e você deve ter isso em conta quando planejar sua viagem. Existem várias coisas que podem e de fato tornam impossível que um voo chegue no horário. Muitos destes problemas, como mau tempo, atrasos ocasionados pelo controle de tráfego aéreo ou problemas mecânicos, são difíceis de prever e estão frequentemente fora do controle das companhias aéreas”. Disponível em: <<https://www.transportation.gov/airconsumer/fly-rights>>.

5. Morsello esclarece que circunstâncias meteorológicas anormais, como furacões e tornados, são excludentes de responsabilidade das companhias aéreas, desde que caracterizem a irresistibilidade (MORSELLO, 2006, p. 319).

6. Para fundamentar a responsabilização nestas circunstâncias, há julgados que afirmam que a companhia aérea sempre tem o dever de indenizar, ainda que se trate de força maior, como situações de cancelamento de voos por problemas climáticos, problemas relacionados ao controle de tráfego aéreo ou infraestrutura aeroportuária, e também problemas mecânicos (o que se convencionou chamar de “fortuito interno”), já que tais eventos constituiriam “risco do negócio” ou “risco da atividade”. Não cabem, nos limites deste artigo, maiores considerações sobre os fundamentos da teoria do risco do negócio, mas não podemos deixar de nos manifestar, ainda que de forma simplista, no sentido de que esta teoria traz justificativas para o regime de responsabilidade objetiva previsto na lei consumerista para a exclusão do elemento culpa na determinação de responsabilidade por danos causados ao consumidor. Todavia, em nenhum momento a teoria do risco do negócio justifica a responsabilização de qualquer fornecedor caso inexistente o nexo causal, nem mesmo nos regimes de responsabilidade objetiva. Na medida em que eventos de força maior rompem o nexo causal, em nosso sentir, não há como se responsabilizar o fornecedor nestas circunstâncias.

7. Ressalte-se o fato de que o art. 24 da Convenção de Montreal estabeleceu gatilhos para atualização desses parâmetros a cada cinco anos, garantindo assim a constante atualização da verba indenizatória. →

que esse valor não deve apenas servir como parâmetro para arbitramento de indenizações a título de danos materiais, como também a título de danos morais propriamente ditos, já que os chamados danos morais de caráter punitivo não são indenizáveis nos termos do disposto no art. 29 da Convenção (daí a ressalva aos danos morais “propriamente ditos”, caso configurados).

Sabe-se que danos morais no Brasil possuem natureza dúplice. Servem como indenização efetiva por ofensa à personalidade, à honra e sofrimento (“pain and suffering”), mas também como punição ou desestímulo à prática da conduta causadora do dano indenizado. Dessa forma, há um componente punitivo (não compensatório) inerente ao conceito de danos morais na forma em que as indenizações a este título são concedidas pelos tribunais brasileiros. É possível colacionar inúmeros acórdãos⁸ que apresentam tal fundamento ao arbitramentos indenizações por danos morais, seja por

conta de situações de perda de bagagem, seja em situações de atraso de voo, entre outras.

Todavia, o fator do desestímulo, que caracteriza o dano moral punitivo ou não compensatório, não pode compor as indenizações por danos morais em situações relacionadas ao transporte aéreo internacional, em vista da vedação trazida no art. 29 da Convenção de Montreal.

Por outro lado, o dano moral propriamente dito (“pain and suffering”) deve ser razoavelmente avaliado. Concorde com a interpretação no sentido de que meros aborrecimentos ou desconfortos, que razoavelmente decorrem de uma situação de perda de bagagem, ensejam automaticamente indenização por dano moral, sem perquirir se o fato causou alguma ofensa genuína à honra ou à personalidade do passageiro, ou algum efetivo sofrimento, equivale a banalizar o instituto, o que acaba por corroer os mais básicos valores com base nos quais se pauta o convívio entre os cidadãos em sociedade. Incentiva-se assim o surgimento de ações oportunistas, em que se usa o caríssimo aparato judiciário na busca de recompensa pecuniária por motivos fúteis.

E, para cuidar de situações excepcionais, em que há efetivo dano e que, portanto, demandam indenizações superiores àquela estabelecida no item 2 do art. 22, a própria convenção traz a solução. Esclareça-se que o limite indenizatório em tela deixará de ser aplicável caso o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de interesse da entrega no lugar de destino, e tenha efetuado – se cabível – pagamento de quantia suplementar. Os limites também não serão observados caso o dano resulte de comprovada ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, que tenham agido com intenção de causar dano; ou, se, de forma temerária, agiram sabendo que provavelmente causariam dano, conforme disposto no item 5 do mesmo artigo.

Em vista deste contexto, parece evidente que o valor equivalente a 1.131 DES é bastante razoável

→ Em 2010 a Organização da Aviação Civil Internacional (Oaci), cumprindo o determinado no referido dispositivo convencional, majorou a verba indenizatória de 1000 DES para 1.131 DES. Em março de 2019, 1.131 DES equivaliam a aproximadamente R\$ 6.073,47 (ou US\$ 1.602,00) – valor esse superior ao que se paga no mercado pelo próprio serviço de transporte aéreo para vários destinos da Europa, Estados Unidos e mesmo para o Oriente. 7. Ressalte-se o fato de que o art. 24 da Convenção de Montreal estabeleceu gatilhos para atualização desses parâmetros a cada cinco anos, garantindo assim a constante atualização da verba indenizatória. Em 2010 a Organização da Aviação Civil Internacional (Oaci), cumprindo o determinado no referido dispositivo convencional, majorou a verba indenizatória de 1000 DES para 1.131 DES. Em março de 2019, 1.131 DES equivaliam a aproximadamente R\$ 6.073,47 (ou US\$ 1.602,00) – valor esse superior ao que se paga no mercado pelo próprio serviço de transporte aéreo para vários destinos da Europa, Estados Unidos e mesmo para o Oriente.

8. Seguem alguns exemplos de decisões dos tribunais que concederam indenização a título de dano moral com “efeito pedagógico”, punitivo, como desestímulo à prática da ação que deu causa ao dano: Apelação nº 1071336-48.2017.8.26.0100 (TJSP), Apelação nº 0096420-33.2018.8.21.7000 (TJRS), Apelação nº 1.0024.13.385091-7/001 (TJMG), Recurso Inominado nº 0014685-49.2017.808.0347 (Colégio Recursal dos Juizados Especiais – 2ª Turma, ES), Apelação nº 1028395-55.2018.8.26.001 (TJSP), Apelação nº 0311342-52.2015.8.24.005 (TJSC), Apelação nº 0051220-83.2015.8.19.0203 (TJRJ), Apelação nº 1.615.342-9 (TJPR), Apelação nº 1040069-29.2015.8.26.0100 (TJSP).

para indenizar danos de qualquer natureza decorrentes do extravio de bagagens, não havendo que se falar em quebra do limite, a não ser nas situações excepcionais previstas na própria convenção. Essa razoabilidade foi assim considerada pelos 139 países signatários da Convenção de Montreal, inclusive o Brasil, que foi um dos primeiros a firmar o tratado.

O item 3 do mesmo dispositivo legal prevê que, no transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita à quantia de 19 DES por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador uma declaração especial de interesse de entrega no lugar de destino, nos moldes já mencionados no art. 22, item 2; também ressalvada a hipótese do item 5 do mesmo artigo, conforme indicado no parágrafo anterior. Não obstante estas regras, há decisões segundo as quais as indenizações nestas circunstâncias devem ser pagas no valor da mercadoria extraviada ou avariada, negando-se assim a vigência da convenção.

O art. 29, já ventilado acima, estabelece a vedação a indenizações por danos punitivos, assim entendidos como aqueles que visam punir o causador do dano, com o intuito de desestimular a prática de ato lesivo.

Finalmente, o art. 35 estabelece prazo prescricional de dois anos para propositura de ações em face de empresas aéreas por danos verificados no transporte aéreo internacional.

Os referidos dispositivos convencionais vêm sendo continuamente infringidos pelos tribunais brasileiros, muito embora o STF tenha analisado o tema da vigência da Convenção de Montreal (e de Varsóvia) em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, e concluído que as normas do referido tratado são aplicáveis. Daí a necessidade que vislumbramos no sentido de procedermos a uma análise da força vinculativa do precedente formado a partir do julgamento do Tema nº 210 e sua *ratio decidendi*.

3 A força vinculativa das decisões em recurso extraordinário com repercussão geral

Antes de identificarmos a *ratio decidendi* ínsita ao julgamento proferido em razão da análise do Tema nº 210, é relevante avaliarmos sua força vinculativa, especialmente considerando que resulta de recurso extraordinário com repercussão geral.

A ratio decidendi consiste na parte obrigatória de um precedente e, portanto, equipara-se a uma norma jurídica.

Vale dizer que a reforma implementada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 instituiu o regime da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, afirmando o papel do STF como verdadeira Corte Constitucional e viabilizando a criação de filtros, que são desejáveis para que o tribunal possa melhor racionalizar o volume de processos a serem julgados, mediante seleção com base em critérios de relevância.⁹ Nesse sentido, a admissão de recursos no STF depende da demonstração da transcendência da causa para além dos interesses das partes litigantes, identificando-se um interesse econômico, político, social ou jurídico *erga omnes*.

Em outros termos, a força vinculante das teses ou da *ratio decidendi* inerentes às decisões em sede de recurso extraordinário em regime de

9. "A repercussão geral apresenta o chamado efeito multiplicador, ou seja, o de possibilitar que o Supremo decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, uma série de processos idênticos seja atingida. O Tribunal, dessa forma, delibera apenas uma vez e tal decisão é multiplicada para todas as causas iguais" (Portal do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168512>>).

repercussão geral nos parece clara pela própria natureza do instituto¹⁰ e é parte essencial da reforma do Judiciário iniciada em 2004 e legislação subsequente, em conformidade com a Emenda nº 45.

Uma análise sistemática dos arts. 926, 927, 1.030 e 1.042 do Código de Processo Civil (CPC) demonstra a obrigatoriedade de se buscar harmonia entre as decisões dos tribunais e os entendimentos exarados pelo STF em regime de repercussão geral, com o escopo de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, tudo em nome da isonomia e da segurança jurídica. Ainda que não haja dispositivo legal ou constitucional que expressamente disponha sobre a força vinculativa das decisões com repercussão geral, esta decorre da essência do instituto e de uma análise sistemática da legislação processual.¹¹

Como bem colocado pela doutrina, a *ratio decidendi*, também designada como *holding* nos países que adotam o sistema da *common law*, consiste na parte obrigatória de um precedente e, portanto, equipara-se a uma norma jurídica, diferenciando-se da sua parcela não obrigatória,

obiter dictum. Essa diferenciação é fundamental para que se viabilize a aplicação do sistema da *stare decisis* no país. Portanto, o precedente judicial é verdadeira fonte de direito, sendo a *ratio decidendi* a norma a aplicar-se a determinado caso concreto. Dessa forma, como ensina Macedo (2014, v. 237), “o descumprimento da norma do precedente (*ratio decidendi*) não é diferente do descumprimento da norma legal”.¹²

Neste contexto, a *ratio decidendi* é relevante ao julgador que aplicará o precedente tal qual é a lei, devendo sempre consagrar a coerência do sistema e proporcionar a segurança jurídica que se espera do Poder Judiciário.

Não se está aqui a dizer que os precedentes com repercussão geral devam ser cumpridos sem questionamentos ou maiores considerações, mas que há a obrigação de observar-se sua *ratio decidendi*. Portanto, sua não observância, seja por distinção do caso concreto (*distinguishment*¹³), seja por revogação (*overruling*¹⁴), dependem de devida justificação, nos termos do previsto no inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC.¹⁵

10. “Boa parte desses precedentes obrigatórios advém de julgamento de recurso extraordinário. O recurso extraordinário passa a servir como um instrumento para a solução do caso do recorrente e para a definição do precedente obrigatório sobre a questão constitucional nele versada. Como o recurso extraordinário é o principal instrumento do controle difuso de constitucionalidade, os precedentes do Pleno do STF em tais casos passam a ter eficácia obrigatória, transcendendo os limites subjetivos da causa da qual surgiu. A solução do caso vale apenas para as partes (coisa julgada, art. 506 do CPC); mas o precedente tem eficácia *erga omnes*” (CUNHA, DIDIER JR., 2016, p. 376).

11. “Assim, cabe reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, recursos extraordinário e especial repetitivos e incidente de assunção de competência (art. 988, *caput*, IV e parágrafo 5º II do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Esses pronunciamentos vêm sendo chamados de precedentes qualificados. A vinculatividade formal de tais decisões é confirmada em outros dispositivos, que deixam claro que a tese firmada deverá ser observada” (MEDINA, 2017, p. 1.337). Discordamos, portanto, dos entendimentos segundo os quais a atribuição de força vinculante a precedentes depende de previsão constitucional ou mesmo legal explícita, como defende Nelson Nery: “à exceção das hipóteses enunciadas no CPC 927 I e II, os demais casos arrolados no dispositivo comentado (CPC 927 III a V) não podem vincular o tribunal ou o juiz, por lhes faltar autorização constitucional para tanto” (NERY JUNIOR, 2016, p. 1.966).

12. Vale também citar Marinoni: “A *ratio decidendi* envolve análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz. A proposição é necessária quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É suficiente quando basta para a resolução da questão. A proposição necessária e suficiente para a solução da questão diz-se essencial e determinante e consubstancia o precedente (*ratio decidendi* – *holding*). Tal é a dimensão objetiva do precedente” (MARINONI, 2017, p. 1.007-1.008).

13. Conforme ensina Medina, no “*common law*, estende-se por *distinguishment* a recusa de um órgão judicial em aplicar um precedente a um caso atual por considerar este distinto o bastante, de tal modo que a aplicação do precedente a ele geraria injustiça, tendo em vista as peculiaridades do caso atual” (MEDINA, 2013, p. 677 e ss.).

14. Conforme ensina Medina, o “*overruling* é medida que acarreta o afastamento de uma regra estabelecida anteriormente. Isso ocorre quando um tribunal resolve de modo diferente um problema jurídico antes solucionado por um precedente estabelecido anteriormente, recorrendo a novos fundamentos que conduzem a resultado diverso. Nessa hipótese é estabelecida uma nova regra jurídica que regerá situações semelhantes ou idênticas” (MEDINA, 2013, p. 677 e ss.).

