

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
DIREITO

AMANDA MARIA FERREIRA DA PAZ ROLIM

**OVERBOOKING: UMA ANÁLISE CRÍTICA E COMPARATIVA DAS
LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E INTERNACIONAL SOBRE AS PRÁTICAS
ABUSIVAS DAS COMPANHIAS AÉREAS**

SANTA RITA
2018

AMANDA MARIA FERREIRA DA PAZ ROLIM

**OVERBOOKING: UMA ANÁLISE CRÍTICA E COMPARATIVA DAS
LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E INTERNACIONAL SOBRE AS PRÁTICAS
ABUSIVAS DAS COMPANHIAS AÉREAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho

SANTA RITA

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

R748o Rolim, Amanda Maria Ferreira da Paz.

Overbookig: uma análise crítica e comparativa das legislações brasileira e internacional sobre as práticas abusivas das companhias aéreas / Amanda Maria Ferreira da Paz Rolim. - Santa Rita, 2018.

59 f.

Orientação: Adriano Marteleto Godinho.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/Santa Rita.

1. Overbooking. 2. Companhias aéreas. 3. Voo internacional. 4. Convenção de Varsóvia. 5. Código de Defesa do Consumidor. I. Godinho, Adriano Marteleto. II. Título.

UFPB/CCJ

AMANDA MARIA FERREIRA DA PAZ ROLIM

**OVERBOOKING: UMA ANÁLISE CRÍTICA E COMPARATIVA DAS
LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E INTERNACIONAL SOBRE AS PRÁTICAS
ABUSIVAS DAS COMPANHIAS AÉREAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

RESULTADO: _____ NOTA: _____

Santa Rita, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho
UFPB

Examinador

Examinador

À minha família. Graças a todos os seus atos de amor; aprendi muitas lições, dentre elas a de como me tornar uma grande profissional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me oportunizar viver esse momento tão especial em minha vida; aos meus pais, por todo apoio e encorajamento; ao meu namorado, pelo companheirismo; aos meus amigos, por estarem ao meu lado; ao meu orientador, que não poupou esforços para me ajudar ao longo dessa caminhada e aos meus mestres, pelos ensinamentos proporcionados ao longo do curso.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso aborda o tema *Overbooking*, com ênfase na análise legal e jurisprudencial que circula o assunto. Inicialmente, para compreender as suas particularidades, é imprescindível destacar sua natureza enquanto decorrência do contrato de compra e venda de passagens aéreas – especificamente um contrato de adesão –, o qual é imposto aos consumidores, sem que os mesmos possam negociá-lo. Assim, a celebração do contrato de compra e venda de passagens aéreas faz nascer entre a empresa aérea e o passageiro uma relação de consumo, na qual incidem os princípios contratuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro. A partir dessa premissa, analisam-se as práticas abusivas comumente impostas pelas companhias aéreas e qual a posição da lei brasileira no tocante ao dano causado aos consumidores. Em contrapartida, a legislação aplicável ao transporte aéreo internacional, as Convenções de Varsóvia e de Montreal, preveem um sistema de indenização tarifada, que estabelece que os danos causados aos consumidores serão reparados através de valores preestabelecidos e limitados. Ademais, as mencionadas Convenções não preveem a indenização por danos extrapatrimoniais. A jurisprudência brasileira, através do Supremo Tribunal Federal, adotou o posicionamento em Repercussão Geral onde os voos internacionais serão regidos pela legislação internacional, em dissintonia com o Código de Defesa do Consumidor, que prevê um padrão de reparação integral do dano.

Palavras-chave: *Overbooking*. Companhias aéreas. Voo internacional. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

The present paper of conclusion of course approaches the theme Overbooking, with emphasis in the legal analysis and jurisprudential that circulates the subject. Initially, in order to understand its particularities, it is essential to highlight its nature as a result of the air ticket purchase contract - specifically an adhesion contract - which is imposed on consumers without them being able to negotiate it. Thus, the conclusion of the contract for the purchase and sale of air tickets creates between the airline and the passenger a consumption relationship, in which applies the contractual principles that exist in the Brazilian legal system. Based on this premise, were analyzed the abusive practices commonly imposed by airlines and the position of Brazilian law regarding the harm caused to consumers. By contrast, the legislation applicable to international air transport, the Warsaw and Montreal Conventions, provides for a tariff compensation system, which provides that damages caused to consumers will be repaired by pre-established and limited amounts. In addition, the aforementioned Conventions do not provide for compensation for off-balance damages. Brazilian jurisprudence, through the Federal Supreme Court, adopted the position in General Repercussion where international flights will be governed by international law, in disintonation with the Consumer Protection Code, which provides a standard of total compensation for damages.

Key-words: Overbooking. Airlines. International flights. Warsaw Convention. Consumer Protection Code.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DO CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO NO BRASIL.....	11
2.1 Noções gerais	11
2.2 Da relação de consumo	17
2.3 Da responsabilidade civil objetiva das companhias aéreas.....	20
3 “OVERBOOKING”	24
3.1 Noções gerais	24
3.2 Legislação aplicável	26
3.2.1 Voos domésticos.....	27
3.2.2 Voos internacionais	32
3.3 Análise do caso do voo 3411 da <i>United Airlines</i>.....	36
4 DO CONFLITO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E DE MONTREAL.....	39
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia aborda o tema “*Overbooking*: uma análise crítica e comparativa das legislações brasileira e internacional sobre as práticas abusivas das companhias aéreas”. Trata-se de um tema que possui repercussão mundial e diz respeito a todos os níveis da sociedade, uma vez que a utilização de transporte aéreo não é mais uma exclusividade das classes econômicas mais abastadas.

Em decorrência da globalização, a necessidade de locomover-se entre cidades distantes, até mesmo entre países ou continentes aumentou, gerando a imprescindibilidade de fazê-lo em tempo hábil. A melhor forma de fazê-lo, nesses casos, é o transporte aéreo. Além de economizar tempo, o consumidor programa sua viagem sabendo os horários de embarque e de chegada.

Em janeiro de 2018, segundo relatório da Agência Nacional de Aviação Civil, foram transportados cerca de 8,7 milhões de passageiros pagos em voos domésticos e 913 mil passageiros em voos internacionais.

Não obstante todas as vantagens de viajar de avião, as companhias aéreas começaram a perceber certa tendência dos passageiros: em todos os voos haviam assentos vazios, porque determinado número de passageiros não comparecia ao aeroporto para embarque. Assim, para que as aeronaves não decolassem com assentos vazios, as empresas de transporte aéreo começaram a praticar o *overbooking*. Tal prática consiste na venda de um número de bilhetes superior à capacidade de voo da aeronave, a qual está proibida de decolar com um número exagerado de passageiros.

É possível – quiçá mesmo provável – que as companhias aéreas pratiquem o *overbooking* como estratégia de mercado, objetivando obter certa vantagem sobre outras empresas, além de otimizar o seu desempenho no mercado de trabalho.

Como se verá adiante, essa atividade é geradora de dano e reprimida pelo Código de Defesa do Consumidor, que protege os consumidores caso sejam expostos a práticas ou cláusulas abusivas, ensejando a condenação da empresa aérea a indenizar as vítimas.

No capítulo inaugural, o presente estudo elencará conceitos necessários para o desenvolvimento do tema, e esclarecerá aos leitores sobre o regramento brasileiro

no tocante aos contratos, obrigações e responsabilidade civil, três temas que entrelaçam o Direito Civil e o Direito do Consumidor.

Ab initio, será abordada de maneira ampla a relação de consumo *stricto sensu* firmada entre o passageiro e a companhia aérea. Nesses casos, a empresa é responsável objetivamente por quaisquer danos sofridos pelo consumidor, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil brasileiro.

Em seguida, o terceiro capítulo irá tratar especificamente sobre o *overbooking*, como forma de entender o porquê de fazê-lo, além do estudo das legislações brasileiras e internacionais e da análise das leis aplicáveis ao transporte aéreo civil.

Além disso, será abordado o tema das reparações dos danos por parte das empresas de transporte aéreo, demonstrando como a legislação brasileira prevê a reparação de danos e como a Convenção de Varsóvia e de Montreal, sua sucessora, se posiciona sobre o tema, trazendo à tona a problemática que rodeia a aplicação dos citados diplomas no âmbito do transporte aéreo internacional.

Serão analisados também, no capítulo quatro, o conflito das normas no tempo – a antinomia existente entre o Código de Defesa do Consumidor e as Convenções de Varsóvia e Montreal – estudando ainda o posicionamento da jurisprudência pátria nas situações em que houve dano causado ao consumidor usuário de transporte aéreo com as práticas abusivas das empresas prestadoras desse serviço.

Ademais, o objetivo do presente estudo é comparar – de maneira crítica – o tratamento dado aos passageiros, sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro e das legislações internacionais aplicáveis, como a Convenção de Varsóvia e a Convenção de Montreal, além de prestar certa atenção aos limites de reparação do dano estabelecidas pelas já citadas legislações.

O presente trabalho possui, como objetivos específicos, o intuito de esclarecer o âmago da antinomia existente nos tribunais brasileiros em relação à aplicação do Código de Defesa do Consumidor e das Convenções de Varsóvia e Montreal. Objetiva demonstrar, também, como o Supremo Tribunal Federal dirimiu a disputa, esclarecendo seus fundamentos para tanto e, ainda, apontando as falhas na efetivação de seus vereditos.

Por fim, a metodologia empregada no desenvolvimento do presente trabalho de conclusão possui natureza aplicada, realizado através do método científico

dedutivo, com objetivo exploratório, utilizando-se do procedimento técnico da pesquisa bibliográfica e do estudo de caso.

2 DO CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO NO BRASIL

Foi após a Primeira Guerra Mundial que a aviação tomou um novo rumo, suscitando a possibilidade de exploração comercial daquela atividade. Daí em diante houve um grande avanço no investimento na área, desenvolvendo e estimulando a indústria da aviação civil como também expandindo o seu público alvo.

Porém, a história do transporte aéreo no Brasil remonta à década de 1990 e, com o decorrer dos anos, a sociedade brasileira foi aderindo cada vez mais a esse meio de transporte. O transporte aéreo hoje é considerado o meio de transporte mais seguro, ultrapassando o transporte ferroviário.

No que diz respeito ao transporte aéreo doméstico, as estatísticas mostram que a população brasileira, à medida que a economia cresce, utiliza-se mais da aviação civil. De fevereiro de 2017 para o mesmo período em 2018 houve um crescimento de 3,9% na quantidade de passageiros em voos domésticos, segundo a Agência Nacional de Aviação Civil.

Diante do grande crescimento da aviação civil no país, o Governo Federal instituiu a Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC, agência reguladora criada pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Iniciou suas atividades em 2006, substituindo o antigo Departamento de Aviação Civil – DAC. Suas ações abrangem as atividades de certificação, fiscalização, normatização e representação institucional no que diz respeito às atividades da aviação civil e à infraestrutura aeronáutica no Brasil.

2.1 Noções gerais

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira na importância dada ao Direito do Consumidor, prevendo a sua defesa como um direito e garantia fundamental do homem. Seu art. 5º, inciso XXXII, estabelece que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Assim, é dever do Estado defender os consumidores, que são a parte mais vulnerável das relações de consumo.

Para tanto, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor em 1990, instrumento fundamental para a defesa dos consumidores. Até então, as relações de consumo eram submetidas às normas do obsoleto Código Civil de 1916, e o tratamento especial dado pela Constituição aos direitos do consumidor trouxe à tona

a necessidade de emprestar maior atenção ao tema, conferindo ao Brasil a legislação mais moderna já vista nessa esfera.

O princípio da igualdade, base orientadora dos direitos no Brasil, perde sua eficácia quando se trata de contratos de adesão e relações de consumo. Como se verá adiante, o fornecedor de serviços e o consumidor nunca estão em pé de igualdade, uma vez que a empresa sempre terá vantagem em relação ao polo mais vulnerável, qual seja o consumidor. Nas palavras de Humberto Theodoro Junior:

Os contratantes, em grande número de vezes, e até na maioria das vezes, encontram-se em posições de notório desequilíbrio, seja moral, seja econômico, seja técnico, seja mesmo de compreensão e discernimento. Soa fictícia, portanto, a afirmação de que é sempre justo o contrato porque fruto da vontade livre das partes iguais juridicamente. (2017, p. 231)

Por ser o contrato de compra e venda de passagens aéreas um contrato de adesão, o consumidor figura como partícipe mais fraco da relação de consumo, mitigando a incidência do princípio da igualdade. É nesse sentido que se insurge a legislação protetiva aos direitos do consumidor, uma vez que objetiva protegê-lo nesses casos, evitando que a empresa abuse de sua força impositiva e diminuindo a disparidade entre os dois polos do contrato de consumo.

Além de toda a importância de ser o tema regulado por lei especial, a lei de consumo ainda previu princípios a serem aplicados às relações consumeristas com o nobre intuito de proteção ao polo mais fraco do contrato. A defesa ao partícipe mais vulnerável não foi inovação do Código, mas o mérito do legislador reside na consolidação de tais princípios.

O referido diploma enuncia alguns princípios que devem reger os contratos de consumo, como demonstrado através da leitura do art. 47, que estabelece que a interpretação do contrato ou da cláusula em si será feita da forma mais benéfica ao consumidor. Ademais, também aduz o texto legal que serão nulas de pleno direito as cláusulas que subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, estabeleçam obrigações abusivas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé, estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato após sua celebração, dentre outras.

Destarte, a *lex consumerista* veio para coibir as práticas abusivas das empresas fornecedoras de serviços ou produtos como também aquelas atentatórias ao direito do consumidor. A proteção ao consumidor enquanto parte mais fraca do contrato de consumo é notória.

No que diz respeito aos princípios aplicáveis ao tema em análise, faz-se imprescindível tecer comentários acerca a autonomia da vontade das partes, modernamente chamado de autonomia privada. A concepção hodierna desse princípio perfaz a necessidade de o analisarmos de forma limitada; o que era considerado como a liberdade contratual das partes, hoje encontra limites estabelecidos, requerendo uma interpretação conjunta desse princípio com os princípios da boa-fé objetiva, da justiça contratual e da função social dos contratos (GODINHO, 2008).

A partir da mitigação do princípio da autonomia da vontade, tem-se que o Estado – de maneira protecionista – interfere nas relações contratuais privadas para estabelecer limites mínimos a serem respeitados, o que é chamado pela doutrina de dirigismo contratual. Dessa forma, a vontade das partes é autônoma, desde que obedeça aos princípios da boa-fé contratual, da justiça e da função social dos contratos.

Princípio importante a ser observado é o princípio da força obrigatória dos contratos, onde ambas as partes contratantes se obrigam a cumprir o que foi estabelecido. O conhecido *pacta sunt servanda* aplica-se impreterivelmente aos contratos, ou seja, o objeto do contrato faz lei entre as partes envolvidas.

A aplicação do *pacta sunt servanda* merece cuidado, entretanto, tendo em vista que sua ordem não é absoluta. Tal princípio encontra limites nos demais princípios aplicáveis à relação de consumo.

Assim, conforme explicado, a autonomia das partes é limitada, sendo, portanto, também limitada a aplicação do *pacta sunt servanda*, tendo em vista que a vontade defendida em um contrato não pode ser imposta à outra parte caso esse fira a boa-fé, a justiça e a função social que devem ser inerentes aos contratos.

Do princípio da força obrigatória dos contratos decorre o princípio da intangibilidade dos contratos, o qual impede que qualquer uma das partes contratantes modifique ou onere o contrato unilateralmente, com o objetivo de conferir uma maior segurança jurídica, principalmente para o polo mais vulnerável do contrato.

Importante também é o princípio da justiça contratual. Conhecido também como o princípio do equilíbrio material, recebe essa nomenclatura em virtude do seu império de haver uma proporcionalidade entre as parcelas assumidas por ambas as partes. Ou seja, para haver a justiça contratual, tem de haver “a imposição de uma distribuição igualitária de encargos e benefícios deferidos aos negociantes” (GODINHO, 2008, p. 24).

Além de haver a justeza apoiada na equidade entre os contratantes, é valoroso haver o respeito à função precípua agregada àquele negócio.

A função social do contrato diz respeito à desaprovação da atitude egocêntrica e egoísta. A atenção à função social do contrato, quando da sua celebração, é razão bastante para evitar que os contratantes estipulem normas para alcançar apenas seus objetivos, em detrimento de preceitos superiores como a dignidade da pessoa humana ou o interesse da sociedade em que estão inseridos.

Além disso, o contrato firmado entre as partes não pode ser modificado em hipótese alguma. Nem o contratado - tampouco o Poder Judiciário - tem esse poder, sendo esta outra forma de proteger o consumidor de medidas aleatórias e que impliquem na sua maior vulnerabilidade. Eis o princípio da intangibilidade dos contratos.

O maior de todos os princípios que rege os contratos e protege o consumidor é o princípio da boa-fé objetiva. É previsto pelo *Codex* civilista e é aplicado não só aos contratos, mas também à diversos negócios jurídicos. O art. 422 do Código Civil estabelece que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Além do artigo supracitado, o Código Civil também prevê o respeito à boa-fé no art. 113, que determina “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Ainda, o art. 187 dispõe que “Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Em suma, o princípio da boa-fé norteia grande parte dos negócios jurídicos regidos pelo Código Civil, sendo de grande valia para o ordenamento jurídico pátrio e, principalmente, para a seara do consumo.