15. Art. 489, § 1º - “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Esse dever de manter coerência impõe aos tribunais a obrigação de não contrariar suas próprias decisões (dever de autorreferência¹⁶), evitando tratamento desigual e, portanto, contraditório, a sujeitos de direito que se encontram em situação equivalente, sob pena de se ferir o princípio da igualdade e causar odiosa insegurança jurídica. Dessa forma, a não aplicação de um precedente a determinada situação (o *distinguishment* ou o *overruling*) deve ser suficientemente justificada.

Para bem ilustrar o dever de autorreferência, interessante mencionar a metáfora elaborada por Dworkin, citada por Didier (CUNHA, DIDIER JR., 2016):

“a construção judicial do Direito é um romance em cadeia: cada julgador escreve um capítulo, mas não pode deixar de dialogar com o capítulo anterior, para que a história possa resultar em algo coerente”.

Portanto, há que se assegurar o pleno cumprimento, por todos os tribunais do país, da *ratio decidendi* subjacente ao precedente firmado a partir do julgamento do Tema nº 210, o que é tarefa urgente e ainda a ser cumprida, já que, à exceção do art. 22, item 2 (para limitar a responsabilidade do transportador aéreo por danos materiais em situações de atraso ou perda no transporte de bagagem), a jurisprudência segue propensa a negar vigência a certos dispositivos da Convenção de Montreal, em vista de entendimentos, sem o devido *distinguishment*, no sentido de que tais normas seriam incompatíveis com a Constituição Federal (CF), com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

16. Conforme definição de Macedo, “autorreferência é um dever de fundamentação específico, pelo qual o magistrado precisa, necessariamente, referir-se ao que foi realizado anteriormente pelos seus pares para decidir adequadamente uma questão similar. Isto é, o Judiciário, ao julgar um caso que já foi por ele mesmo decidido, precisa referir-se à sua atuação, independentemente de sua decisão confluir ou se desviar da linha assumida anteriormente. Essa é uma característica essencial para o bom funcionamento do *stare decisis* e é capaz de garantir racionalidade e segurança” (MACEDO, 2014, v. 237).

17. Na ocasião da realização do primeiro *aviation day*, organizado pela Iata em Brasília no ano de 2012, tivemos a oportunidade de apresentar um comparativo com os números de ações propostas no Brasil em razão de questões relacionadas à perda ou atraso de bagagem no transporte aéreo internacional em comparação com

Como bem coloca Macedo (2014, v. 234),

“não é possível tolerar que o mesmo tribunal, ou mesmo que tribunais distintos, venham a sustentar, ao mesmo tempo, posições distintas. O tribunal, ainda que dividido em vários órgãos, é um só, e precisa atuar em conformidade com sua unidade, assumindo uma única posição acerca da mesma questão jurídica. Além disso, o tribunal precisa estar atento para uma eventual manifestação de dissidência interna, tomando a responsabilidade de uniformizar a sua orientação, mediante um precedente adequado para isso. Nesse sentido, estabelece-se o dever de uniformizar”.

Esse comportamento incoerente e desuniforme dos nossos tribunais no que se refere à aplicação do precedente resultante do julgamento do Tema nº 210 tem agravado o já expressivo volume de ações ajuizadas no país em face de companhias aéreas e, portanto, causado crescente insegurança jurídica na sociedade.¹⁷

Feitas estas considerações, demonstrada a força vinculante do precedente insito ao Tema nº 210, bem como a urgência de uniformização do tema para manutenção da coerência na aplicação da norma jurídica, é relevante passarmos à análise da sua *ratio decidendi*, que não se restringe a um comando normativo dirigido aos tribunais para que apliquem apenas o art. 22, item 2, da Convenção de Montreal para limitar a responsabilidade do transportador aéreo por danos materiais, em situações de perda ou

ações propostas nos Estados Unidos e em alguns países na Europa, e concluímos que o volume de litígios no Brasil era assombrosamente superior ao que se vê em outras partes do mundo. Mais recentemente, seguindo parâmetros semelhantes, a Junta dos Representantes das Companhias Aéreas Internacionais do Brasil (Jurcaib) fez uma pesquisa entre suas associadas e concluiu que, no período de um ano, empresas aéreas que operam uma média de dez voos diários a partir do Brasil foram citadas em 2.859 ações judiciais relacionadas à prestação de serviços de transporte aéreo de passageiros. As mesmas empresas aéreas operaram aproximadamente 10 mil voos diários nos Estados Unidos no mesmo ano, mas foram citadas em apenas 426 processos naquele país. A desproporção é gigantesca. Salta aos olhos e demonstra que de fato há um grave problema em nosso país, que demanda urgente solução.

atraso de bagagem na prestação dos serviços de transporte aéreo internacional, mas sim para que se garanta a vigência da referida convenção em sua integralidade.

4 O precedente do STF decorrente do julgamento do Tema nº 210 e sua *ratio decidendi*

Conforme mencionado na parte introdutória do presente artigo, ao analisar o Tema nº 210, o Plenário do STF decidiu que as questões em debate deveriam ser resolvidas de acordo com as regras estabelecidas pelas convenções internacionais sobre a matéria, ratificadas pelo Brasil. A tese aprovada por ocasião da análise do tema assim foi redigida:

“por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.

Como se exporá ao longo desse título, o precedente surgiu da análise conjunta de uma ação em que se discutia a responsabilidade civil de uma empresa aérea pela perda de bagagem e de um processo em que se discutia o prazo prescricional para propositura de ação de indenização decorrente de danos oriundos de atraso de voo. Nestas duas ações, as rés pleiteavam a vigência das normas previstas da Convenção de Varsóvia e da Convenção de Montreal, em vista do que dispõe o art. 178 da CF. Posteriormente à admissão do recurso com repercussão geral, várias outras ações foram suspensas, incluindo ações que versavam sobre pedido de indenização por danos supostamente causados em razão de atraso de voo.

Como se percebe, as questões em debate extrapolam a discussão sobre limitação de responsabilidade por dano material no transporte aéreo de bagagem, não sendo esta a sua *ratio decidendi*.

O precedente em questão tem como *ratio decidendi* a definição no sentido de que a Convenção de Varsóvia e a Convenção de Montreal constituem norma especial vigente no Brasil e, como tal, devem servir como fundamento para responsabilizar o transportador aéreo por danos verificados no transporte aéreo internacional, nos termos do art. 178 da CF.

Não obstante a clareza da situação, como já se ventilou linhas acima, instalou-se significativa confusão após o julgamento do Tema nº 210. Vários julgados simplesmente têm deixado de aplicar o precedente como fundamento para decidir demandas similares, tais como ações cujo objeto é pedido de indenização por perda ou danos à carga aérea ou decorrente de atraso de voo. Ainda, temos visto repetidas decisões recusando-se a limitar a responsabilidade de transportadores aéreos ao arbitrar indenizações por danos morais, sob o errôneo entendimento de que não estariam sujeitos às limitações de valor previstas na Convenção de Montreal.

Não obstante a clareza da situação, instalou-se significativa confusão após o julgamento do Tema nº 210.

Essa realidade demanda uma análise mais aprofundada da efetiva *ratio decidendi* ínsita ao julgado por ocasião da análise do Tema nº 210.

Para elucidar a questão, deve-se partir da análise dos motivos que levaram o STF a reconhecer a repercussão geral nos autos do acima referido RE nº 636.331-RJ (antes AI nº 762.184 RG/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso).

O mencionado acórdão foi assim ementado:

“RECURSO. Extraordinário. Extravio de bagagem. Limitação de danos materiais e morais. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa

do Consumidor. Princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita. Norma prevalecente. Relevância da questão. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a possibilidade de limitação, com fundamento na Convenção de Varsóvia, das indenizações de danos morais e materiais, decorrentes de extravio de bagagem”.

Muito embora a situação fática em tela refira-se à discussão quanto à aplicação da Convenção de Varsóvia ou do CDC para efeito de se determinar eventual limitação de responsabilidade em situação de perda de bagagem no transporte aéreo internacional, a questão jurídica colocada em debate na Corte Suprema referiu-se, na realidade, à vigência do art. 178 da CF, que dispõe que os tratados internacionais devem ser observados quanto à ordenação do transporte (aéreo) internacional.

Obviamente é essa matéria colocada em debate – vigência do art. 178 da CF – por força do seu *status* constitucional. Análises sobre artigos da convenção, ou seu alcance, realizam-se no âmbito infraconstitucional, fora do campo de atuação do STF, e, portanto, não compõem a *ratio* dos julgamentos proferidos por este tribunal.

O relatório do ministro Gilmar Mendes, ao analisar o RE, e já se referindo ao recurso de relatoria do ministro Roberto Barroso mencionado no início deste artigo, ajuda a definir com clareza a *ratio decidendi* do Tema nº 210:

“A despeito de não versarem exatamente sobre o mesmo objeto, no fundo, os dois julgados tratam da mesma questão jurídica, a saber: a definição de qual diploma legal deve prevalecer, nos casos de antinomia entre o Código de Defesa do Consumidor e as Convenções internacionais que regulam o transporte aéreo internacional de passageiros”.

É evidente que a questão relevante sujeita à análise do STF é mais abrangente que a limitação de responsabilidade pelo dano material decorrente de perda de bagagem em serviço de

transporte aéreo internacional. A matéria posta em discussão refere-se, sim, à violação do art. 178 da CF, decorrente da negativa de vigência da Convenção de Varsóvia (substituída pela Convenção de Montreal), e consequente aplicação do CDC para solucionar questões previstas expressamente na referida convenção internacional. Essa conclusão é irrefutável quando se analisa o tema sob o aspecto da própria admissibilidade dos recursos em tela, julgados em regime de repercussão geral.

Ao pontuar a questão constitucional debatida, o ministro Barroso assim esclareceu em seu relatório:

“Senhor Presidente, ambos os recursos versam sobre a solução de antinomias entre o Código de Defesa do Consumidor e os tratados internacionais que regem o transporte aéreo internacional. Nos dois processos, os acórdãos recorridos afirmaram a prevalência do CDC sobre os diplomas convencionais, variando apenas o contexto debatido: (i) no RE 636.331/RJ, de que é Relator o eminente Ministro Gilmar Mendes, o Tribunal de origem valeu-se do CDC para afastar os limites de indenização por danos materiais previstos na Convenção de Varsóvia; enquanto (ii) no ARE 766.618/SP, que versa sobre danos decorrentes de atraso de voo, o órgão *a quo* aplicou o prazo prescricional do art. 27 do CDC (cinco anos), em vez do prazo bienal do art. 29 da Convenção de Varsóvia. 2. Em síntese, portanto, a questão constitucional posta perante esta Corte poderia ser enunciada nos seguintes termos: Havendo antinomia entre o CDC e as convenções que regem o transporte internacional, é correto dizer que o art. 178 da Constituição determina a prevalência destas sobre aquele?”.

Enquadrada a questão desta forma, o exmo. ministro Barroso concluiu seu voto da seguinte forma:

“Portanto, Presidente, por essas considerações, baseando-me sobretudo na circunstância de que me parece inequívoca a opção do constituinte

pela prevalência da Convenção Internacional nesta matéria, essa é a conclusão que eu adoto. Esse raciocínio não se confunde com a eventual ideia, que alguém poderia ter, de que se deveria proteger mais ou menos o consumidor, porque aqui nós estamos definindo qual é o estatuto jurídico que se aplica: a Convenção ou Código do Consumidor. Parece-me que, por interpretação constitucional, é claramente hipótese de se aplicar a convenção. Eu concluo o meu voto, portanto, com o seguinte dispositivo: Diante do exposto, concluo no sentido de: (i) Afirmar a seguinte tese em sede de repercussão geral: ‘Por força do art. 178 da Constituição, em caso de conflito, as normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor’.

É de cristalina obviedade que a questão jurídica relevante debatida e decidida por ocasião da análise do Tema nº 210, a partir do qual surgiu o precedente, é a aplicação da convenção internacional em sua integralidade, em vista do disposto no art. 178 da CF, e não apenas a vigência de determinados artigos nela contidos. Tanto é assim que a tese formada decorreu da análise de uma ação em que se discutia perda de bagagem e outra que tratava da responsabilidade por atraso de voo, para, no segundo caso, decidir-se sobre a vigência da convenção também no que tange ao prazo prescricional nela previsto. Toda a justificação utilizada na fundamentação da decisão partiu da análise dos mo-

tivos pelos quais a Convenção deveria ser aplicável, para garantir a observância do art. 178 da CF, daí decorrendo a *ratio decidendi*.¹⁸

De fato, houve discussões na sessão de julgamento do Tema nº 210 com o escopo de esclarecer que não se estava julgando a questão dos danos morais – até porque esse aspecto sequer foi objeto do recurso então em análise – bem como para fundamentar a ausência de óbices à aplicação da norma limitadora de responsabilidade prevista no tratado internacional, em vista das conclusões do então ministro Cezar Peluso, quando da admissão do recurso, acerca de suposta incompatibilidade dos tratados com o disposto nos incisos V e X do art. 5º da CF. De fato, houve expressa manifestação de alguns ministros no sentido de que a matéria discutida no Recurso Extraordinário nº 636.331 referia-se apenas a danos materiais em caso de perda de bagagem e que, a rigor, os danos morais não se sujeitariam aos limites indenizatórios previstos na convenção.

Todavia, essas ressalvas e discussões em nada afetam ou modificam o conteúdo do precedente, que, como afirmado, tem como *ratio decidendi* a aplicabilidade da convenção internacional em sua integralidade. Menções quanto à ausência de análise dos danos morais ou sua eventual não sujeição aos limites indenizatórios, feitas à margem de uma análise sistemática da convenção, constituem *obiter dictum* e não compõem a parcela obrigatória do precedente.¹⁹ Até mesmo porque considerações quanto ao fato de os danos morais estarem

18. Inclusive, assim se manifestou o ministro Roberto Barroso ao relatar o Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618-SP: “a mesma *ratio* se aplica ao RE 636.311/RJ: por incidência do art. 178 da Constituição, o conflito entre o CDC e a Convenção de Varsóvia deve se resolver em favor desta última: incide, assim, a regra que limita a indenização por danos materiais”.

19. O voto da exma. ministra Rosa Weber é pródigo em observações *obiter dictum*, não apenas com relação à indenizabilidade do dano moral, mas também com relação à indenização por morte ou lesão a passageiros, ou mesmo a justificar a regra de limitação de responsabilidade em vista da ausência de caráter de serviço público com

relação à atividade econômica realizada pelos transportadores aéreos, temas estes que, muito embora úteis às conclusões a que chegou a douta ministra, são completamente estranhos à matéria analisada pelo tribunal. O próprio voto reconhece essa característica ao tratar de temas diversos: “A propósito, a título de *obiter dictum*, destaco que o tratado em tela não excluiu a aplicação de regras processuais domésticas (art. 28, nº 2, da Convenção de Varsóvia), motivo pelo qual, à míngua de antinomia, entendo cabível, em demandas entre consumidores e fornecedores do serviço de transporte aéreo internacional, a inversão processual do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC”.

ou não inseridos nos limites de responsabilidade previstos no art. 22 da Convenção de Montreal fogem completamente à competência do STF, já que envolveriam a aplicação do tratado como lei federal, tema estranho à CF e que, portanto, não pode fazer parte do precedente formado a partir do julgamento do Tema nº 210.²⁰

A demonstrar a conformação da *ratio decidendi*, ressalve-se que, após analisar antinomia entre CDC e convenções e afirmar que convenções seriam norma especial, o ministro Barroso assim se posiciona:

“O que legitima a admissão dos recursos extraordinários sobre esta questão é a existência de um dispositivo constitucional que a influencia: o art. 178 da Constituição, que prevê expressamente que, na ordenação do transporte internacional, serão observados os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. Assim, a Constituição brasileira, no seu art. 178, previu um critério para a solução dessa antinomia. Neste caso, a Constituição fez um pouco o papel que a antiga Lei de Introdução ao Código Civil – hoje, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – faz em termos de regras de sobredireito. Por conseguinte, aqui há uma regra de sobredireito constitucional que indica como é que se deve solucionar esta controvérsia”.

No mesmo sentido entendeu a ministra Rosa Weber:

20. Nesse sentido, há a seguinte menção no voto-vista proferido pela exma. ministra Rosa Weber, apresentado em sessão de julgamento do RE nº 636.331-RJ: “Fosse o caso, contudo, de interpretar apenas normas de estatuta infraconstitucional, a manifestação desta Suprema Corte não só seria prescindível, como, na realidade, resultaria desconectada do modelo de distribuição de competências estabelecido pela Lei Maior, uma vez que este estabelece o Superior Tribunal de Justiça como Corte responsável por dirimir questões de tal jaez”.

21. Após várias digressões, encontra-se muito visível e bem colocada a *ratio decidendi* do precedente (Tema nº 210) também no voto da exma. ministra Rosa Weber (RE nº 636.331-RJ) quando assim conclui: “A atuação jurisdicional deste Supremo Tribunal Federal, nos casos concretos ora em exame, torno a enfatizar, está legitimada pela necessidade de apurar a compatibilidade das Convenções de Varsóvia e de Montreal com a Magna Carta – tarefa empreendida nos

“Parece-me, aliás, que, conquanto os referidos tratados não versem sobre direitos humanos, a eles o Poder Constituinte conferiu excepcional *status* supralegal, ao erigir, no texto magno, regra segundo a qual as leis internas devem observar os acordos internacionais sobre transporte aéreo, aquático e terrestre firmados pela República Federativa do Brasil”.

Percebe-se, e não é demais repisar, que a *ratio decidendi* que se infere a partir do precedente em questão consubstancia-se na confirmação da vigência da Convenção de Montreal em sua integralidade, com *status* de norma de sobredireito, sendo esse o comando extraído do art. 178 da CF.²¹

Em outro giro, e também a corroborar tudo o que aqui se afirma, interessante mencionar decisão proferida pela 1ª Turma do STF em agravo regimental contra decisão monocrática do então ministro Joaquim Barbosa,²² a qual determinou o sobrestamento dos autos de ação proposta em face de companhia aérea em que se pedia indenização por danos decorrentes de atraso no transporte aéreo. Ao relatar o acórdão que denegou o recurso, o ministro Roberto Barroso afirmou:

“Ademais, tal como constatou a decisão recorrida, a controvérsia dos autos é análoga ao tema debatido no RE 636.331 (Tema 210), cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme consta da manifestação de repercussão geral proferida pelo Ministro Cezar

tópicos anteriores – e de interpretar o exato alcance do comando do art. 178 da Constituição da República. Nesse itinerário, convém, desde já, perquirir sobre a envergadura atribuída pela norma do art. 178 da Constituição da República ao vocábulo ‘ordenação’. Ou melhor, para indagar junto com o Ministro Ayres Britto, se por ‘ordenação’ estaria o texto constitucional aludindo simplesmente a normas de organização do transporte aéreo internacional ou, ao revés, estaria abarcando tudo quanto fosse objeto do mencionado transporte, inclusive o modelo de responsabilidade, o prazo prescricional para deduzir pretensão reparatória em juízo etc. Em tal exercício, reputo que o constituinte empregou o vocábulo ‘ordenação’ de maneira ampla, de modo a prestigiar o compromisso assumido pela República Federativa do Brasil em instituir sistema uniforme de tratamento de demandas envolvendo consumidores e fornecedores do serviço de transporte aéreo internacional”.

22. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 667.282.

Peluso, no paradigma, a questão controvertida diz respeito à prevalência do Código de Defesa do Consumidor sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica e sobre a Convenção de Varsóvia, com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal”.

O posicionamento dos ministros da Corte Suprema foi pela analogia entre duas ações, uma que tratava sobre indenização decorrente de atraso de voo e outra sobre indenização por perda da bagagem, justamente porque a questão relevante posta em debate, em ambos os processos, foi a vigência da Convenção de Varsóvia (substituída pela Convenção de Montreal), que trata de responsabilidades de civil do transportador aéreo e abrange situações de atraso de voo e perda de bagagem, assim como perda, atraso ou extravio de mercadorias, vedação à indenização de caráter punitivo, questões relativas à prescrição, entre outras. Isso confirma que a *ratio decidendi* em discussão consiste na vigência da Convenção de Montreal à luz do art. 178 da CF.²³

Qual seria o sentido de se aplicar uma norma da Convenção de Montreal e deixar de aplicar outra?

Interpretação restritiva quanto ao alcance do precedente formado pelo julgamento do Tema nº 210, como se fosse aplicável apenas a casos envolvendo indenização por dano material por perda de bagagem em transporte aéreo internacional, levaria a uma situação de caos, em completa violação ao princípio da isonomia e da segurança jurídica, cuja observação se pretende garantir por meio do

23. Muito embora fora do contexto da análise do Tema nº 210, é sempre importante lembrar que o caráter supralegal do tratado também decorre do art. 27 da Convenção de Viena, que dispõe que um país não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Dessa forma, caso se

regime dos precedentes. Ao invés da coerência, teríamos a incoerência. Ao invés da uniformização da jurisprudência, teríamos a desunificação.

Percebe-se que se formou no Brasil, especialmente após o julgamento do Tema nº 210, uma visão fragmentada das normas em questão, como se fosse possível admitir a vigência da Convenção de Montreal apenas parcialmente, picotada ao prazer do intérprete da lei, sem que isso violasse o que se espera de um regime de precedentes adotado pelo país a partir da Emenda Constitucional nº 45 e aperfeiçoado por leis posteriores, especialmente o novo CPC.

Ao invés de buscar a uniformidade e coerência das decisões, aprimorando a segurança jurídica produzida pela prestação jurisdicional, essa observância fragmentada da convenção, decorrente do descumprimento da *ratio decidendi* ínsita ao precedente, institui o caos, a incoerência na aplicação da norma e a mais abominável insegurança jurídica, o que acaba gerando, na seara da responsabilidade civil do transportador aéreo, tudo o que se deve evitar: incertezas quanto ao Direito vigente, avalanche de ações judiciais, prejuízos às companhias aéreas fornecedoras e passageiros consumidores; ou seja, um verdadeiro desserviço ao país.

Qual seria o sentido de se aplicar uma norma da Convenção de Montreal e deixar de aplicar outra? Se a decisão do Supremo tem como objeto a vigência do art. 178, que conduz à vigência da Convenção de Montreal, simplesmente não há como entender pela incidência de um artigo do referido tratado e afastar a incidência de outro. Por qual motivo deve ser observado o art. 22, item 2, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo em caso de extravio de bagagens, e não

configure eventual conflito entre norma de direito interno e um tratado internacional firmado pelo Brasil e validamente introduzido em nosso ordenamento jurídico, deve prevalecer o tratado, sob pena de violação também do referido art. 27 da Convenção de Viena, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 7.030/2009.

se observar o mesmo art. 22, mais especificamente seu item 3, que trata da limitação de responsabilidade em caso de avaria ou extravio de carga? Da mesma forma, por que se aplicaria o art. 35, que trata do prazo prescricional para distribuição de ações em face de companhias aéreas, mas não o art. 19, que dispõe sobre a responsabilização do transportador em caso de atraso de voo, ou o art. 29, que veda as indenizações de caráter punitivo?

Em vista do exposto, parece não haver dúvida de que o precedente formado a partir do julgamento do Tema nº 210 não pode incidir de forma restrita aos casos concretos que envolvem responsabilidade do transportador aéreo por danos materiais ocasionados por perda de bagagem ou discussões sobre prescrição para propositura de ações por passageiros. Observada a *ratio decidendi* do precedente, os tribunais em todo o país devem fazer incidir a Convenção de Montreal em todos os seus termos, o que abrange toda e qualquer hipótese prevista na referida convenção.

A negativa de vigência de qualquer dos artigos da Convenção de Montreal, portanto, deveria passar pelo crivo do *overruling* ou do *distinguishment*, o que demandaria a devida fundamentação a justificar o afastamento de norma do tratado sem que isso resultasse em violação ao art. 178 da CF. Na medida em que o referido art. 178 é claro ao dispor que no transporte internacional devem ser observados os tratados internacionais firmados pelo Brasil, estes considerados normas de sobredireito, como bem esclareceu o STF, resta saber qual seria a fundamentação para negar vigência à Convenção de Montreal sem incorrer em violação ao dispositivo constitucional e aos compromissos firmados pelo Estado brasileiro no plano internacional.

5 Conclusão

Concluída a análise do tema, podemos chegar a conclusões bastante objetivas acerca da interpretação dos tribunais sobre a vigência dos tratados

internacionais que dispõem sobre a responsabilidade civil do transportador aéreo no transporte internacional:

1) O precedente formado a partir do julgamento do Tema nº 210, em regime de repercussão geral, deve ser observado por todos os tribunais brasileiros.

2) A norma encerrada no referido precedente tem como *ratio decidendi* a obrigatoriedade da observância da Convenção de Varsóvia, substituída pela Convenção de Montreal, consideradas normas de sobredireito, para que assim se assegure vigência ao disposto no art. 178 da CF. Neste sentido, a convenção deve ser aplicada em sua integralidade, e não parcialmente.

3) Aplicada em sua integralidade, vigoram não apenas as normas previstas no art. 22 – item 2 da convenção, que limita a responsabilidade do transportador aéreo por danos decorrentes de perda de bagagem (vedada a chamada indenização punitiva), mas também o art. 22 – item 3, que limita a responsabilidade do transportador por dano ou atraso no transporte de cargas; o art. 19, que prevê a responsabilidade do transportador por atraso no voo com base em um regime de responsabilidade subjetiva com culpa presumida; o art. 29, que veda a indenização punitiva ou não compensatória; o art. 35, que prevê o prazo prescricional de dois anos para propositura de ação de indenização por fatos ocorridos na prestação dos serviços de transporte aéreo internacional; assim como todas as demais normas previstas na convenção.

4) Negada a vigência da convenção em sua integralidade, ausente a devida fundamentação, violam-se as seguintes normas jurídicas: a) o precedente resultante do julgamento do Tema nº 210; b) o inciso VI do § 1º do art. 489, além dos arts. 926 e 927 do CPC; c) o art. 27 da Convenção de Viena e, finalmente, d) o art. 178 da CF; sem falar no ilícito em que incorre o Estado brasileiro no âmbito do Direito Internacional. ■

Bibliografia

- CAVALCANTI, André Uchoa. *Responsabilidade civil do transportador aéreo*: tratados internacionais, leis especiais e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIDIER JR., Fredie Souza. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 18, n. 36, 2015.
- GOLDHIRSCH, Lawrence. *The Warsaw Convention Annotated*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1988.
- HAMILTON, J. Scott. *Practical Aviation Law*. 2. ed. Ames: Iowa State University Press, 1996.
- MACEDO, Lucas Buril de. O Regime Jurídico dos Precedentes Judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 237, p. 369, 2014.
- _____. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, v. 234, p. 303-327, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. In: _____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*: com remissões e notas comparativas ao CPC 1973. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- _____. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: _____; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. *Novas Tendências do Processo Civil* – Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2013.
- MOURA, Geraldo Bezerra de. *Transporte aéreo e responsabilidade civil*. São Paulo: Aduaneiras, 1992.
- MORSELLO, Marco Fabio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. In: _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*: Lei 7.565/86. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- REZEK, J. F. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

P

rocedimento para autorização de funcionamento e operação de empresas aéreas estrangeiras.

O regime dos tratados bilaterais.

Ricardo Elias Maluf

Advogado. Especialista em Direito Aeronáutico Internacional.

Sumário

1. Introdução
2. Sistema jurídico em que se insere
3. Procedimento para autorização de funcionamento e operação de empresas aéreas estrangeiras
4. O regime de tratados bilaterais
5. Liberdades do ar
6. Do regime restritivo sujeito à significativa regulação aos acordos de céus abertos no Brasil

Bibliografia

1 Introdução

Torre de Babel – a narrativa bíblica da maldição divina imposta aos homens – que tentaram construir a Torre de Babel para alcançar o céu – que, após ter sido derrubada por Deus, espalhou os povos pelo planeta, cada um com seu idioma diferente, deve ser a mais longínqua percepção de necessidade da criação do que atualmente denominamos Direito Internacional – a incessante busca pelo apaziguamento e harmonia entre os povos, através de normas comuns e ordenamento legal positivo, que gerem transparência aos direitos e deveres nas relações além das fronteiras.