Cada um dos artigos citados prevê uma função do princípio da boa-fé. Venosa, sabiamente, discorre sobre essas funções, distinguindo-as:

Desse modo, pelo prisma do Código, há três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa (art.113); função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 187); e função de integração do negócio jurídico (art. 422). (2017, p. 31)

Ainda nas nuances do princípio da boa-fé, encontra-se a proibição de comportamento contraditório, o *venire contra factum proprium*¹, cuja intenção é impedir que as partes ajam sem coerência, e que respeitem a confiança um dia estabelecida entre as partes. Ou seja, busca garantir que as partes atuem da mesma forma do começo ao fim do contrato ou do litígio, afastando qualquer comportamento contraditório.

No âmbito dos contratos, a boa-fé enseja que as partes atuem naquela negociação como cidadãos conscientes de sua posição social, com atenção aos direitos uns dos outros, respeitando sempre os seus limites. A presença dos ideais de ética, justiça, honestidade e equidade fazem do contrato um instrumento respaldado pelo princípio contratual da boa-fé.

A boa-fé objetiva, segundo Venosa (2017, p.30):

A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

Ademais, na opinião de Humberto Theodoro Junior (2017, p. 212):

Mas a boa-fé, em que se apoia a eticidade invocada pelo Código Civil de 2002, não se restringe a simples regra de interpretação. Compete-lhe, também, uma relevante função integrativa, por meio da qual se faz inserir entre os deveres e obrigações contratuais, as chamadas cláusulas acessórias, que impõem aos contratantes o comportamento pautado na lealdade e correção. Esses deveres e seus consectários práticos impõem-se às partes independentemente de convenção ou previsão no contrato. Representam, portanto, obrigações legais, e não convencionais.

¹ Vir contra seus próprios atos.

Theodoro Júnior (2017, p. 240) ainda afirma que o princípio da boa-fé nada mais é do que uma releitura do princípio da lealdade contratual.

Assim, verifica-se que a boa-fé dos contratantes não é apenas princípio figurativo. É imperioso que todos os contratos sejam regidos pela boa-fé objetiva, sendo essa outra maneira de proteção ao consumidor consagrada nas legislações brasileiras.

Os contratos em geral, regulados pelo Código Civil de 2002 e pelo Código de Defesa do Consumidor, são negócios jurídicos, os quais devem obedecer aos princípios já mencionados, além da autonomia da vontade dos contratantes.

Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 20):

Trata-se, pois, de uma estrutura moderna, que não deve ser abandonada, em que pese a necessidade de modernização de velhos conceitos de direito privado. Portanto, para qualquer negócio jurídico, e não apenas aos contratos, aplicam-se as regras sobre capacidade do agente, forma e objeto, assim como em relação às normas sobre os vícios de vontade de vícios sociais. O Código mantém tal estrutura, sob o título “negócios jurídicos”.

Sem excluir outras interpretações, vale atenção redobrada à análise feita por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2017, p.48), na qual os contratos são ferramentas jurídicas suficientes para desburocratizar as negociações do mercado, como a facilitação na conclusão de um contrato de compra e venda, por exemplo.

Os contratos de transporte aéreo regulados pela legislação brasileira são formalizados através dos chamados contratos de adesão, os quais possuem cláusulas já predeterminadas pela empresa. Dessa forma, o contrato é apresentado ao consumidor e, via de regra, não há negociação acerca de suas cláusulas. É, portanto, um negócio jurídico celebrado entre a companhia aérea e o consumidor.

O tema em estudo possui previsão no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 54, que define o contrato de adesão – ou contrato *standard*. Eis o teor do referido dispositivo legal:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Cabe ao consumidor, diante de um contrato de adesão, decidir que quer ou não aceitar as cláusulas. Caso queira, está sujeito a toda regra lá estabelecida, respeitando sempre as limitações legais impostas a esse tipo de contrato. Mas, se não quiser, nada poderá fazer a não ser recusar a oferta. Ademais, qualquer limitação de direito prevista no contrato, deverá ser disposto em tal grau que o consumidor esteja plenamente ciente do que está em jogo.

Ainda sobre o contrato de adesão, é imperativo do art. 47 do CDC que a interpretação de suas cláusulas seja realizada da forma mais benéfica ao consumidor. A mesma previsão foi feita pelo legislador civilista que, no art. 423 do Código Civil, optou pela interpretação mais favorável ao consumidor quando existirem normas ambíguas ou contraditórias.

A diferença é que a previsão do Código Civil diz respeito à presença de cláusulas contraditórias ou ambíguas, enquanto o Código de Defesa do Consumidor prevê que a interpretação mais benéfica se aplica a todas as cláusulas do contrato.

Diante disso, cumpre ressaltar que a obrigação que nasce do contrato de consumo é a base do direito contratual, e o Estado e o ordenamento jurídico devem dispor de formas para que o contratante que não recebeu o cumprimento de seu contrato busque satisfação ou até indenização judicialmente.

2.2 Da relação de consumo

Antes de adentrar com afinco o estudo da relação de consumo formada entre o consumidor e a companhia aérea, nos contratos de transporte aéreo, é primordial esclarecer alguns conceitos.

A relação de consumo possui elementos ditos subjetivos e objetivos. No conceito de elementos subjetivos se encontram as partes do contrato (fornecedor e consumidor) e o consentimento entre eles. No que diz respeito aos elementos objetivos, figuram o produto ou o serviço que está sendo contratado ou negociado. Desta feita, para sofrer incidência das normas do CDC, a relação precisa ter os elementos subjetivos e um ou outro elemento objetivo, independente de qual tipo de contrato for celebrado.

Inicialmente, impõe-se estabelecer o conceito de consumidor. O Código de Defesa do Consumidor define consumidor no seu art. 2º como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, ou mesmo a “coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

O dispositivo acima citado é claro ao separar aquele que adquire produtos ou serviços para uso próprio daquela pessoa que o faz com o objetivo de revendê-los. Nos termos do CDC, um só é considerado consumidor caso adquira produtos e serviços, como consumidor final, estando excluídos aqueles que não se enquadrem nesse cenário. Ou seja, o cidadão que compra produtos de limpeza para revende-los em sua loja não é considerado consumidor. Esse é o posicionamento dos adeptos à teoria finalista.

Todavia, a teoria contrária – chamada maximalista – compreende no conceito de consumidor todo aquele que adquire produtos ou serviços, independente da destinação dada, desde que não ponha os produtos adquiridos para revenda. O destinatário final é a pessoa física ou jurídica que retira o produto do mercado.

A proteção conferida ao consumidor pelo código consumerista não incide apenas no decorrer do contrato, mas surte efeitos na fase anterior e posterior à sua celebração e adimplemento. Antes de firmar o acordo, o fornecedor obriga-se em relação às cláusulas contratuais, e também à ética da divulgação do seu produto ou serviço aos consumidores, enquanto que, ao término do contrato, o mesmo está obrigado a reparar ou indenizar o consumidor em virtude de qualquer dano causado por ele, independente de culpa (responsabilidade objetiva).

O art. 17 do CDC estabelece que serão consumidores por equiparação aqueles que acabam sendo vítimas de algum dano causado pelo fornecedor, mesmo que não figurem diretamente na relação de consumo.

Ainda, o conceito de vulnerabilidade também merece atenção. Vulnerável, então, é aquele que recebe um tratamento diferenciado, diante da presunção legal absoluta de vulnerabilidade em face do fornecedor de produtos ou serviços. E, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.195.642/RJ, da 3ª Turma, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, as pessoas jurídicas podem sim ser consideradas consumidoras, por se mostrarem ocasionalmente em situações de vulnerabilidade.

É em virtude dessa vulnerabilidade que fora elaborado todo um Código voltado à defesa do consumidor.

Seguindo adiante, o fornecedor é quem disponibiliza produtos ou serviços no mercado de consumo com habitualidade. O art. 3º do Código de Defesa do Consumidor dispõe que o fornecedor pode ser pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados. Percebe-se, portanto, que o conceito de fornecedor é consideravelmente mais amplo que o de consumidor.

Inclusive, as pessoas jurídicas de direito público também sofrem enquadramento no conceito de fornecedor, tendo em vista que são prestadoras de serviços públicos.

Assim, por ser um conceito bem abrangente, não há margem para divergência doutrinária ou jurisprudencial.

Portanto, nos contratos de transporte aéreo, o consumidor é a pessoa que adquire uma passagem aérea e o fornecedor de serviços é a empresa, a companhia aérea, que disponibiliza os bilhetes para que sejam adquiridos pelo público em geral. Eis que nasce uma relação de consumo a partir do momento em que o consumidor finaliza a compra de um bilhete de passagem aérea, seja pessoalmente, seja *on-line*.