Os distintos idiomas, culturas e tradições, bem como a diversidade de conceitos jurídicos, impuseram à civilização moderna tratar as relações internacionais através de uma normatização especial, notadamente quando nos deparamos com a complexa regulação do espaço aéreo. Sobre o tema, fomos agraciados com o convite para expor algumas ideias, o que trazemos a seguir.

2 Sistema jurídico em que se insere

O pós-guerra, ao redor da década de 1920, impulsionou o crescimento socioeconômico no campo da aviação comercial, surgindo a necessidade, em caráter de urgência, de regulamentar e discutir a natureza jurídica do espaço aéreo, com o escopo de criar regras harmonizadoras, com vistas a manter a segurança e preservar a soberania dos países. Iniciaram-se, assim, tratativas políticas entre os países, que culminaram em muitos acordos e tratados, dentre as quais se destacam: a Convenção de Paris, em 1919; a Convenção de Varsóvia, em 1929; e a Convenção de Chicago, em 1944, de que trataremos mais detalhadamente neste artigo.

O pós-guerra impulsionou o crescimento socioeconômico no campo da aviação comercial.

A Convenção de Paris lançou, em 1929, as primeiras regras e padronização internacional sobre o direito e soberania do Estado e seu espaço aéreo e, também, definiu normas relativas ao transporte aéreo civil como: registro e nacionalidade de aeronaves, certificados de segurança, com o escopo de encontrar um padrão global para a nova atividade comercial que acabara de nascer.

Frisa-se que a principal função da regulamentação do espaço aéreo, através de convenções, tratados e atos, bem como dos acordos bilaterais,

traduz a primazia do princípio que rege o Direito Espacial: garantir o respeito e harmonia entre os Estados soberanos e a consequente paz mundial em prol do bem-estar da humanidade.

No âmbito do Direito Aeronáutico Internacional, após Paris, o primeiro passo regulamentador relevante entre Estados se encontra na Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, adotada no Brasil através do Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931 – comumente reconhecida como a Convenção de Varsóvia, de 1929, que estabeleceu normas documentais e de responsabilidade civil, como marco regulatório inovador, na medida em que se iniciavam naquela década os primeiros voos comerciais internacionais da história.

Entretanto, o grande avanço regulatório no âmbito internacional é observado com a promulgação da Convenção sobre Aviação Civil Internacional, em Chicago, a 7 de dezembro de 1944, firmada pelo Brasil em Washington, a 29 de maio de 1945, recepcionada no nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 21.713/1946, que, entre outras relevantes disposições, estabeleceu a criação de uma organização denominada Organização Internacional de Aviação Civil (Oaci), com finalidade estatutária de desenvolver princípios e estimular o desenvolvimento seguro e ordeiro da aviação internacional do mundo. Conhecida internacionalmente pela sigla em inglês Icao (International Civil Aviation Organization), uma das agências especializadas da Organização das Nações Unidas (ONU), sediada atualmente em Montreal, Canadá, é habilitada para auxiliar no constante desenvolvimento do transporte aéreo de forma igualitária, segura e ordeira, preservando as relações entre os Estados soberanos, a fim de garantir o deslocamento de passageiros e cargas, alinhando-se os mais diversos conceitos jurídicos e sociais em um ordenamento jurídico que se espera ser mundialmente aceito, a se evitarem conflitos e desacertos extraterritoriais entre os países.

A missão objetivamente divulgada pela Icao é “para servir como o fórum global dos Estados para a aviação civil internacional. A Icao desenvolve políticas e normas, realiza auditorias de conformidade, realiza estudos e análises, fornece assistência e constrói capacidade de aviação por meio de muitas outras atividades e da cooperação de seus Estados-Membros e partes interessadas”.

Denota-se a constante e árdua busca pela normatização que ultrapassa as fronteiras de forma a definir relações harmônicas que viabilizam a atividade de aviação civil.

No Brasil foi criado, em 22 de abril de 1931, o Departamento de Aeronáutica Civil, constituído por militares da Aeronáutica e civis, para estudar, orientar, planejar, controlar, incentivar e apoiar as atividades de aviação civil pública e privada, com sede no Rio de Janeiro. Em 1969, seu nome foi modificado para Departamento de Aviação Civil (DAC), substituído pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), instituída através da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, atuando hoje como Autoridade de Aviação Civil e Agência Reguladora Brasileira, com competência legal, dentre muitas outras, para a representação do Brasil em convenções, acordos, tratados e atos de transporte aéreo internacional com outros países ou organizações internacionais de aviação civil.

A Constituição Federal (CF) brasileira, no art. 21, inciso XII, alínea c, estabelece a competência da União para exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, da navegação aérea, aeroespacial e da infraestrutura aeroportuária, o que foi ordenado positivamente pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (CBAer) – Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, com tratamento especial ao transporte aéreo internacional nos arts. 203 e seguintes.

Para fins deste estudo, e com o propósito de melhor especificar o sistema jurídico em que o transporte aéreo está inserido, mister destacar a redação do art. 1º do CBAer, que define:

“Art. 1º - O Direito Aeronáutico é regulado pelos tratados, convenções e atos internacionais de que o Brasil seja parte, por este código e pela legislação complementar.

§ 1º - Os tratados, convenções e atos internacionais, celebrados por delegação do Poder Executivo e aprovado pelo Congresso Nacional, vigoram a partir da data neles prevista para esse efeito, após o depósito ou troca das respectivas ratificações, podendo, mediante cláusula expressa, autorizar a aplicação provisória de suas disposições pelas autoridades aeronáuticas, nos limites de suas atribuições, a partir da assinatura (artigos 14, 204 a 214)”.

Com nitidez, podemos concluir que o Direito Aeronáutico está inserido no sistema jurídico nacional e no sistema jurídico internacional, na medida em que a CF estabeleceu a competência da União (através da Anac) para tratar da matéria, sob a égide do CBAer, que, de forma abrangente e inequívoca, recepciona os tratados internacionais subscritos pelo Brasil, e aprovados pelo Congresso Nacional, com delegação de competência através de lei federal à Anac, que representa o Estado brasileiro nos tratados, convenções e atos internacionais quando a matéria tratar de aviação civil doméstica ou internacional.

Há, portanto, um ordenamento jurídico próprio e especial para resguardar as premissas constitucionais, preservando-se a soberania nacional, e independência do Estado, admitindo-se o tráfego internacional, pacífico e seguro, com garantias e liberdades legais de operação aérea no território brasileiro e além de nossas fronteiras, com abertura legalmente definida para recepção de operadores aéreos estrangeiros, em consonância com o internacionalmente estabelecido pelos organismos internacionais competentes.

Assim, temos o CBAer, complementado com a regulação especial ditada por tratados, convenções e atos internacionais aprovados e inseridos no ordenamento jurídico brasileiro pelo Congresso

Nacional, aplicado indistintamente aos operadores aéreos no território brasileiro, sejam empresas nacionais ou estrangeiras.

Nosso ordenamento jurídico especial para a aviação civil assegura direitos e obrigações a todos os operadores nacionais ou estrangeiros, com a especificidade e a complexidade jurídica que a atividade requer, estando em consonância com paradigmas internacionais com respeito à soberania nacional e ao Estado de Direito.

3 Procedimento para autorização de funcionamento e operação de empresas aéreas estrangeiras

Os serviços aéreos públicos abrangem os serviços aéreos públicos especializados e os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional. Para que uma empresa brasileira possa explorar serviços aéreos públicos, dependerá sempre de prévia concessão para o transporte aéreo regular, ou de autorização para transporte aéreo não regular. A concessão para operar terá validade de até dez anos, e a autorização para operar terá validade de até cinco anos, contados a partir da data da publicação do ato de outorga, ambas renováveis, conforme o CBAer.

Para as empresas estrangeiras, a autorização para funcionamento e operação regular no Brasil deverão ser designadas pelo governo do país de origem e, após o quê, deverão solicitar uma autorização para funcionamento e, posteriormente, uma autorização para operar junto à Anac, conforme art. 205 do CBAer.

Atualmente, o processo de outorga de serviços aéreos públicos é regido pelas seguintes normas: CBAer; Resolução nº 377/2016, que regulamenta a outorga de serviços aéreos públicos para empresas brasileiras; e Portaria nº 616/SAS, de 16 de março de 2016 – regulamenta os arts. 7º e 16 da Resolução nº 377, de 15 de março de 2016.

Na prática, o processo de outorga de serviços aéreos públicos, por parte do governo brasileiro para empresas internacionais, que dependiam de um moroso sistema burocrático processual perante a Anac, tem se mostrado bastante eficaz, facilitando em muito a abertura de filiais de empresas estrangeiras no Brasil, através de um célere e transparente processo eletrônico.

Nosso ordenamento jurídico especial para a aviação civil assegura direitos e obrigações a todos os operadores.

De fato, o processo eletrônico foi adotado pela Anac em 31 de agosto de 2016 e, assim como o processo eletrônico judicial, vem se mostrando uma ferramenta eficaz de comunicação entre as empresas aéreas e a Anac. Com a nova ferramenta, reduziram-se em muito os prazos para abertura e autorização de funcionamento de empresas aéreas internacionais no Brasil, sendo possível a conclusão de um processo de autorização em prazos de aproximadamente 30 dias, desde que cumpridos, evidentemente, os requisitos legais transcritos do CBAer:

“Art. 205 - Para operar no Brasil, a empresa estrangeira de transporte aéreo deverá:

I - ser designada pelo Governo do respectivo país;

II - obter autorização de funcionamento no Brasil (artigos 206 a 211);

III - obter autorização para operar os serviços aéreos (artigos 212 e 213)”.

Para o primeiro passo, ou seja, para obter autorização para funcionamento legal, a empresa aérea designada apresentará à Anac seus documentos societários e demais documentos relacionados no art. 206 do CBAer, com vistas a poder funcionar como sucursal no Brasil. Esta primeira autori-

zação não implica a autorização para realizar operações aéreas, mas unicamente a existência legal da filial da pessoa jurídica estrangeira no Brasil.

Importante destacar que as atividades empresariais de companhia aérea internacional, em território brasileiro, estão igualmente adstritas à obrigatoriedade de registros públicos federais, estaduais, comerciais e municipais, estando a empresa obrigada a obter, após publicação, no Diário Oficial da União, da autorização de funcionamento, um número de Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), para abertura de conta bancária, para registro de empregados e para cumprimentos de obrigações fiscais, além de estar habilitada para operar carga, importação e exportação, bem como estar regularmente habilitada a todas as atividades empresariais e contratuais precípua no território brasileiro.

Na sequência, exige-se uma providência mais complexa: a empresa que pretende operar voos no território brasileiro precisará de uma autorização específica, e que vai além daquela autorização de funcionamento prevista no art. 206, inciso II, do CBAer. Essa segunda autorização, denominada autorização para operar, tem sua previsão legal no art. 212 do CBAer e, em poucas palavras, nada mais é do que um processo de homologação de planos técnicos operacionais da empresa estrangeira no Brasil, que conhecemos como Especificações Operativas (Ospecs), sempre que houver operações aéreas no Brasil, sejam elas regulares ou não regulares (voos *charters*, *waivers*, etc.).

O Brasil, por ser signatário das convenções mundiais sobre a aviação civil e membro da Oaci, ao tomar conhecimento de que uma empresa aérea de outro Estado-membro da Oaci pretende operar voos em seu território nacional, exige que tal empresa apresente suas especificações operativas, que são os documentos técnicos operacionais que aquela empresa possui, homologados pela autoridade aeronáutica do país onde ela foi constituída.

A Anac, portanto, limita-se, após exame técnico por especialistas, a homologar as especificações operacionais emitidas pela autoridade aeronáutica do país no qual aquela empresa encontra-se constituída, uma vez que as especificações operativas são extremamente técnicas e constantemente submetidas ao crivo e padrões da Oaci.

Assim, a empresa estrangeira estará apta a funcionamento jurídico e operativo, dependendo de registrar seus *slots* e voos nos sistemas Sigma e Siros, responsáveis pela instrumentalização de horários, reservas de aeroportos, sistema de navegação aérea.

Podemos afirmar que nossa legislação é abrangente e harmônica com os padrões internacionais, e podemos, ainda, concluir que a implantação dos sistemas informatizados da Anac contribuiu sobremaneira para a transparência, celeridade e eficiência dos procedimentos de registros e autorizações para a operação aérea, colocando o Brasil no mesmo nível de sistematização internacionalmente exigido como elemento essencial para atração de novos investidores e operadores aéreos no país.

É elogiosa a atual postura da Anac, modernizando procedimentos e utilizando-se de ferramentas e tecnologia modernas, tornando o processo mais transparente e seguro, com a necessária segurança jurídica, mais atraente para os investidores internacionais que desejam operar em terras e ares brasileiros.

4 O regime de tratados bilaterais

A Lei nº 11.182/2005, que instituiu a Anac, previu em seu art. 8º, inciso V, que compete àquela agência “negociar o estabelecimento de acordos e tratados sobre o transporte aéreo internacional”.

Pois bem, com base nesse dispositivo legal, os tratados bilaterais passaram a ser negociados pela Anac com os demais Estados-membros da Oaci, sempre tendo como premissa um dos princípios basilares do Direito Internacional, qual seja o princípio da reciprocidade.

Os tratados bilaterais que ora examinamos são os denominados Acordos de Serviços Aéreos (ASA). Sempre que uma empresa aérea nacional pretender iniciar operações no exterior, bem como quando uma empresa estrangeira pretender iniciar operações em território brasileiro, inicia-se um processo de negociações entre os dois Estados envolvidos, com o objetivo de alinhar os direitos e detalhes relativos aos serviços aéreos a serem prestados, de forma a serem reciprocamente obedidos. Referido processo de negociação é atualmente assessorado e coordenado pela Superintendência de Relações Internacionais (SRI) da Anac.

A Convenção de Paris afirma que o Estado tem soberania sobre o espaço atmosférico acima de seu território.

Estando os dois Estados de acordo com os termos do tratado bilateral, o mesmo é assinado pelos Estados-membros, para que se possa dar início às operações aéreas entre as empresas dos Estados signatários, tanto em território nacional quanto em território estrangeiro.

O objeto principal dos referidos Acordos de Serviços Aéreos está diretamente ligado, entre outros temas, às liberdades do ar que uma empresa aérea de um Estado poderá exercer perante o espaço aéreo do outro Estado. Atualmente, o Brasil é signatário de 112 acordos bilaterais com outros Estados, encontrando-os, resumidamente, para consulta, no sítio eletrônico: www.anac.gov.br, e também nos arquivos do Ministério das Relações Exteriores.

Alguns acordos bilaterais incluem, no mesmo instrumento, temas adicionais além da operação aérea, como acordo de não bitributação e temas diversos, como, por exemplo: possibilidade de operar em *code-share*, capacidade, cargas, sobrevoos, merecendo especial atenção questões

específicas para se evitar descumprimento do tratado, notadamente questões tributárias e comerciais.

Relevante compreender que o acordo bilateral é a base do conceito de harmonização internacional, mostrando-se peça fundamental para o entendimento da complexa operação a ser intentada, e temos observado acessibilidade e flexibilidade pelo governo brasileiro nas tratativas, com vistas a receber operadores de muitas nações.

Atualmente observamos uma padronização internacional nos textos dos acordos, o que representa um facilitador para interpretações e adaptações em casos especiais, mormente em se tratando de um mercado passível de crescimento e de muitas oportunidades a serem exploradas.

Fazer parte de um mercado global depende de um pleno enquadramento nas necessidades e melhores práticas já experimentadas e bem-sucedidas internacionalmente, aderindo a um sistema de rígida regulamentação, conferindo segurança jurídica aos operadores.

5 Liberdades do ar

Questionamento recorrente diz respeito ao limite para a soberania do Estado sobre seu espaço aéreo.

A Convenção de Paris afirma que o Estado tem soberania completa e exclusiva sobre o espaço atmosférico acima de seu território, estando a resposta no art. 1º da Convenção de Chicago: “Os Estados contratantes reconhecem ter cada Estado a soberania exclusiva sobre o espaço sobre seu território”.

Não há uma medida como estabelecida para questões marítimas, mas a corrente internacional mais adotada se refere aos limites atmosféricos onde exista capacidade para controle de tráfego, ou seja, cabe ao Estado resguardar a sua soberania e exercê-la no espaço aéreo sobrejacente ao seu território.

Neste contexto, a Convenção de Chicago consagrou as cinco liberdades do ar, o que traduzimos como direitos passíveis de concessão pelo Estado, usualmente objeto de acordo bilateral entre dois Estados contratantes (Acordos de Serviços Aéreos), no qual são detalhados os serviços aéreos a serem realizados e condições especiais, notadamente as liberdades a serem conferidas mutuamente.

O Ministério de Infraestrutura define as liberdades como:

“Os Direitos de Tráfego, também conhecidos como Liberdades do Ar, são um conjunto padronizado de nove direitos de aviação comercial, concedidos a outros países mediante negociação bilateral (ASAs) ou multilateral”.

A Oaci define de forma muito similar as liberdades do ar:

“Liberdades do Ar são divididas em duas categorias: fundamentais e comerciais. As liberdades fundamentais (1ª e 2ª Liberdades) são conhecidas como *International Air Services Transit Agreement*. As fundamentais são para todos os signatários da Convenção de Chicago, ou seja, não precisam de acordos bilaterais ou multilaterais. **LIBERDADES COMERCIAIS** - As liberdades comerciais são os pilares da economia do transporte aéreo internacional, uma vez que determinam como o comércio internacional de passageiros, de cargas e de correio se realizará. Estas liberdades comerciais (3ª a 9ª Liberdades) dependem de acordos bilaterais ou multilaterais para entrarem em vigor. Estes acordos são definidos, tendo em conta critérios como: a) capacidade (número de frequências de passageiros correio e/ou carga); b) tarifas; c) múltipla designação (mais de uma empresa da mesma bandeira operando na rota); d) voos extraordinários e de fretamento; e) rotas; f) código compartilhado”.

A seguir passamos a enumerar as liberdades do ar:

Primeira Liberdade - direito de sobrevoar sem pouso.

Segunda Liberdade - direito de escala técnica para reparações sem fins comerciais.

Terceira Liberdade - direito de desembarcar passageiros, cargas e malas postais provenientes do Estado de nacionalidade da aeronave.

Quarta Liberdade - direito de embarcar passageiros, cargas e malas postais provenientes do Estado de nacionalidade da aeronave.

Quinta Liberdade - direito de embarque destinado ao território de qualquer Estado e de desembarque procedente de quaisquer territórios.

José da Silva Pacheco ainda acrescenta outras três “liberdades” como desdobramentos propostos e defendidos por muitos, incluindo-se a Oaci e a Anac, não sendo vistas como liberdades absolutas, ou seja, vigentes somente com o prévio tratado ou acordo entre países:

Sexta Liberdade - “de embarcar ou desembarcar passageiros, cargas e malas postais, destinados ou procedentes de um Estado situado aquém ou além do Estado de bandeira da aeronave, com escala intermediária neste último” (PACHECO, 2006, p. 57).

Sétima Liberdade - “de embarcar passageiros ou desembarcá-los, destinados ou procedentes de outro Estado, em aeronave sob bandeira de um terceiro Estado e operada por empresa da mesma nacionalidade sem escala neste último Estado” (PACHECO, 2006, p. 58).

Oitava Liberdade - “de embarcar e desembarcar de uma única escala em território de um mesmo Estado, sendo a aeronave operada sob bandeira de outro Estado (cabotagem)” (PACHECO, 2006, p. 58).

E, por fim:

Nona Liberdade - de transportar passageiros e carga entre dois pontos no território do outro Estado contratante, sem continuar o serviço aéreo para o território do Estado de nacionalidade da aeronave. Trata-se de direitos de cabotagem pura, vedados a empresas estrangeiras de acordo com a lei atual.

As liberdades do ar mostram e consagram o respeito à soberania de cada país sobre seu espaço

aéreo, o que podemos traduzir como o limite até onde se pode controlar de forma prática e com tecnologia capaz. Não há como exercer a soberania sobre algo que não se vê ou se alcança, ou seja, a soberania sobre o espaço aéreo se vincula ao poder/controle possível de cada Estado. Assim, o acordo bilateral mostra-se peça fundamental de ajuste pacífico e ordenado para uma operação internacional justa e harmônica.

A Anac não deixará de cumprir com os parâmetros relativos aos padrões de segurança.

Assim, as liberdades do ar são respeitadas, sob rígidos critérios, baseadas naquilo que se conveniou em Chicago, novamente trazendo regulação para harmonizar as relações internacionais.

6 Do regime restritivo sujeito à significativa regulação aos acordos de céus abertos no Brasil

Em 19 de março de 2011, foi firmado com o governo norte-americano do então presidente Barack Obama o acordo de céus abertos entre o Brasil e os Estados Unidos. Tal acordo prevê a operação ilimitada de voos de carga e passageiros entre o Brasil e os Estados Unidos, antes limitada a 301 operações aéreas semanais.

Referido acordo foi promulgado através do Decreto nº 9.423/2018, pelo presidente Michel Temer, em 26 de junho de 2018, quando da visita do vice-presidente americano Mike Pence ao Brasil. Com a aprovação do acordo, passou a ser ilimitado o número de operações aéreas entre o Brasil e os Estados Unidos.

Contudo, referido acordo mantém um sistema restritivo de operações de cabotagem, ou seja, a comercialização de bilhetes e operações aéreas

por empresas de um desses países a voos internos no outro país. Desta forma, uma empresa americana ainda está impedida de operar um trecho interno no Brasil, por exemplo Rio de Janeiro-São Paulo.

Denota-se que uma das bandeiras da Anac em relação às operações aéreas é a da progressiva desregulamentação do setor. Tal fato, em um primeiro momento, pode parecer um tanto incompreensível, porém, a Anac vem partindo do princípio de que a própria atividade empresarial aérea passará a se autorregulamentar.

Por óbvio que a Anac não deixará de cumprir com os parâmetros relativos aos padrões de segurança e aeronavegabilidade exigidos pela Oaci, contudo, ao desregulamentar assuntos como regras tarifárias, contratos acessórios por exemplo, bagagens), entre outros, a agência regulatória entende que o próprio mercado irá se autorregulamentar em relação a estas práticas comerciais.

Ainda nessa esteira, a Anac entende que, ao deixar de lado a regulamentação de questões comerciais, o consumidor irá optar pela oferta mais atrativa, levando em consideração os preços e os serviços prestados pelas empresas, e, em razão da concorrência entre as empresas, a qualidade do transporte aéreo se tornará mais acessível e de qualidade superior.

O acordo de céus abertos entre Brasil e Estados Unidos vem diretamente ao encontro desse princípio da livre concorrência entre empresas aéreas, com vistas a fomentar a melhor prática comercial e concorrencial entre empresas aéreas e passageiros.

O espírito da norma preconizada pelo Decreto nº 9.423/2018 é exatamente esse: através do liberalismo comercial, com o fim das limitações de frequências entre os dois países, possibilitar um aumento da oferta, que culminará na diminuição dos preços dos bilhetes aéreos ao consumidor e melhora da qualidade de serviços oferecidos ao mercado.

Enquanto preparamos esse estudo, soube-mos que a Comissão de Relações Exteriores do Senado já aprovou o projeto do Acordo Multilateral de Céus Abertos para os Estados-membros da Comissão Latino-Americana de Aviação Civil (Clac), que congrega 22 países da América Latina e do Caribe (Projeto Decreto Legislativo - PDS nº 151/2018).

O novo marco legal para a operação de serviços aéreos entre esses países envolve não apenas a harmonização de normas técnicas, mas também o estabelecimento de acordos de liberação de tráfego entre as nações signatárias.

O acordo que pode ser ratificado pelos senadores traz compromissos sobre metas relacionadas à liberalização e melhoria dos serviços aéreos, concede aos países o direito de sobrevoar os territórios dos demais países do acordo sem pousar, de fazer escalas não comerciais e de executar serviços, regulares ou não, de passageiros ou de cargas.

Também está na pauta um acordo de céus abertos – que garante livre tráfego aéreo – entre o Brasil e o Kuwait (PDS nº 155/2018).

Novamente o ordenamento jurídico do Direito Aeronáutico nos leva ao Acordo entre Esta-

dos, com lastro na Convenção de Chicago, com o compromisso assumido também pelo Brasil de colaborar no sentido de conseguir a maior uniformização possível em regulamentos, padrões, normas, organização e procedimentos relativos a aeronaves, tripulantes, aerovias e serviços auxiliares, em todos os casos em que a uniformidade facilite e melhore as navegações aéreas.

Portanto, estamos vivendo novos tempos regulatórios, com avanços há muito esperados, e algumas mudanças pontuais ocorrendo rapidamente, na velocidade possível, mas não na desejável, pois observamos a necessária maturação em cada país de uma nova regra, especialmente em relação a uma falsa sensação de perda de soberania.

Abre-se, oportunamente, um novo ciclo regulatório, ainda com certas restrições de tráfego, especialmente a proteção ao mercado doméstico brasileiro, que permanece inviolado, concedido apenas às chamadas empresas nacionais. Não identificamos movimentos políticos ou empresariais em relação à abertura de operações de cabotagem às empresas estrangeiras, exceção feita à permissão de capital estrangeiro em empresas nacionais, únicas detentoras do direito aos voos domésticos. ■

Bibliografia

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Aeronáutico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. *Direito espacial contemporâneo: Responsabilidade Internacional*. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931. Promulga a Convenção de Varsóvia, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. Rio de Janeiro, 24 de novembro de 1931; 110º da Independência e 43º da República.

_____. Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras

Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Brasília, 27 de setembro de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Brasília, 14 de dezembro de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

_____. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília, 19 de dezembro de 1986; 165º da Independência e 98º da República.

_____. Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras

Bibliografia

providências. Brasília, 27 de setembro de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

BUHR, Alexandre Dittrich. *Direito espacial: Lições Preliminares e Avançadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

CIGERZA, Juliana. *Aeronautas: Aspectos Jurídico-Trabalhistas da Profissão e Consequências na Saúde*. São Paulo: LTr, 2008.

FREITAS, Paulo Henrique de Souza. *Responsabilidade Civil no Direito Aeronáutico*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MONSERRAT FILHO, José. *Direito e política na era espacial: podemos ser mais justos no espaço do que na terra?* Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007.

OLIVEIRA, Juarez. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

OLIVEIRA, Tehil Campelo Gaspar; MUNHOZ, Ana. *Convenção sobre aviação civil internacional*: Chicago 1944. Rio de Janeiro: Pareis Produções Gráficas Ltda., 2007.

PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara P.; KNIHS, Karla. *Código Brasileiro de Aeronáutica*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

P

assado, presente e futuro da regulação no setor aéreo.

Ricardo Fenelon Junior

Advogado. Diretor da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). Professor de Direito Aero-náutico e Regulação do Setor Aéreo no Instituto Brasileiro de Direito Público. Mestre (LL.M.) em Direito Internacional e Econômico pela Georgetown University. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getulio Vargas e especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Membro do Brasil no Comitê Jurídico da Organização de Aviação Civil Internacional (Oaci).

Ricardo Catanant

Superintendente de acompanhamento de serviços aéreos da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). Advogado. Especialista em Regulação de Aviação Civil na Anac, foi superintendente de regulação econômica e acompanhamento de mercado, gerente de normas e projetos e gerente-geral de outorgas de serviços aéreos da Anac. Assessor de ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e assessor jurídico da Infraero. É membro do Brasil no Painel de Regulação do Transporte Aéreo da Organização de Aviação Civil Internacional (Oaci).

Laís Facó Alencar

Especialista em Regulação de Aviação Civil na Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). Economista e especialista em Gestão da Aviação Civil, ambos pela Universidade de Brasília.

Sumário

1. A desregulação do mercado brasileiro de transporte aéreo
 2. O papel da Anac no desenvolvimento da aviação civil brasileira
 3. Desafios futuros
- Bibliografia

1 A desregulação do mercado brasileiro de transporte aéreo

O mercado de transporte aéreo brasileiro esteve submetido a ampla e rígida regulação até o final de 1980. Havia, na época, forte intervenção estatal nas atividades das empresas aéreas, tanto pelo controle de entrada no mercado e pela definição das rotas aéreas quanto pelo controle tarifário. Entretanto, a partir da década seguinte, houve um gradual processo de flexibilização do marco regulatório.