Daí surgem todos os direitos e garantias inerentes aos contratos, mas, principalmente, o princípio da força obrigatória dos contratos, o *pacta sunt servanda*. A celebração de um contrato obriga as partes a cumprirem todos os seus termos, observado sempre o equilíbrio do contrato em relação às obrigações recíprocas, ou seja, desde que os instrumentos contratuais atendam aos princípios cabíveis às relações de consumo, como a função social do contrato.

Nasce a obrigação de cumprir o contrato por parte da empresa – ou seja, de realizar o voo adquirido pelo consumidor – e a obrigação de cumprir o contrato por parte do consumidor – pagar o valor ofertado. Para o transportador, portanto, existe uma obrigação de fazer, de transportar o passageiro de um destino a outro. E, acerca dessa obrigação, o transportador é civilmente responsável.

Sobre isso, Venosa:

De qualquer forma, a exceção vem confirmar a regra: na relação obrigacional, débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*) vêm sempre juntos, como fenômenos inseparáveis. Na realidade, como já pudemos perceber, são aspectos do mesmo fenômeno da relação

obrigacional. Não podemos dar preponderância quer a um, quer a outro elemento, embora, à primeira vista, ressalte o elemento débito. (2017, p. 40)

Quanto ao elemento objetivo da relação de consumo, tem-se o serviço ou o produto. No caso da aviação civil, o fornecedor presta um serviço ao consumidor.

Presente no art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor, o conceito de serviços é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

O conceito de serviço está intrinsecamente vinculado à presença de prestação pecuniária. Depreende-se da leitura do §2º do art. 3º que o serviço prestado gratuitamente não enseja na configuração da relação de consumo, e não sofre a proteção do código consumerista.

Em conclusão, existe relação de consumo entre o consumidor que adquire a passagem aérea e a empresa aérea que disponibiliza as passagens para compra, fornecendo um serviço à população, tendo em vista que o passageiro, a companhia aérea e o serviço de aviação civil estão perfeitamente enquadrados nos elementos objetivos e subjetivos da relação de consumo.

2.3 Da responsabilidade civil objetiva das companhias aéreas

Para que se configure a responsabilidade de reparação ou indenização por danos causados pelo fornecedor ao consumidor, é necessário que haja a precisão dos partícipes do pleito indenizatório, ou seja, o polo passivo (o consumidor ou o consumidor equiparado) e o polo ativo (o fornecedor), segundo a lei.

Porém, antes, faz-se imperioso certo esclarecimento acerca da responsabilidade civil.

A responsabilidade em si ganha significado quando alguém necessita arcar com as consequências de danos causados a outrem. Assim, a responsabilidade civil nasce da necessidade de arcar com as consequências danosas em virtude de alguma obrigação juridicamente tutelada.

Nas palavras de Noronha (2003, p. 429):

A responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos *strictu sensu*.

A responsabilidade civil do transportador de pessoas é contratual, tendo em vista que o mesmo transgrediu os limites estabelecidos no contrato e, assim, causou danos ao consumidor, surgindo então o seu dever de indenizar e reparar o infortúnio.

Gagliano e Pamplona Filho (2017, p.1103):

Indispensável a existência de dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil. Mesmo em se tratando de responsabilidade contratual, o comportamento da parte inadimplente que deixa de cumprir a obrigação convencionada carrega em si a presunção de dano.

Para existir o prejuízo é necessário que haja a conduta do agente conjugada com o dano, formando-se então o nexos causal, que nada mais é do que a linha que une a conduta ao dano sofrido. Sem o nexos de causalidade, não se pode falar em responsabilidade civil do agente, inexistindo, portanto, o dever de indenizar ou de reparar.

Entende-se que o nexos causal é indispensável para que o fornecedor seja responsabilizado pelo dano, uma vez que a responsabilidade é objetiva. Assim, o dolo ou a culpa do agente é dispensável, mas em hipótese alguma será afastada a verificação do nexos de causalidade entre conduta e dano.

Nessa toada, o nexos será afastado nos casos em que o dano for causado por culpa exclusiva da vítima ou por fatores de força maior ou caso fortuito.

O Código Civil, em seu art. 186, dispõe que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, é obrigado a repará-lo”. Dessa forma, a leitura do mencionado dispositivo corrobora o que foi dito anteriormente: para haver a obrigação de reparar é imprescindível que exista um dano causado pelo agente que violou os direitos da vítima.

No conceito de conduta compreendem-se a omissão ou a ação promovida pelo fornecedor, desde que voluntária, ou eivada de negligência ou imprudência por parte deste.

Um ponto importante desse dispositivo reside na inclusão pelo legislador do trecho “ainda que exclusivamente moral”. O prejuízo sofrido pelo consumidor não precisa ser necessariamente patrimonial para nascer a obrigação de reparação, sendo o dano moral tão importante quanto o dano material.

Em sua obra “Manual de Direito Civil: volume único”, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 1.106) elencam três requisitos para a configuração do dano indenizável. São elas:

- 1) Violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica;
- 2) Certeza do dano;
- 3) Subsistência do dano.

O primeiro requisito diz respeito à verificação de agressão a algum direito, seja de cunho patrimonial ou extrapatrimonial. Em seguida, a certeza do dano remete à confirmação de que, de fato, a violação gerou danos no plano real. Enfim, o terceiro ponto diz respeito à existência do dano no momento em que sua reparação estiver sendo requerida. O dano já reparado ou indenizado perde seu poder.

Assim, a responsabilidade civil do fornecedor de produtos, no caso dos transportadores aéreos, gera a obrigação de reparar o dano desde que o prejuízo seja causado em virtude de uma ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, mesmo que o infortúnio seja exclusivamente extrapatrimonial.

Frisa-se, então, que a responsabilidade civil das empresas aéreas independe de demonstração de culpa ou dolo na causa do dano, sendo imperioso que respondam objetivamente pelos prejuízos que porventura causarem aos seus clientes. O serviço de aviação civil prestado por essas empresas deve ser pautado nas regras a ele atinentes, e os consumidores que regularmente adquirirem passagens aéreas devem ter o adimplemento da referida obrigação, por ser esse contrato devidamente pautado na boa-fé objetiva, por estar o contrato de compra e venda de bilhetes inserido no conceito de justiça contratual e por estar atendendo ao princípio da função social do contrato.

O consumidor está dispensado de demonstrar qualquer má-fé por parte do transportador, e este responderá por qualquer inconveniente causado aos seus consumidores.

O dano causado aos passageiros em detrimento da prática do *overbooking* constitui em ônus, para a empresa aérea, de ressarcir e reparar o infortúnio, independentemente de comprovação de culpa ou dolo por parte do consumidor. Esta é a garantia conferida ao consumidor pelo instituto da responsabilidade civil objetiva, ou seja, a certeza de que, como parte mais desvalida da relação de consumo, terá sua despesa retificada pelo agente causador da ofensa.

3 “OVERBOOKING”

Prática corriqueira das empresas de transporte aéreo, o *overbooking* ocorre quando a empresa vende bilhetes aéreos em quantidade incompatível com a capacidade da aeronave, criando uma situação onde há mais passagens aéreas vendidas do que assentos disponíveis.

O termo *overbooking* é originário da língua inglesa e significa “excesso de reservas”. Não apenas as companhias aéreas, mas as redes de hotelaria também executam essa prática.

O presente capítulo irá abordar a prática da venda excessiva de bilhetes aéreos praticada pelas companhias de aviação civil, nacionais e internacionais, e os danos causados, além dos diplomas legais aplicados à aviação.

3.1 Noções gerais

Em termos práticos, quando o consumidor adquire uma passagem aérea, o fez por algum motivo, seja para lazer ou para negócios. Independente disso, uma pessoa que é impedida de dar fiel cumprimento aos seus planos se sente profundamente lesada e desamparada.

As empresas aéreas se valem desse instituto com o objetivo de impedir que seus voos decolem sem que todas as poltronas estejam ocupadas, evitando sofrer prejuízos. Para tanto, as companhias se apoiam em estudos e estatísticas nacionais e internacionais que afirmam haver uma taxa de não comparecimento – o *no show* – em cada voo que decola dos aeroportos. Com base nesses dados e com o intuito de evitar que o *no show* cause grandes prejuízos patrimoniais à empresa, a mesma disponibiliza uma quantidade maior de passagens aéreas do que assentos para compra.

O *overbooking* ganhou destaque após o grande impulso que a aviação civil sofreu. Com o avanço na ciência e a globalização crescendo em ritmo frenético, fez-se necessário o desenvolvimento de uma maneira mais ágil e eficiente de movimentar pessoas pelo mundo.