As medidas liberalizantes refletiam o movimento de desregulação do mercado de transporte aéreo observado em diversos países desde o final dos anos 1970. Reproduziam também o reconhecimento de que a regulação vigente impedia o desenvolvimento de um mercado competitivo e, paralelamente, limitava a oferta de serviços eficientes pelas empresas do setor.

A literatura econômica reconhece que, em determinados setores, a existência de falhas de mer-

cados¹ é inevitável. Deve-se, portanto, impor limites à atuação das empresas de maneira a amenizar possíveis perdas geradas à sociedade. Um dos objetivos da regulação é criar condições propícias para a manutenção da concorrência, coordenando os interesses das empresas e dos consumidores. Para alcançar tal objetivo é possível regular preço, quantidade e qualidade de bens e serviços ofertados.

Cabe ressaltar que o setor aéreo civil sempre foi essencialmente regulado. A regulação na aviação civil é, usualmente, atribuída à necessidade de que os requisitos técnicos e operacionais dos entes envolvidos no setor (empresas aéreas, administradores aeroportuários, profissionais de aviação civil, fabricantes de aeronaves e produtos aeronáuticos) sejam definidos e fiscalizados, com o intuito de garantir, principalmente, a segurança operacional e a continuidade da prestação dos serviços.

Ocorre que o setor aéreo foi considerado, por longos anos, estratégico para as economias nacionais. O reconhecimento desse caráter e dos atributos de indústria de rede resultou em uma forte intervenção estatal no setor, não limitada a questões de segurança. Basicamente, a intervenção ocorreu de duas formas: por meio de empresas estatais monopolistas e por meio da regulação de tarifas e rotas que as empresas eram autorizadas a estabelecer e operar, respectivamente.

No Brasil, a regulação do mercado de aviação civil teve início nos anos 1960, por meio das Conferências Nacionais da Aviação Comercial (Conac). “O modelo de regulação previa o estímulo à concentração de empresas, o controle de entrada e da definição de linhas, assim como um controle tarifário estrito” (SALGADO, 2008).

1. A necessidade de ações governamentais na economia é, usualmente, associada à existência de falhas de mercado. As falhas de mercado ocorrem quando os mecanismos de mercado ocasionam resultados econômicos não eficientes ou indesejáveis sob o ponto de vista social. As principais falhas de mercado que demandam intervenção estatal são: as externalidades, os bens públicos, as assimetrias de informação, as barreiras à entrada e as concentrações de mercado (monopólios e oligopólios).

Posteriormente, nos anos 1980, o governo brasileiro buscou adotar políticas de estabilização econômica por causa da alta inflação e de problemas de ordem macroeconômica. O setor de aviação civil foi, nesse período, negativamente afetado pelo controle tarifário e cambial.

A partir de 1986, o governo brasileiro passou, gradativamente, a abandonar o regime de indexação da economia e de fixação de preços. Em 1989, iniciou-se um processo de flexibilização gradual das tarifas aéreas domésticas, evoluindo do sistema de banda tarifária para o de liberação monitorada mediante registro prévio ou posterior no órgão competente.

No Brasil, a regulação do mercado de aviação civil teve início nos anos 1960.

Em 1991, ocorreu um marco: a realização da V Conac. Durante a conferência, foi estabelecida uma nova política para o serviço de transporte aéreo no Brasil. As principais mudanças ocorridas diziam respeito à introdução da competição no setor. Foram realizadas revisões referentes à política de controle tarifário e às normas relativas aos conceitos de linhas aéreas domésticas nacionais, regionais e especiais.

Na V Conac, também foi concedida a autorização para o estabelecimento de novas empresas, com o objetivo de propiciar o início da competição entre operadoras nacionais e regionais, e extinguiram-se as áreas demarcadas de atuação regional. No entanto, somente em 2000, com a publicação da Portaria nº 569/GM5, ocorreu definitivamente a distinção entre empresas de âmbito regional e de âmbito nacional. Ressalta-se que o referido regulamento ainda estabeleceu critérios para novas concessões ou alterações de linhas, bem como um referencial de limite para o controle de *slots* de uma empresa em um mesmo aeroporto.

Em 2001, outro importante marco: o regime de liberdade tarifária foi implementado no transporte aéreo doméstico de passageiro, de carga e de mala postal, segundo a forma estabelecida na Portaria do Ministério da Fazenda nº 248, de 10 de agosto de 2001.

Deste modo, desde agosto de 2001 as empresas aéreas de transporte de passageiros, de carga e de mala postal podem estabelecer as tarifas oferecidas ao público na prestação de seus serviços domésticos, de acordo com as circunstâncias de oferta e demanda do mercado.

Em 2003, após um contínuo processo de flexibilização da regulação, o setor passou por forte inflexão, provocada naquele momento pela crise gerencial e financeira da companhia aérea Varig (decorrente do impacto continuado da depreciação cambial sobre a estrutura tradicional de custos da empresa). O governo federal, convencido de que a crise da Varig teve origem no “excesso de oferta” no mercado e na “competição ruínosa”, estabeleceu novas diretrizes para o setor.

Deu-se início então ao que se chamou de reregulação do setor aéreo: período em que a autoridade de aviação civil passou a responder pedidos de importação de aeronaves, entrada de novas empresas e linhas aéreas.

Naquele momento, também tramitava no Poder Legislativo projeto de lei visando à criação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), processo que se concluiu em 27 de setembro de 2005, com a promulgação da Lei nº 11.182. O normativo consagrou conceitos de mercado, como o de liberdade tarifária e o de liberdade de rotas. Previa também a atuação regulatória da agência para garantir a compatibilização entre a atuação das empresas e a adequada prestação de serviços aos consumidores.

Destaca-se o disposto no art. 48, § 1º, que aprovou a liberdade de rotas:

“Art. 48 - (VETADO)

§ 1º - Fica assegurada às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração

de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na ANAC, observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado expedidas pela ANAC”.

Neste sentido, em relação à oferta de serviços aéreos, destaca-se que, em um cenário de competição, as decisões de operar uma determinada rota e a quantidade de voos oferecidos cabem à prestadora do serviço e, geralmente, decorrem da viabilidade econômica de cada mercado, especialmente em termos de concorrência e demanda.

Em relação à liberdade tarifária, a mencionada lei estabelece:

“Art. 49 - Na prestação de serviços aéreos regulares, prevalecerá o regime de liberdade tarifária.

§ 1º - No regime de liberdade tarifária, as concessionárias ou permissionárias poderão determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à ANAC, em prazo por esta definido.

§ 2º - (VETADO)

§ 3º - A ANAC estabelecerá os mecanismos para assegurar a fiscalização e a publicidade das tarifas”.

Resumidamente, as principais mudanças decorrentes do processo de desregulação do setor de transporte aéreo doméstico de passageiros foram a eliminação do controle tarifário e o fim das barreiras relacionadas à entrada de novas empresas nos diversos segmentos do mercado.

2 O papel da Anac no desenvolvimento da aviação civil brasileira

No Brasil, a regulação encontra suas origens em um dos principais vértices do processo de reforma do Estado: a desestatização. As transformações ocorridas nos últimos anos apontam para o fortalecimento do papel regulador do Estado em detrimento do papel do Estado produtor de bens e serviços.

Em relação aos instrumentos da ação regulatória, pode-se citar: as leis, os regulamentos e

outras regras editadas pelo Poder Público e por entidades às quais os governos delegam poderes normativos. Dessa maneira, compete à agência reguladora a criação de um arcabouço regulatório que promova condições de competição, o que, por consequência, leva à redução dos valores médios cobrados e ao maior acesso da população a produtos e serviço.

O processo regulatório deve ser democrático e transparente, com participação efetiva da sociedade.

As agências reguladoras são entidades de caráter técnico criadas para regular e fiscalizar os serviços prestados por empresas privadas. Uma das principais premissas do modelo regulatório instituído no Brasil é a equidistância do órgão regulador em relação aos polos de interesse da regulação: o governo, os entes regulados e os usuários dos serviços. Esses grupos de interesse influenciam o processo regulatório, e cada um deles age de acordo com os próprios interesses.

A premissa de agências reguladoras independentes também é crucial, pois caracteriza o compromisso dos legisladores de não interferirem no processo regulatório e tranquiliza os investidores efetivos e potenciais quanto ao risco, por parte do poder concedente, de não cumprimento dos contratos administrativos. A constituição de arcabouços regulatórios estáveis e previamente definidos é essencial para a viabilização de investimentos de longo prazo. A autonomia da agência dá-se na delegação normativa referente às decisões técnicas, na discricionariedade de suas decisões e nos mandatos fixos de seus dirigentes.

É importante ressaltar também que o processo regulatório deve ser democrático e transparente, com participação efetiva da sociedade, o que afasta o risco de captura e garante legitimidade social às iniciativas do regulador.

Conforme exposto na seção precedente, a aviação civil brasileira vem passando por um processo de redução de barreiras à entrada no mercado, de flexibilização de regras para a prestação de serviço e de evolução para um processo de monitoramento do desempenho do setor. Nesse sentido, a Anac vem, desde sua criação, trabalhando para simplificar processos, reduzir a carga burocrática e adotar meios mais céleres de comunicação.

Enquanto o então Departamento de Aviação Civil (DAC) buscava controlar o setor, a Anac foi criada com o intuito de aumentar a competitividade do mercado e promover o desenvolvimento sustentável do transporte aéreo no Brasil, sem que houvesse qualquer implicação na diminuição da segurança dos serviços prestados.

Nesse sentido, a agência, ao desenvolver e implementar a regulação do transporte aéreo, tenta incorporar princípios como consistência, coerência, proporcionalidade, transparência, participação pública, uso de avaliação de impacto e previsão de revisão sistemática.

A redução da burocracia para iniciar uma empresa aérea no país, bem como a simplificação do processo de autorização e alteração de voos, são exemplos de simplificação de regras do mercado e de processos administrativos promovidos pela Anac.

Com o objetivo de proporcionar às empresas aéreas brasileiras a oportunidade de explorar novos destinos e melhorar a conectividade do transporte aéreo, a Anac busca remover restrições relacionadas a capacidade, rotas e preços nas negociações de acordos de serviços aéreos.

A Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016, por sua vez, estabeleceu um novo marco na regulação, ao promover a retirada de regulamentos desnecessários. Além disso, buscou promover a

simplificação de regras, a transparência na relação de consumo e a harmonização com a regulação praticada em outros países. Com um objetivo último: a promoção da concorrência.

Ademais, a agência também tem buscado a abertura do mercado brasileiro a empresas e a investimentos estrangeiros. Embora a aviação seja uma das indústrias mais dinâmicas e globalizadas – que permite o desenvolvimento do comércio e do turismo entre os países –, ainda se sujeita a diferentes regimes regulatórios e a acordos internacionais de serviços aéreos que engessam a oferta de serviços e impedem o surgimento de grandes multinacionais.

Apesar disso, o transporte aéreo de passageiros tem crescido constantemente em volume de pessoas transportadas anualmente. A quantidade de passageiros pagantes, por exemplo, mais do que dobrou desde a criação da Anac, tendo passado de 49,1 milhões em 2005 para 117,6 milhões em 2018.²

3 Desafios futuros

O setor aéreo teve forte crescimento com o processo de desregulação iniciado no fim de 1980. É inegável que esse processo contribuiu para a diminuição do nível médio de preços, o que, consequentemente, provocou maior acesso da população ao transporte aéreo e o crescimento das atividades no setor.

Ocorre que o forte aumento do número de passageiros e de voos operados pelas empresas aéreas resultou em sentimento de perda de conforto para os usuários do serviço (aeronaves e aeroportos mais cheios). A pressão na infraestrutura, junto com a realização de grandes eventos (Jornada Mundial da Juventude, Rio+20, Copa do Mundo e Olimpíadas), ocasionou, em 2011, o início do processo de concessões das infraestruturas aeroportuárias.

Tais concessões objetivam atrair investimentos para ampliar e aperfeiçoar a infraestrutura aeroportuária brasileira e, consequentemente, promo-

ver melhorias nos níveis de qualidade dos serviços desses aeroportos.

Outro fator que acompanhou o crescimento acelerado do setor no país, a partir do século XXI, foi o elevado nível de judicialização das relações de consumo, marcado pela instalação de Juizados Especiais Cíveis em alguns dos principais aeroportos brasileiros.

De acordo com dados divulgados pela Anac, em 2017 as condenações judiciais decorrentes de ações movidas por passageiros representaram aproximadamente 1% dos custos e despesas operacionais das empresas aéreas brasileiras. Esse custo, equivalente a R\$ 311 milhões, é o resultado de mais de 60 mil processos ajuizados contra as empresas aéreas nacionais, segundo estudo apresentado pela Junta de Representantes das Companhias Aéreas Internacionais do Brasil (Jurcaib).

O tema é merecedor de aprofundados estudos, em que pese outros setores da economia do país sofrerem do mesmo fenômeno. No entanto, em relação ao setor aéreo, é possível evidenciar que o excesso de judicialização tornou-se um dos principais desafios dos órgãos judiciários, da indústria e do regulador.

Pode-se especular, como raízes primárias da questão, que o crescimento vertiginoso do setor, não acompanhado pela necessária ampliação da infraestrutura aeroportuária, teria levado à momentânea degradação dos serviços. Por outro lado, a massificação do modal aéreo – que, em 2017, ultrapassou o dobro do número de passageiros transportados por via rodoviária no transporte interestadual³ – também pode ter contribuído para a sensação de piora dos serviços.

2. Consulta Interativa da Anac. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/consulta-interativa>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

3. AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. *Anuário do Transporte Aéreo 2017*. Volume único. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo/dados-do-anuario-do-transporte-aereo>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Outra questão a ser analisada trata do “desalinhamento de expectativas” entre o que a indústria é capaz de entregar (atividade sujeita a diversas variáveis, que, embora previsíveis em alguns casos, são irrefreáveis e podem afetar a regular e pontual prestação dos serviços) e o que o consumidor tem a expectativa de receber.

Qualquer usuário de transporte aéreo, por exemplo, está sujeito a enfrentar um atraso de voo por uma série de razões, tais como condições climáticas adversas ou problemas mecânicos com a aeronave. Há casos em que o atraso não provoca grandes prejuízos. Contudo, há situações em que os atrasos podem resultar em conexões perdidas, pernoites inesperados nos aeroportos ou outros inconvenientes.