As empresas de transporte aéreo foram, então, avolumando suas aeronaves e sua clientela, levando de um lado a outro do planeta pessoas de todos os lugares. Até hoje as empresas crescem e criam novidades para diferenciá-las no mercado.

Porém, o ônus acoplado a esse crescimento desenfreado trouxe consigo a realidade na qual as empresas sofreriam prejuízo caso os voos programados não decolassem lotados.

Importante esclarecer que a prática do *overbooking* consiste na disponibilização de mais assentos do que a real capacidade da aeronave. Na brilhante explicação de Alessandro Vinícius Marques de Oliveira e Reneé Baptista Ferraz (2007, p. 483):

A prática de *overbooking* em transporte aéreo, isto é, o aumento virtual da capacidade de uma aeronave no Sistema de Reservas, é o resultado de uma estratégia de mercado mais ampla, conhecida como Gerenciamento de Receitas (*Yield Management* ou *Revenue Management*), cujo objetivo central é otimizar a receita total das companhias aéreas, levando em consideração aspectos de *pricing*, controle de estoque de assentos, diferenciação de produto e condições da concorrência. Esta estratégia tem sido amplamente utilizada no setor como uma das soluções mais eficazes para lidar com problemas de ajuste da capacidade dos voos oferecidos à demanda e suas flutuações. No entanto, para que o *overbooking* seja implementado de forma eficiente, é necessário um adequado entendimento acerca do comportamento do passageiro quanto ao período em que este efetua a reserva ou compra da passagem, sobretudo com relação à antecedência da chegada do seu pedido no Sistema de Reserva da empresa.

No trabalho dos aludidos autores, é transmitida a perspectiva das empresas aéreas, tecendo uma breve explicação de como os transportadores contabilizam a quantidade de assentos disponibilizados para suprir o eventual *no show*.

Ainda nesse sentido, os mesmos autores citam outro comportamento dos passageiros – além do *no show* – que justifica essa prática: o cancelamento com baixa antecedência. O passageiro adquire o bilhete aéreo e só comunica à empresa que não irá comparecer ao voo programado pouquíssimo tempo antes da sua decolagem. Assim, a empresa não conta com tempo hábil para reocupar aquele assento e o voo decola com, pelo menos, um passageiro a menos.

Trata-se, portanto, de uma estratégia de mercado a qual pode se revelar lesiva aos interesses dos passageiros, enquanto consumidores, que se virem impedidos de embarcar em voos para os quais adquiriram regularmente seus bilhetes.

Quanto à condenação da prática do *overbooking*, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou, no julgamento do Recurso Especial 211.604, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, em 25 de março de 2003:

Indenização – Atraso – Voo. *Overbooking*. Só após o atraso de cerca de 24 horas os recorridos puderam embarcar em voo internacional, isso devido ao excesso na lotação da aeronave. Anotando que o *overbooking* é prática condenável e intolerável, pois só leva em conta o interesse da companhia aérea, que assume o risco de deixar viajantes em terra por sua mera conveniência administrativa, em franco desrespeito ao consumidor, a Turma entendeu que, nesse caso, a aflição causada aos passageiros excede substancialmente o mero percalço comum na vida das pessoas, gerando o direito a indenização.

Importa também colacionar a ementa de outro recurso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DANOS MORAIS. OVERBOOKING. REDUÇÃO DE INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Consoante entendimento jurisprudencial firmado nesta Corte Superior, o dano moral oriundo de "*overbooking*" decorre do indiscutível constrangimento e aflição a que foi submetido o passageiro e da própria ilicitude do fato. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido.

Portanto, o *overbooking* é uma prática condenada pelo Poder Judiciário, a qual acarreta na impossibilidade de redução do *quantum* indenizatório, tendo em vista que o dano moral decorre do constrangimento sofrido por cada passageiro no caso concreto. Assim, o magistrado deve dispor da liberdade de analisar a situação e deliberar sobre o valor correspondente à aflição sofrida pelo passageiro.

3.2 Legislação aplicável

O transporte aéreo no Brasil sofre a incidência das principais legislações pátrias. A Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e a Resolução nº 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil são as normas atinentes ao transporte aéreo brasileiro, de sorte que a empresa de transporte civil aéreo, como prestadora de serviços, deve total obediência.

Sabe-se também que o transporte aéreo não fica restrito ao território de um certo país, mas pode ser realizado entre diferentes países. Assim, o voo que sai de um Estado em direção ao território de outro é chamado de voo internacional, enquanto o voo realizado entre diferentes cidades do mesmo país é chamado de voo doméstico ou nacional.

De maneira cronológica, a primeira legislação atinente ao transporte aéreo internacional foi a Convenção de Varsóvia, de 1929, internalizada através do Decreto nº 20.704 de 1931, cujo objetivo era uniformizar regras acerca do trânsito aéreo internacional. A citada convenção foi sofrendo várias alterações ao longo dos anos, as quais ensejaram a edição da Convenção de Montreal, de 1999.

Ainda prossegue vigente a Convenção de Montreal, cujas regras são aplicáveis aos voos internacionais, e que foi incorporada à legislação pátria através do Decreto nº 5.910/2006.

No Brasil, a responsabilização pelos danos eventualmente causados estava prevista no Código Civil de 1916. Em seguida, sobrevieram os Códigos Brasileiros do Ar de 1938 e 1967, resultando na promulgação do Código Brasileiro de Aeronáutica, datado de 1986. Este possui regramento similar ao disposto na Convenção de Varsóvia.

Vale comentar brevemente que a Convenção de Varsóvia previu a responsabilidade civil das empresas aéreas, todavia o fez de forma limitada.

Assim, quando não estiverem em pauta relações de consumo, as legislações aplicáveis serão a Convenção de Varsóvia ou o Código Brasileiro de Aeronáutica. Entretanto, nos pormenores envolvendo relações de consumo, haverá a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Adiante, serão analisadas as principais leis aplicáveis aos voos no Brasil e no mundo, com enfoque especial à responsabilização do transportador aéreo no que tange aos danos causados aos passageiros pela prática do *overbooking*.

3.2.1 Voos domésticos

O Direito Administrativo pátrio aceita duas formas de delegação de serviços públicos a particulares, quais sejam a permissão e a concessão. No art. 175 da Constituição Federal, o legislador concedeu ao Estado essa premissa de realizar os serviços públicos diretamente ou através de concessão ou permissão. A delegação

de funções a particulares nada mais é do que a ação do Estado objetivando a realização e concretização do interesse público e do bem-estar de todos os cidadãos.

O transporte é um serviço público e as empresas de aviação civil o realizam através da concessão por parte do Estado. Dessa maneira, ao assumirem a delegação, os transportadores aéreos se obrigam a transportar o passageiro ao local escolhido por ele como destino final.

A Constituição da República Federativa do Brasil, a carta maior do país, é uma constituição prolixa, analítica, tratando de assuntos variados, relacionados ou não com o funcionamento do Estado e, por ser uma constituição extensa, ela não trata apenas de regras governamentais, mas também de temas atinentes ao desenvolvimento de diversas atividades por parte do Estado e dos particulares.

Ademais, por ser a lei máxima do ordenamento jurídico brasileiro, tem poder superior às demais normas, inclusive a qualquer convenção ratificada pelo Brasil. Dessa maneira, a Constituição Federal de 1988 estabelece que, no que tange à responsabilidade civil do prestador de serviços, a obrigação de reparar danos causados torna-se objetiva, nos termos do art. 37, §6º, *ipsis litteris*:

Art. 37, §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Conforme a Constituição estabelece a responsabilidade objetiva dos agentes particulares prestadores de serviço, por quaisquer danos causados, tem-se como óbvia a conclusão de que a reparação por prejuízos causados às vítimas de *overbooking* é plenamente cabível no país.

O Código Civil de 2002 tratou do tema no Capítulo XIV – Do transporte, que abrange o art. 730 ao art. 756. Porém, especificamente, o transporte de pessoas é abarcado do art. 734 ao art. 742.

O art. 730 dispõe sobre o contrato de transportes, o qual obriga o transportador a levar o contratante de um destino a outro, seja pelo meio terrestre, aquático ou aéreo. Ainda, no art. 732, o legislador estabelece que serão aplicados

aos contratos de transporte os preceitos da legislação especial e de tratados e convenções internacionais, desde que não sejam contrários às normas da lei civil.

Ou seja, a Convenção de Varsóvia de 1929 e a Convenção de Montreal de 1999, são aplicáveis no Brasil à medida que respeitem as normas originárias do país.

O *códex* civilista ratifica os termos da Constituição Federal ao dispor, em seu art. 734, acerca da responsabilidade civil objetiva do transportador, em caso de dano aos passageiros ou às suas bagagens. Neste dispositivo, o legislador acertou ao estabelecer que será nula toda e qualquer cláusula que afaste a responsabilidade do transportador.

Inclusive, acerca da nulidade de cláusulas que objetivem mitigar a responsabilidade do transportador, o Supremo Tribunal Federal redigiu súmula nesse sentido sob o nº 161: “Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar”.

O mencionado verbete sumular objetiva proteger o partícipe mais fraco da relação contratual de abusos provenientes do contratado, que por vezes inserem cláusulas que afastam sua responsabilidade e enfraquecem a segurança jurídica do contraente.

A norma que se mostra mais específica no que diz respeito ao *overbooking* é o texto do art. 737, que propõe que “O transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior”. Ou seja, o transportador tem o dever de respeitar os horários e itinerários previstos, sob pena de ser responsabilizado civilmente.

Em outras palavras, a empresa aérea, na posição de transportadora de pessoas, se obriga a transportar os passageiros até o seu destino sãos e salvos, o que inclui também as suas bagagens. Dessa forma, caso a mesma não cumpra com o combinado – levar o passageiro até o seu destino final – irá responder objetivamente pelas perdas e danos que causou. Por ser objetiva a responsabilidade, a única coisa a ser verificada será o nexo de causalidade entre o dano e as ações da empresa aérea.

Saliente-se, novamente, que a responsabilidade objetiva das transportadoras decorre de norma constitucional, prevista no art. 37, §6º.

Ainda, a ressalva da parte final do artigo diz respeito à força maior.

Ora, sabe-se que o *overbooking* não decorre de força maior, uma vez que as empresas transportadoras deliberadamente comercializam mais bilhetes do que a real capacidade da aeronave. O conceito de força maior, *vis major est cui humana infirmitas resistere non potest*², reside na incapacidade humana de resistir a algo em virtude de sua fraqueza, não se admitindo que a prática do *overbooking* se enquadre como caso de força maior.

Para além da Constituição Federal e do Código Civil, os voos domésticos também são regidos no Brasil pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que a relação entre a empresa aérea e o consumidor é de consumo.

Conforme já dito, a Carta Magna consagra a defesa do direito do consumidor como direito fundamental do cidadão, no art. 5º, inciso XXXII. Ademais, o art. 170 da mesma carta prevê o direito do consumidor como princípio da ordem econômica pátria (inciso V).

O art. 6º do CDC determina que é direito básico do consumidor a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços, como também a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (incisos V e VI).

Acerca do inciso VI, Leonardo de Medeiros Garcia:

Outro dispositivo que se destaca no art. 6º é o inciso VI, o qual prevê a possibilidade do consumidor ser ressarcido integralmente dos danos que venha a sofrer (princípio *darestitutio in integrum*). Em algumas leis como, por exemplo, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei no 7.565/1986), estabelece-se limitações para indenizações por danos decorrentes de transporte aéreo a passageiros, perda de bagagens e cargas etc. Entretanto, em decorrência do CDC, tais limitações ou tarificações não mais prevalecem, tendo o consumidor direito ao ressarcimento integral e não limitado. (2017, p. 89)

Ainda sobre a legislação atinente aos voos nacionais, percebe-se que o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal estabelecem certas regras gerais, não dispondo especificamente sobre os tipos de transporte, tampouco sobre o transporte aéreo.

A Agencia Nacional da Aviação Civil – ANAC, na sua resolução nº 400/2016, editou regras aplicáveis aos contratos de transporte aéreo. A grande crítica feita à

² Força maior é aquela a que a fraqueza humana não pode resistir.

resolução da agência reguladora reside nos dispositivos que se contrapõem à previsão do CDC.

Há de se criticar a resolução no que diz respeito ao consentimento dado às empresas aéreas para praticar o *overbooking*. A partir da leitura dos art. 22 e 23, depreende-se que fica aprovada a prática da preterição – quando o transportador deixar de transportar o passageiro que se apresentou para embarque – e também a venda de passagens aéreas em número maior que a disponibilidade.

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

Art. 23. Sempre que o número de passageiros para o voo exceder a disponibilidade de assentos na aeronave, o transportador deverá procurar por voluntários para serem acomodados em outro voo mediante compensação negociada entre o passageiro voluntário e o transportador.

§ 1º A acomodação dos passageiros voluntários em outro voo mediante a aceitação de compensação não configurará preterição.

§ 2º O transportador poderá condicionar o pagamento das compensações à assinatura de termo de aceitação específico.

O art. 22 diz respeito à preterição. Ora, a ANAC, ao editar a resolução, deu espaço às empresas aéreas para realizarem certas práticas prejudiciais ao consumidor. Ainda, o art. 23 demonstra como o transportador deverá proceder caso ocorra o *overbooking*, procurando passageiros voluntários para se acomodarem em outro voo, mediante a oferta de alguma compensação, que via de regra é financeira.

O §1º do art. 23 é o responsável por amenizar a culpabilidade da empresa diante da prática da preterição ou *overbooking*. Caso algum passageiro se voluntarie para ser acomodado, não será configurada a preterição por parte da companhia aérea.

Percebe-se, portanto, que as práticas abusivas realizadas pela empresa transportadora serão relativizadas desde que ocorra alguma compensação ao passageiro prejudicado.

3.2.2 Voos internacionais

O repentino desenvolvimento da aviação civil e da globalização, conforme já dito, fez surgir a necessidade de acelerar o processo de migração entre diferentes países. Assim, os transportes antes realizados através de navios, os quais demoravam bastante para atracar no destino final, passaram a ser realizados pelas aeronaves.

Trata-se, portanto, de uma situação envolvendo diferentes nacionalidades e diferentes legislações aplicáveis à aviação civil e às relações de consumo, surgindo a incidência do Direito Internacional Privado. No âmbito do Direito Internacional, quando há o envolvimento de dois ou mais Estados em uma mesma transação ou negócio jurídico, ocorre o conflito de leis no espaço ou no tempo.

O conflito de leis no espaço ocorre quando mais um de Estado participa de um negócio jurídico e diante da necessidade de aplicação de normas, nasce a dúvida de qual legislação será cabível.

Por exemplo, caso um brasileiro adquira um bilhete de passagem aérea partindo de Belém com destino final Chicago, nos Estados Unidos da América, e tem sua mala extraviada em Buenos Aires, na Argentina, onde o voo fez uma escala. Qual seria a legislação de defesa do consumidor de nacionalidade brasileira que teve sua mala extraviada em território internacional?

A respeito desse conflito, o art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabeleceu que a lei aplicada nos casos de contratos internacionais, ou seja, relações de consumo atípicas, será a lei do local da celebração do contrato.

Ainda, o conflito de leis no tempo ocorre quando existem duas legislações vigentes ao mesmo tempo, em lugares distintos, que podem ser aplicadas à situação.

Citando caso análogo, tem-se a situação onde esse mesmo passageiro busca indenização pela sua mala extraviada. A lei civil brasileira prevê a indenização por danos provenientes de voos internacionais, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável por tratar-se de uma relação de consumo e, ainda, a Convenção de Montreal possui incidência por ser aplicável a voos internacionais e por ter sido incorporada ao ordenamento jurídico pátrio através do Decreto 5.910/2006. Qual será a legislação aplicável para reparação do infortúnio do consumidor?

As três normas acima são vigentes e aplicáveis no Brasil.

Analisa-se a data de promulgação das leis para sanar o conflito. O Código de Defesa do Consumidor foi promulgado em 1990, em vigor desde então, o Código Civil em 2002 e a Convenção de Montreal está vigente no país desde a promulgação do Decreto, em 2006. Apesar de haver divergência doutrinária e jurisprudencial, a resolução moderna do conflito de leis no tempo requer uma aplicação conjunta da legislação vigente, não ocorrendo a subsunção de uma norma em detrimento da outra, mas sim uma interpretação entrelaçada dos dispositivos legais.

Nessa tenda, a hermenêutica jurídica moderna é responsável pela harmonização das normas, buscando a aplicação mais justa e completa, de modo a resolver o conflito de maneira integrativa e benéfica, observando sempre a dignidade da pessoa humana.

À vista disso, o voo internacional é o transporte aéreo realizado entre dois Estados, sendo regulado tanto pela legislação brasileira quanto pelas normas internacionais, as quais serão abordadas adiante.

A Convenção de Montreal, inserida no direito interno do Brasil em 2006, através do Decreto nº 5.910, foi celebrada na cidade de Montreal, em 28 de maio de 1999, e dispõe acerca da “Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional”. Em seu preâmbulo, traz a necessidade de proteção aos consumidores do transporte aéreo internacional, como também a importância de reciclar e modernizar a Convenção de Varsóvia, de 1929, em prol do equilíbrio de interesses equitativos.