Por esses motivos, alguns países optaram pela criação de regulamentos que visam a compensar os passageiros submetidos aos danos e inconvenientes provocados pelos atrasos de voo. No entanto, essa não é uma prática global.

No Brasil, a Anac define regras que indicam as providências a serem tomadas pelas empresas aéreas quando da ocorrência de atrasos de longa duração. Atualmente, a compensação prevista na Resolução nº 400/2016 engloba a provisão de alimentação, comunicação, hospedagem e transporte. Além disso, cabe às empresas aéreas responderem por qualquer dano decorrente de atrasos e cancelamentos, independentemente de quem causou a situação.

Dessa forma, do ponto de vista jurídico e econômico, é possível afirmar que nos próximos anos o principal desafio da agência reguladora deve continuar sendo a busca pelo equilíbrio de todos esses interesses complexos, como a concorrência no setor, o alinhamento de expectativas entre usuários e prestadores dos serviços, a harmonização regulatória com outros mercados e o crescimento sustentável do transporte aéreo. ■

Bibliografia

SALGADO, Lucia H. Tópicos sobre regulação na aviação civil. In: VII SITRAER, 2008. *Anais eletrônicos*. Disponível em: <<https://cabecadepapel.com/sites/viisitraer2008/pdf/p11.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

A aviação civil e mudanças climáticas.

Werner Grau Neto

Advogado. Professor. Especialista em Direito Ambiental. Mestre em Direito Internacional. Doutor em Direito Tributário. Consultor do Funbio, Banco Mundial e BID.

Maria Christina M. Gueorguiev

Advogada. Especialista em Gestão Ambiental pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e LL.M pela University College London (UCL). Membro do Comitê de Sustentabilidade da Sociedade Rural Brasileira (SRB).

Ana Carolina Cerqueira Duque

Advogada. Mestre (LL.M) em Direito Ambiental pela Universidade da Califórnia-Berkeley. Graduada pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro e pós-graduada em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Milena Carrasco Bastos

Graduada em Direito, pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e em Gestão Ambiental, pela Universidade de São Paulo. Advogada, dedicada à área ambiental.

Sumário

1. Introdução
 2. Regulamentação sobre mudanças climáticas e o setor de aviação
 - 2.1. Perspectiva internacional e a Resolução Oaci nº A39-3
 - 2.2. Legislação brasileira
 3. Mudanças climáticas no Judiciário
 4. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

Os esforços para combater as mudanças climáticas têm se dado, no âmbito internacional e nacional, nos diversos segmentos econômicos, dentre os quais os de transporte e energia. Estima-se que o transporte aéreo mundial seja responsável por 2% das emissões globais de gases de efeito estufa (GEEs), externalidade que vem sendo tratada tanto pelos governos dos países em fóruns internacionais como no âmbito doméstico.¹

A questão ganha especial relevância, seja diante da crescente globalização e expectativa de aumento de voos domésticos e internacionais, seja pelos efeitos das mudanças climáticas na aviação, já que as alterações na atmosfera afetam a capacidade dos voos, bem como as condições climáticas, com o

1. Segunda Comunicação Nacional do Brasil à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, de dezembro de 2010, elaborada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

aumento de tempestades e do nível do mar, o que impacta também os aeroportos e suas operações.

O presente artigo tem por objetivo demonstrar os avanços nas normas nacionais e internacionais sobre a questão climática no setor de aviação civil, bem como verificar as medidas judiciais levadas ao Judiciário brasileiro e norte-americano sobre o controle de GEEs. Afinal, as medidas a serem adotadas serão efetivas e, mais importante, levantarão voo?

2 Regulamentação sobre mudanças climáticas e o setor de aviação

2.1. Perspectiva internacional e a Resolução Oaci nº A39-3

Em virtude das peculiaridades do transporte internacional aéreo, cujas atividades e efeitos extrapolam as fronteiras dos Estados, ficou decidido, no âmbito do Protocolo de Quioto – ao qual o Brasil aderiu em 2002 –, que o setor caminharia, no âmbito de suas agências internacionais especializadas vinculadas à Organização das Nações Unidas (ONU), com agenda própria para tratar da interação de suas atividades com o fenômeno das mudanças climáticas.²

Desde então, muitos avanços têm sido obtidos no âmbito da Organização da Aviação Civil Internacional (Oaci), agência especializada da ONU para o setor aéreo, avanços estes voltados à maior eficiência energética, incremento de tecnologia e ajustes operacionais visando à redução das emissões de GEE. Trata-se de tema complexo, afeito a políticas públicas internacionais e nacionais, que envolve aspectos técnicos, sociais, ambientais e econômicos, e que tem como interessada final a própria sociedade civil.

No âmbito da Oaci, tem-se dado grande ênfase ao desenvolvimento de iniciativas voltadas ao uso de combustíveis alternativos sustentáveis (*sustainable alternative fuels* – SAF), que possibilitam a utilização da mesma infraestrutura de distribuição de combustível e dos motores já em uso nas

aeronaves, com o benefício de reduzir a emissão de GEE, diminuindo, adicionalmente, a dependência do setor nos combustíveis convencionais.

Muitos avanços têm sido obtidos no âmbito da Oaci, agência especializada da ONU para o setor aéreo.

Até novembro de 2017, cinco processos de conversão para produção de SAF haviam sido certificados e mais de 100 mil voos comerciais foram realizados com esse tipo de combustível. Para que o reconhecimento do SAF ocorra pela Oaci, o produtor de combustível deve observar alguns requisitos da organização e ser certificado por um esquema aprovado.³

Apesar dos progressos na área, chegou-se ao consenso, nos últimos anos, de que os benefícios ambientais das diversas iniciativas voltadas ao setor não estão trazendo redução suficiente de emissão de CO₂ para enfrentar o crescimento do tráfego aéreo internacional, de modo a alcançar o objetivo aspiracional (*aspirational goal*) de **manter as emissões globais líquidas de CO₂ da aviação internacional no mesmo nível de 2020** – o chamado **crescimento neutro em carbono** da aviação.

Assim, por meio de decisão da Assembleia da Oaci, foi aprovada a Resolução nº A39-3, da Oaci, por meio da qual enfatizou-se a importância, no combate à mudança do clima, das medidas globais de mercado (*market based measures* – MBM), para tratar do impacto das mudanças climáticas da aviação em acréscimo às medidas operacionais, tecnológicas e envolvendo SAF já em curso. Dessa forma, as MBMs surgem como medidas complementares àquelas já em desenvolvimento.

2. Artigo 2.2 do Protocolo de Quioto.

3. *Sustainable Aviation Fuels Guide*, Oaci, 2017.

Em linha com a Convenção-Quadro de Mudanças Climáticas e o Protocolo de Quioto, a Resolução Oaci nº A39-3 reforça as responsabilidades comuns mas diferenciadas dos Estados-membros em endereçar as mudanças climáticas na aviação internacional, de modo a minimizar distorções de mercado.

A partir desses princípios norteadores, a resolução decide implementar o Esquema Internacional de Aviação para Neutralização e Redução de Carbono – *Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation* (Corsia) para as emissões de voos internacionais de aviação civil, *i.e.*, partindo de um país e chegando a outro. A implementação do Corsia, nos termos da resolução, ocorrerá de forma faseada, conforme abaixo:

(i) **Fase piloto**, de 2021 a 2023, aplicável aos Estados que se voluntariaram a participar do esquema;

(ii) **Primeira fase**, de 2024 a 2026, igualmente para os Estados que se voluntariaram a participar da fase piloto, assim como quaisquer outros Estados que se voluntariaram a participar dessa fase; e

(iii) **Segunda fase**, de 2027 a 2035, para todos os Estados que tiveram uma cota individual de atividades de aviação internacional em *Revenue Tonnes Kilometers* (RTKs), no ano de 2018, acima de 0,5% do total de RTKs ou cotas cumulativas na lista de Estados da maior para a menor quantidade de RTKs que alcancem 90% do total de RTKs. Países menos desenvolvidos (*least developed countries* – LDCs), pequenas ilhas de Estados em desenvolvimento (*small island developing states* – SIDS) e países menos desenvolvidos sem litoral (*landlocked least developed countries* – LLDCs) não estão sujeitos a essa fase, exceto se optarem por dela participar.

O objetivo é cobrir pelo menos 90% das atividades da aviação internacional nessa segunda fase do Corsia, ressalvado que o Corsia não se aplica às atividades com baixo nível de emissão de carbono, consistentes em operadores que emitam menos de

10 mil toneladas de CO₂/ano por voos internacionais, aeronaves com menos de 5.700 *Maximum Take Off Mass* (MTOM) e em operações humanitárias, médicas e de combate a incêndio.

Ainda em relação à participação, todos os Estados são incentivados a aderir ao esquema, em particular aqueles que sejam membros de alguma organização de integração econômica regional. A adesão ou desligamento da participação voluntária no Corsia dar-se-á a partir do dia 1º de janeiro de um dado ano, desde que a Oaci seja comunicada da decisão até 30 de junho do ano anterior. Novos participantes, *i.e.*, operadores de aeronaves, estão excepcionados do Corsia por três anos ou até o ano em que suas emissões anuais excedam 0,1% do total de emissões em 2020, devendo prevalecer o que ocorrer antes.

A fim de evitar distorções de mercado, o Corsia deve ser aplicado a todos os operadores de aeronaves a ele sujeitos com mesmas rotas entre os Estados. Por outro lado, as obrigações de neutralização não serão exigidas em caso de voos internacionais se um dos Estados (de partida ou pouso) ou ambos não tiverem aderido ou, ainda, não estejam por alguma razão sujeitos ao Corsia. Nessa hipótese, há somente o dever de reporte simplificado de dados.

Até 8 de março de 2019, 79 Estados, representando 76,63% da atividade de aviação internacional, manifestaram intenção de participar voluntariamente do Corsia.⁴ O Brasil não está entre os países que aderiram de forma voluntária ao Corsia, de modo que, a princípio, os voos partindo e chegando ao país não serão computados para fins de neutralização no âmbito do Corsia até 2027, quando se encerram a fase piloto e a primeira etapa do programa.

O cálculo para neutralização anual pelos operadores das aeronaves sujeitos ao Corsia, a partir

4. Disponível em: <<https://www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Pages/state-pairs.aspx>>.

de 2021, é definida no art. 11 da Resolução nº A39, considerando o percentual setorial e individual das operações aéreas, as emissões dos operadores de aeronaves cobertas pelo Corsia em um dado ano, bem como o fator anual de crescimento do setor e do operador das aeronaves. Conforme definido na resolução, há um incremento escalonado na participação dos percentuais individuais ao longo dos períodos, que se estende até 2035.

O Conselho é órgão relevante para a estruturação e operacionalização do Corsia.

No que tange à operacionalização propriamente dita do programa, o art. 20 da Resolução nº A39 requer que os órgãos de apoio da Oaci desenvolvam material para implementação do sistema de monitoramento, reporte e verificação (MRV) para adoção pelo Conselho e que todos os Estados-membros cujas aeronaves realizem voos internacionais desenvolvam os arranjos necessários para a implementação do Corsia a partir de 1º de janeiro de 2019, por meio de seus Parâmetros e Regras Recomendadas (*Standard and Recommended Measures – Sarps*).

O Conselho é órgão relevante para a estruturação e operacionalização do Corsia. Dentre as atividades a ele atribuídas, caberá ao Conselho desenvolver, com contribuição técnica do Comitê de Proteção Ambiental Aeronáutica (*Committee on Aviation Environmental Protection – Caep*), material orientador acerca dos Critérios de Unidade por Emissão (*Emissions Unit Criteria – EUC*), estabelecer órgão técnico consultivo em EUC para fazer recomendações ao Conselho acerca das unidades de emissão elegíveis sob o Corsia e orientar o estabelecimento de registros do programa, além de um registro consolidado central a ser operacionalizado até 1º de janeiro de 2021.

A resolução indica clara preferência por um sistema único global de neutralização ao invés de sistemas múltiplos com métricas e características distintas. As unidades de emissão geradas sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas e o Acordo de Paris são elegíveis para utilização no âmbito do Corsia, desde que não haja dupla contagem das unidades (*double counting*).

Por fim, observa-se interação entre os MBMs e SAFs, havendo recomendação da Caep sobre os procedimentos que definem como os operadores sujeitos ao Corsia poderão considerar o uso de SAFs para fins de neutralização das emissões.

2.2. Legislação brasileira

O Brasil, ao assinar a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, em 1992, assumiu o compromisso de elaborar uma estratégia global para proteger o sistema climático para as atuais e futuras gerações, observadas as responsabilidades das partes comuns, mas diferenciadas, de acordo as suas contribuições históricas e seu estágio de desenvolvimento.

Em 2010 o Brasil oficializou seu compromisso voluntário junto à Convenção-Quadro das Nações Unidas para redução de GEE entre 36,1% e 38,9%, projetada até 2020, por meio da Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), instituída pela Lei nº 12.187/2009.

No contexto do Acordo de Paris, adotado na 21ª Conferência das Partes (COP21), o Brasil propôs redução de 37% de suas emissões de GEE em 2025, baseado nas emissões de 2005. Há indicação de que o Brasil concentrará sua atuação com vistas ao alcance da meta estabelecida, dentre outras medidas, intensificando políticas que viabilizem desenvolvimento de fontes energéticas sustentáveis.

O Decreto nº 9.578/2018, que regulamenta a PNMC, estabeleceu cinco planos de ação, dentre os quais consta o Plano Decenal de Expansão

de Energia (PDEE). O PDEE de 2027⁵ reporta que, no setor energético, os transportes em 2015 correspondiam a 42% da emissão de GEE, indicando a expansão da produção de etanol, o aumento da adição obrigatória de biodiesel ao óleo diesel e ganhos em eficiência energética como possíveis medidas para redução da emissão de GEE.

Em 2010 o Ministério da Ciência e Tecnologia reportou às Nações Unidas que a emissão de CO₂ pelo transporte aéreo doméstico brasileiro corresponderia a 0,3%.⁶ O setor da aviação, alinhado às metas internacionais, tem incentivado a busca por alternativas que permitam a redução na emissão de GEE, dentre as quais destaca-se o ainda embrionário desenvolvimento do bioquerosene de aviação (BioQAV).