No que tange ao *overbooking* e à indenização por danos causados aos passageiros, a Convenção de Montreal prevê em seu Capítulo III que o transportador será responsável pela morte ou lesão corporal causada a um passageiro dentro da aeronave ou em decorrência de embarque e desembarque. Ainda, estabelece que será responsabilizado em caso de destruição ou dano causado a bagagem do passageiro.

Prevê também a responsabilidade da empresa aérea no caso de atraso do voo, a qual será afastada caso o transportador prove que efetuou as medidas razoáveis para evitar que o atraso ocorresse. Ademais, nos artigos seguintes, a convenção estipulou limites indenizatórios nas situações de responsabilidade civil objetiva supramencionados.

Percebe-se então, a partir da leitura do texto da convenção, que a proteção concedida ao consumidor se restringe à sua integridade física e aos seus bens

materiais, bem como ao atraso no voo. Dessa forma, a convenção não trata do *overbooking*, sendo silente quanto a essa prática das empresas aéreas.

Apesar do silêncio da convenção no que diz respeito ao excesso de reservas, vale congratular o legislador em um ponto em especial. O artigo 26 da referida lei estabelece que serão nulas as cláusulas que exonerarem o transportador do dever de reparar danos prevista na convenção ou então alterar os limites estabelecidos de indenização na mesma.

Esclareça-se que, segundo Cachard (2015), citado por Marques e Squeff (2017), a mencionada convenção “é regra imperativa de proteção dos passageiros que permite apenas derrogação *in favorem* dos direitos dos passageiros-consumidores”.

A Convenção de Montreal prevê um molde de indenização tarifada. O art. 22 do referido diploma legal dispõe sobre os limites de responsabilidade relativos ao atraso da bagagem e da 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 pago 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.
4. Em caso de destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de qualquer objeto que ela contenha, para determinar a quantia que constitui o limite de responsabilidade do transportador, somente se levará em conta o peso total do volume ou volumes afetados. Não obstante, quando a destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de um objeto que ela contenha afete o valor de outros volumes compreendidos no mesmo conhecimento aéreo, ou no mesmo recibo ou, se não houver sido expedido nenhum desses documentos, nos registros conservados por outros meios,

mencionados no número 2 do Artigo 4, para determinar o limite de responsabilidade também se levará em conta o peso total de tais volumes.

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.

Primeiramente, cumpre esclarecer cerca de certos termos utilizados pelo legislador. O longo do dispositivo tem-se a menção ao termo Direitos Especiais de Saque, ou DES. Foram criados pelo Fundo Monetário Internacional e são um instrumento que auxiliam nas negociações internacionais. Pela cotação do dia 24 de abril de 2018, um DES corresponde a R\$ 4,9797 (aproximadamente quatro reais e noventa e oito centavos). Assim, toda indenização tarifada pela Convenção de Montreal segue a cotação dos Direitos Especiais de Saque.

Na primeira parte do dispositivo, o legislador previu que, em caso de prejuízos causado ao passageiro em virtude de atraso de voo, o valor de indenização se limitará a 4.150 DES, ou seja, aproximadamente R\$ 20.625,00 (vinte mil seiscentos e vinte e cinco reais) por passageiro.

Na parte 2, o dispositivo discorre sobre os casos de destruição, perda, avaria ou atraso na bagagem. A Convenção de Varsóvia originalmente tarifava a indenização ao peso da bagagem, equivalendo cada quilo a 250 francos. Atualmente, a Convenção de Montreal estabelece que a responsabilidade da empresa nesses casos está limitada a 1.000 DES (aproximadamente R\$ 4.979,00) por passageiro.

Dando continuidade, a terceira e quarta partes tratam da responsabilidade por transporte de cargas, no caso de destruição, avaria, perda ou atraso da carga ou de parte dela, estabelecendo a indenização de acordo com o peso da carga.

Ainda, a parte 5 dispõe sobre a inaplicabilidade das partes 1 e 2 nos casos em que restar comprovado que o dano foi provocado por ação ou omissão do transportador, propositalmente. Ou seja, caso haja dolo por parte do transportador, com intenção de causar prejuízos ao passageiro, as disposições desse artigo não se aplicarão.

Desta forma, percebe-se que a Convenção limita a indenização, ao contrário do Código de Defesa do Consumidor, que adota a teoria da reparação integral do dano, sem estabelecer qualquer limitação.

3.3 Análise do caso do voo 3411 da *United Airlines*

O voo 3411 da empresa de transporte aéreo *United Airlines* foi o protagonista de uma das cenas mais chocantes no que diz respeito ao *overbooking*. A vítima foi o médico David Dao, de 69 anos, que foi arrastado para fora da aeronave pelos seguranças da companhia aérea.

Inicialmente, o voo 3411 que sairia de Chicago com destino a Louisville, nos Estados Unidos, no dia 9 de abril de 2017, apresentou *overbooking*, e a *United Airlines* seguiu o protocolo previsto na legislação, oferecendo aos passageiros benefícios para que algum deles desistisse do voo. Em seguida, como nenhum aceitou a oferta da empresa, a mesma escolheu aleatoriamente passageiro para se retirar, e o escolhido foi o doutor David Dao.

O médico americano se recusou a retirar-se da aeronave e a empresa tentou convencê-lo, mas sem sucesso. Assim, diante da real necessidade de retirar passageiros da aeronave para que a mesma decolasse, o Sr. Dao foi abruptamente apartado do avião.

Essa atitude gerou espanto e preocupação nos demais passageiros, que gravaram vídeos do momento em que o médico estava sendo puxado à força para fora da sua poltrona. A partir da análise dos vídeos publicados nas redes sociais, depreende-se que os seguranças agiram com violência e intolerância, e machucaram o Sr. Dao, ao puxá-lo violentamente.

Em declarações feitas pelos passageiros que publicaram os vídeos nas redes sociais, antes do embarque a empresa anunciou que o voo apresentava *overbooking* e ofereceu US\$400,00 (quatrocentos dólares) e uma diária em um hotel para que

algum voluntário aceitasse tomar o voo no dia seguinte. Nenhum passageiro se voluntariou.

Quando já haviam embarcado, a empresa informou que quatro passageiros deveriam ceder seus lugares para membros da empresa aérea que precisavam estar no destino no dia seguinte, e subiu a oferta para US\$800,00 (oitocentos dólares). A empresa ainda informou que a aeronave só decolaria com os quatro funcionários devidamente sentados.

Diante do insucesso da oferta, um gerente da *United Airlines* adentrou a aeronave, portando um computador, e avisou que o sistema escolheria os quatro passageiros que iriam se retirar do voo. Foi aí que o nome do doutor David Dao foi escolhido, causando raiva e forte indignação, pois o médico informou que precisava comparecer ao hospital no dia seguinte e por isso não havia possibilidade de pegar o voo um dia após. Em seguida, a empresa causou grande constrangimento ao Sr. Dao e a todos os passageiros ali presentes, retirando-o forçadamente do avião.

O médico vítima do incidente foi levado ao hospital após o ocorrido, e apresentava ferimentos na cabeça causados pela violência empregada pelos seguranças. Ele sofreu uma fratura no nariz e uma concussão e perdeu dois dentes.

O infortúnio do Sr. Dao foi uma das publicidades mais negativas que uma empresa aérea já sofreu na história. O caso ganhou repercussão mundial e a imprensa não poupou a empresa de comentários desfavoráveis. Dentro de 24 horas após o incidente tornar-se público, as ações da companhia aérea caíram e a empresa chegou a perder US\$1 bilhão (um bilhão de dólares) em capital.

Após o ocorrido, o advogado do Sr. Dao anunciou que ele havia cerrado um acordo com a *United Airlines*, mas sem revelar os valores indenizatórios. Comentou brevemente o acordo dizendo que o CEO da *American Airlines*, o Sr. Óscar Muñoz, havia assumido total responsabilidade pelo ocorrido.

A *United* ainda informou que aumentaria o limite máximo de indenização oferecidos aos passageiros que voluntariamente desembarcassem para US\$10 mil (dez mil dólares).

O incidente do voo 3411 repercutiu também em outras empresas aéreas. A companhia aérea *Delta* anunciou que elevaria o valor indenizatório ofertado aos passageiros nesses casos, e a *Southwest* disse que não usaria mais da prática do *overbooking*.

Ao analisar as imagens publicadas, as declarações dos passageiros e a postura da empresa aérea, cumpre fazer certos comentários acerca do ocorrido.