O PDEE de 2027 estima que o BioQAV corresponderá, a partir de 2027, a 1% da demanda total de combustível de aviação. A fim de fomentar a pesquisa, produção e comercialização do BioQAV, foi proposto o Projeto de Lei nº 506/2013, que objetiva criar o Programa Nacional de Bioquerosene. O projeto de lei prevê a destinação de recursos de agências e bancos de fomento federais em condições especiais, bem como incentivos fiscais concedidos pelo governo federal.

O Ministério de Estado dos Transportes, Portos e Aviação Civil, em atendimento à Resolução nº A37-19 da Oaci, instituiu, por meio da Portaria nº 514/2018, Grupo de Trabalho (GT) permanente para elaboração de Plano de Ação para Redução dos GEEs da aviação civil internacional, a fim de informar a Oaci a respeito das ações de mitigação adotadas pelo Brasil para reduzir o impacto de sua aviação internacional na mudança do clima.

Impactos das medidas de mitigação relacionados à aviação doméstica também poderão ser relatados no plano. Ademais, o Plano de Ação conterá inventário de emissões de GEE da aviação brasileira e relatório de medidas de mitigação adotadas e planejadas pelo setor, destacando-se que os documentos produzidos pelo GT não constituem

plano setorial de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas, previsto no parágrafo único do art. 11 da Lei nº 12.187/2009.

Nos termos da portaria, referido Plano de Ação deverá fundamentar-se (i) na importância das ações para a redução do impacto da aviação na mudança do clima e na necessidade de adoção de políticas de longo prazo que confirmem estabilidade ao setor aéreo; (ii) na cesta de medidas definida pela Oaci para mitigar o impacto da aviação civil na mudança do clima, composta por: melhorias operacionais, melhorias tecnológicas, investimentos em infraestrutura, combustíveis sustentáveis para aviação e medidas de mercado; (iii) no potencial de crescimento da aviação civil brasileira e na importância da escolha de ações de mitigação com base em análises de custo-efetividade, para que a redução do impacto da aviação na mudança do clima ocorra de maneira eficiente, considerando o desenvolvimento sustentável do setor; (iv) na necessidade de alinhamento entre as ações domésticas para redução ou compensação de emissões de GEE da aviação e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil; e (v) na importância estratégica dos combustíveis sustentáveis de aviação no processo de estabilização das emissões de GEE do setor aéreo.

Convém, ainda, mencionar que o tema vem sendo acompanhado pela 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (CCR/MPF), que, por meio da Portaria nº 17/2018, constituiu Grupo de Trabalho pelo período de 24 meses buscando, dentre outros objetivos, identificar e acompanhar os mecanismos de implementação do Acordo de Paris, bem como propor, monitorar e opinar sobre políticas públicas relacionadas a mudanças climáticas.

5. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/plano-decenal-de-expansao-de-energia-2027>>.

6. Segunda Comunicação Nacional do Brasil à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, de dezembro de 2010, elaborada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

O ponto falho na Política Nacional sobre Mudança do Clima, a nosso ver, reside em aspecto que igualmente afeta as políticas públicas outras com viés ambiental: cria-se política que busca mesclar comando e controle com mecanismos econômicos de fomento, incentivo e estímulo ao desenvolvimento de mercado “adequado”, mas o tempo mostra limitar-se o Estado às medidas de comando e controle, muitas vezes ineficazes e extremamente custosas à sociedade. Veja-se, no que toca à Política Nacional sobre Mudança do Clima, apenas a título de exemplo, os arts. 6º, incisos VI, VII, IX, X, XI, XII, 9º e 11. Os mecanismos econômicos de que trata a lei encontram pouquíssimo resultado, quando têm algum desdobramento.⁷

3 Mudanças climáticas no Judiciário

Em que pesem as políticas públicas e iniciativas envolvendo GEEs no âmbito da aviação civil, medidas judiciais têm levado as discussões sobre controle de GEEs às Cortes dos Estados Unidos e do Brasil.

Em 2018, o Centro de Biodiversidade Biológica dos Estados Unidos ajuizou ação contra a administração do governo Trump para compreender a justificativa da ausência de regulação de emissão de GEEs que deveria ser implementada, nos termos da legislação aplicável (Clean Air Act), para o setor de aviação.⁸ A ação foi ajuizada após emissão de cartas à Agência de Proteção Ambiental (EPA) que continham o entendimento sobre a necessidade, nos termos do item 231(a)(2)(A) do Clean Air Act, de maior controle sobre a emissão de CO₂ pelo setor de aviação. Até o momento, não há decisão sobre o tema.

No Brasil, na Comarca de Guarulhos, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou

ações judiciais envolvendo as emissões de GEE pelas companhias aéreas que operam no Aeroporto Internacional de São Paulo. As várias demandas tiveram como supostas premissas: (i) que as operações de aterrisagem e decolagem consomem a maior quantidade de combustível do voo e causam maior dispersão de CO₂ na atmosfera; e (ii) que as emissões das operações de aterrisagem e decolagem seriam consideradas poluentes e, portanto, sujeitariam as empresas à responsabilização ambiental.

Os mecanismos econômicos de que trata a lei encontram pouquíssimo resultado, quando têm algum desdobramento.

Com base nisso, o Ministério Público requereu a condenação das empresas aéreas a adquirir e restaurar uma propriedade, de preferência no Município de Guarulhos ou na mesma bacia hidrográfica, para o plantio de espécies de vegetação em quantidade suficiente para absorver todas as emissões de GEE e outros alegados poluentes derivados de suas atividades no Aeroporto de Guarulhos, ou, como alternativa, indenizar, em quantia a ser determinada, todos os supostos impactos diretos e indiretos causados ao meio ambiente, resultantes de suas atividades no Aeroporto de Guarulhos.

Com a competência deslocada para a Justiça Federal em diversas demandas e atuação do Ministério Público Federal (MPF) ante a presença da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) no polo passivo, as ações têm perdido força, com pedido de desistência formulado pelo MPF em várias demandas por falta de causa de pedir, porquanto os GEEs não são considerados poluentes pela le-

7. A esse respeito, *vide*: GRAU NETO (2012); *vide* também FRANKLIN DE ARAÚJO (2014).

8. Disponível em: <https://www.biologicaldiversity.org/news/press_releases/2018/airplane-emissions-09-17-2018.php>.

gislação brasileira, bem como porquanto ausentes parâmetros legais que limitem a sua emissão pela aviação civil.

Confira-se decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) a respeito:

“PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEDIDAS MITIGADORAS DE DANOS AMBIENTAIS CAUSADOS POR COMPANHIA AÉREA. PRETENSÃO INFUNDADA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ. SENTENÇA PROLATADA POR JUIZ ESTADUAL. INTERVENÇÃO DA ANAC SUPERVENIENTE. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PARA JULGAR A APELAÇÃO. IMPROVIMENTO.

1. A ação foi ensejada pelo alegado dano ambiental causado pela ré KLM Royal Dutch Airlines (Companhia Real Holandesa de Aviação), companhia aérea, decorrente de suas atividades comerciais desenvolvidas a partir do Aeroporto Internacional de São Paulo, através de suas aeronaves. Assim, segundo a parte autora, a ré deve adotar medidas mitigadoras dos impactos ambientais, em especial no que diz respeito à emissão de dióxido de carbono e outros gases poluentes, que contribuem para o efeito estufa, repercutindo negativamente nas mudanças climáticas.

2. Considerando que uma das atribuições da ANAC é ‘conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos’, nos termos do artigo 8º, XIV, da Lei nº 11.182/05, é nítido seu interesse jurídico em intervir neste feito, pois eventual procedência do pedido inicial, no sentido de imposição de medidas mitigadoras de danos ambientais à delegatária do serviço público decorrentes de danos causados pelo exercício de sua atividade-fim, irá repercutir diretamente na relação jurídica existente entre ela, representante da União, e a ré, podendo

até mesmo comprometer a viabilidade econômica de operação do transporte aéreo, conforme alega a agência (fl. 672). [...]

5. Conquanto tanto a parte autora quanto a ré tenham postulado pela produção de provas, vislumbro que não seriam necessárias para o julgamento do mérito, uma vez que não influenciariam no convencimento do órgão julgador, já que a pretensão ministerial revela-se totalmente descabida, sendo de rigor manter a sentença de improcedência da ação, vejamos:

6. O requerente alega que a ré estaria degradando o meio ambiente através da emissão de poluentes que extrapolariam o necessário para a consecução das atividades de transporte aéreo, o que poderia ensejar a responsabilização pela prática de ilícitos penais, reclamando a produção de prova pericial para demonstrar o alegado, mas sustenta apenas que o mero exercício de sua atividade-fim causa inevitáveis danos ambientais que merecem ser compensados.

7. A alta relevância social dos serviços prestados pelas companhias aéreas, transportando pessoas e cargas entre vários pontos do território nacional e mundial, contribuindo para o desenvolvimento econômico e o bem-estar social, não pode ser prejudicada pela imposição de obrigações não impostas pelo poder concedente, até que o custo delas teria reflexos no valor das passagens aéreas e demais despesas, prejudicando, em última medida, o usuário.

8. Não houve qualquer violação ao princípio da legalidade, segundo o qual ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (art. 5º, II, CF), pois a empresa, uma vez preenchendo os requisitos exigidos pelos órgãos públicos competentes, foi contemplada pela delegação do serviço público.

9. Apelação improvida”.⁹

9. TRF-3ª Região, 3ª T., Apelação Cível nº 0046991-68.2012.4.03.9999, Des. Fed. Antonio Cedeno, publ. 2/6/2017.

O tema é de todo tormentoso. Tomado o conceito de poluidor, inserido no art. 3º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e visto o conceito de responsabilidade civil em matéria ambiental, trazido pelo art. 225, § 3º, da Constituição Federal, bem como pelo art. 14, § 1º, da referida Lei nº 6.938/1981, enfrenta-se aqui o mesmo debate visto nos EUA: a emissão de GEE não seria uma espécie de poluição, na acepção jurídica do termo. Daí o entendimento de que as emissões de GEE não dariam azo à propositura das demandas de natureza civil, de cunho difuso, quais sejam as ações civis públicas, para combate à sua ocorrência e seus efeitos.

Note-se, no entanto, que a decisão proferida pelo TRF-3 não ataca o ponto de forma central. Invocado o princípio da legalidade, afastou-se o debate da necessidade de trato dos efeitos afirmados lesivos ao meio ambiente, derivados da emissão de GEE, em razão do apego ao princípio da legalidade. A decisão, ainda que nos pareça de todo acertada, por prestigiar princípio constitucional fundamental, destoa, deve-se destacar, de visão jurisprudencial outra, segundo a qual, tomada a teoria da responsabilidade objetiva do poluidor, atrelada à teoria do risco integral, caberia ao poluidor responder pelo efeito negativo, ainda que realizada, a atividade poluente sob o crivo da legalidade.

O ponto a reforçar o acerto da decisão anteriormente transcrita está, a nosso ver, na forma como o Ministério Público apresentou a demanda. O argumento, dado não haver limitação legal à emissão de GEE, foi o de que, na forma como expresso no acórdão transcrito, as companhias aéreas em operação em Guarulhos gerariam “emissão de poluentes que extrapolariam o necessário para a consecução das atividades de transporte aéreo”. O tema, *concessa venia*, diz respeito não à lei e a seu atendimento, mas à adequada gestão de atividades econômicas. Dada a forma como trazido pelo Ministério Público, não poderia ser outro o desfecho.

O trato do tema, em juízo, reclama cuidadoso exame dessa questão de todo preliminar e impeditiva do desenvolvimento de qualquer litígio antes de seu exame: não havendo – como de fato não há – limites impostos por lei aos administrados para a emissão de GEE; não sendo este tema tratado como condição à operação de atividades no licenciamento ambiental; e, acima de tudo, a prevalecer o conceito, já aqui e em outros países invocado, de que as emissões de GEE não constituem poluição, do que decorreria como corolário que tais emissões não seriam poluentes ou degradantes – leia-se danosas – ao meio ambiente, não se justificaria delas tratar no âmbito de ações civis públicas.

O ponto central e decisivo, portanto, reside na classificação que se dê às emissões de GEE, bem como à consideração e classificação jurídica de seus efeitos. Enquanto prevalecer o entendimento de que não se trata de emissão poluente e, portanto, não se tomem seus efeitos como caracterizadores de danos ao meio ambiente, não há lastro para o debate em juízo.

4 Conclusão

Há diversas iniciativas em curso no âmbito internacional e/ou nacional visando ao reporte, redução e neutralização da emissão de GEEs. Por se tratar de setor complexo, que envolve o governo, fabricantes, fornecedores, financiadores, operadores e usuários da aviação civil, as medidas devem ser ampla e previamente discutidas para que se alcance resultado sustentável sob as perspectivas econômica, social e ambiental.

O grande desafio consiste em, a um só tempo, viabilizar o crescimento das atividades do setor, garantindo o direito constitucional de ir e vir dos cidadãos e da livre circulação de bens e mercadorias, neutralizando ou reduzindo a emissão de GEEs, por meio de uma cesta de medidas voltadas à melhoria tecnológica e operacional, uso de combustíveis sustentáveis e medidas de mercado na aviação civil. A opção pela judicialização

prematura do tema no que toca à aviação civil, fundada em argumentação frágil, demonstra não apenas que o caminho é outro, o da participação da sociedade por meio de estímulos econômicos, como expõe a mazela tão comum quando se tra-

ta das políticas públicas de meio ambiente ou de alguma forma voltadas a este tema: a imobilidade ou deficiente mobilidade do Estado na efetiva materialização dos instrumentos econômicos de fomento, incentivo e estímulo. ■

Bibliografia

FRANKLIN DE ARAÚJO, Joana. Tributação Sustentável – a experiência estrangeira e a política fiscal brasileira. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GRAU NETO, Werner. A Política Nacional sobre Mudança do Clima e sua implementação para os setores de energia e florestas – mecanismos tributários. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.



Associação dos Advogados de São Paulo
Rua Álvares Penteado, 151
Centro | Cep 01012 905 | São Paulo | SP
(11) 3291 9200

www.aasp.org.br