Sabe-se que a prática do *overbooking* é constante no âmbito da aviação civil, seja em voos domésticos ou internacionais. O caso 3411 da *United* ganhou grande destaque pois a violência empregada pelos seguranças ultrapassou todos os limites, e o dano causado não se restringiu ao passageiro coagido, mas a todos os passageiros que ali estavam e presenciaram o incidente. Além disso, a vítima sofreu lesões corporais, agravando ainda mais a conduta da empresa.

A Constituição Federal da República traz a dignidade da pessoa humana como um atributo de todos e um fundamento da República. Insculpido no art. 1º, inciso III da CRFB, independe de gênero, profissão, condições financeiras e inadmite preconceitos. É base do Estado Democrático de Direito e, portanto, é direito de todos.

Ora, o princípio da dignidade humana foi totalmente ausente na tratativa da empresa com o Sr. Dao. O constrangimento causado a ele foi exorbitante, e tomou grandes proporções. O valor ofertado pela companhia aérea foi desarrazoado comparado ao constrangimento sofrido pela mudança de planos que a desistência do voo causaria.

Em entrevista, o advogado de David disse que a empresa aérea faltou com o respeito, e falhou em sua função de oferecer segurança aos passageiros. Foram registrados em 2016, mais de 60 mil casos de *overbooking* pela companhia aérea, um número alarmante, pois percebe-se que os direitos dos passageiros estão constantemente sendo violados pelas empresas de aviação.

Além do *overbooking* praticado pela empresa ter atrapalhado os planos do passageiro, impedindo que embarcasse e chegasse ao destino como previsto, a integridade física e moral de David Dao foi completamente devastada. Ele foi arrastado violentamente pelo corredor da aeronave, na frente de todos os outros passageiros, protagonizando uma das cenas mais fortes já vista dentro de um avião.

4 DO CONFLITO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E DE MONTREAL

Conforme já disposto ao longo dos primeiros capítulos, a Convenção de Varsóvia foi criada em 1929 e a Convenção de Montreal posteriormente em 1975, as quais precederam a promulgação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, datado de 1990. Assim, o CDC estabeleceu normas condizentes com a aplicação no âmbito das relações de consumo, nas quais se enquadram os contratos de transporte aéreo. E as Convenções, já vigentes, estabeleceram normas aplicáveis ao transporte aéreo internacional, especificamente.

Existe entre os diplomas acima um conflito de normas no tempo, pois as normas são vigentes simultaneamente.

Desde então existe a dúvida no tocante à qual legislação aplicável aos problemas da aviação civil internacional, tendo em vista que as leis acima citadas estão vigentes ao mesmo tempo no cenário brasileiro e que contêm normas que se contrariam.

A antinomia existente entre os citados diplomas legais diz respeito especificamente à regra de indenização ao passageiro quando a empresa causa danos a esse, seja por *overbooking*, seja por atraso ou extravio de bagagem.

A reparação de danos prevista no Código de Defesa do Consumidor acompanha a teoria da reparação integral do dano, enquanto a reparação prevista nas Convenções é uma indenização tarifada.

No que diz respeito ao conflito de normas entre as leis federais brasileiras e os tratados internacionais que são internalizados no ordenamento jurídico do Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou em alguns julgamentos.

Inicialmente, cumpre colacionar a ementa do Recurso Especial 58.736, de relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro, em 13 de dezembro de 1995, no tocante à revogação de tratado tendo em vista a edição de lei nova naquele mesmo assunto.

LEI - TRATADO. O TRATADO NÃO SE REVOGA COM A EDIÇÃO DE LEI QUE CONTRARIE NORMA NELE CONTIDA. PERDÉRA, ENTRETANTO, EFICÁCIA, QUANTO AO PONTO EM QUE EXISTIA ANTINOMIA, PREVALECENDO A NORMA LEGAL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS, PERTINENTES A SUCESSÃO TEMPORAL DAS NORMAS, PREVISTOS NA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. A LEI SUPERVENIENTE, DE CARATER GERAL, NÃO

AFETA AS DISPOSIÇÕES ESPECIAIS CONTIDAS EM TRATADO. SUBSISTENCIA DAS NORMAS CONSTANTES DA CONVENÇÃO DE VARSOVIA, SOBRE TRANSPORTE AEREO, AINDA QUE DISPONHAM DIVERSAMENTE DO CONTIDO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. (BRASIL, 1995)

O julgado colacionado acima nos remete ao conflito de normas no tempo. A Convenção de Varsóvia, que versa sobre regras aplicáveis ao tráfego aéreo internacional, datado de 1929, foi incorporado ao ordenamento brasileiro em 1931. Posteriormente, em 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, contendo normas que contrariam certas disposições da Convenção de Varsóvia.

Desta feita, o STJ se posicionou, entendendo que a norma editada posteriormente – no caso o CDC – não vai revogar o tratado, apenas perderão a sua eficácia os trechos em que estiver presente a antinomia.

Ademais, também ficou estabelecido na decisão da Corte que a lei superveniente que versa sobre regras gerais não interfere nas disposições especiais previstas em tratado. Assim, subsistem as regras da Convenção de Varsóvia sobre transporte aéreo internacional ainda que discordem daquelas contidas no Código de Defesa do Consumidor.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo demonstrou seu posicionamento, nesse tema, ao julgar a Apelação 7.283.180-0, em 26 de novembro de 2008.

Responsabilidade civil – Transporte Aéreo – Extravio de Bagagem – Limite da responsabilidade de indenizar – Inadmissibilidade – Convenção de Varsóvia – Inaplicabilidade, após a vigência do Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade objetiva – Reparação integral – Necessidade – Recurso Improvido. (SÃO PAULO, 2008)

Percebe-se que a ementa acima trata de caso envolvendo o extravio de bagagem no transporte aéreo. O Tribunal de São Paulo decidiu que a Convenção de Varsóvia não é aplicável tendo em vista o poder revogador do Código de Defesa do Consumidor, que fora promulgado posteriormente. Assim, aplicou a teoria da reparação integral do dano, em contraposição à indenização tarifada prevista na Convenção.

Nesse sentido, também se posicionou O STJ no julgamento do Agravo 209.763, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Civil. Transporte aéreo. Atraso de voo internacional. Dano moral. Convenção de Varsóvia. Código de defesa do consumidor. Aplicabilidade. Precedente da turma. Orientação do supremo tribunal Federal. Agravo desprovido. I - nos termos da orientação firmada em precedente da turma, o "dano Moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua Indenização calculada de acordo com o CDC" (REsp n. 235.678-SP, DJ 14.2.2000). II - segundo decidiu o supremo tribunal federal, a propósito de Extravio de mala, a indenização por danos morais, no transporte Aéreo, merece reparação sem qualquer limitação (RE 172.720-RJ, DJ 12.11.99). (BRASIL, 2000)

O STJ propõe, no julgado acima, que a reparação no tocante ao atraso de voo internacional segue o entendimento do STF, necessitando de uma reparação integral dos danos, sem qualquer limitação, sendo medida que se impõe a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Ora, as Convenções expressamente estabelecem uma indenização tarifada, e o valor devido ao passageiro a título de responsabilização é limitado ao valor definido previamente.

Nesse sentido, segue a seguinte ementa, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em 02 de dezembro de 1999, determinando que o CDC deverá estabelecer a forma de cálculo da indenização por dano moral, tendo em vista a inaplicabilidade da Convenção de Varsóvia.

TRANSPORTE AÉREO. Atraso. Viagem internacional. Convenção de Varsóvia. Dano moral. Código de Defesa do Consumidor. O dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC. Demais questões não conhecidas. Recurso dos autores conhecido em parte, e, nessa parte, parcialmente provido. Recurso da ré não conhecido. (BRASIL, 1999)

Corroborando o mesmo pensamento, o Tribunal de justiça do Estado de São Paulo julgou em 2007 apelação decidindo pela inaplicabilidade da Convenção de Varsóvia, sendo incidente ao caso o Código de Defesa do Consumidor.

Competência – Foro – Transporte aéreo – Extravio de bagagem – Indenizatória – Discussão acerca da competência interna – Inaplicabilidade da Convenção de Varsóvia ao caso concreto – Incidência da legislação consumerista – Fixação da competência absoluta pelo foro do domicílio do consumidor. (SÃO PAULO, 2007)

Assim, no que diz respeito especificamente à responsabilização por *overbooking*, o STJ acordou:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. EXAME DE MATÉRIA DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. VENDA EXCESSIVA DE ASSENTOS (OVERBOOKING). IMPEDIMENTO DE EMBARQUE DE PASSAGEIRO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA N. 83/STJ. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE. 1. É possível o juízo de admissibilidade adentrar o mérito do recurso na medida em que o exame da sua admissibilidade pela alínea "a", em face dos seus pressupostos constitucionais, envolve o próprio mérito da controvérsia. 2. A responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, subordina-se a suas disposições em face da nítida relação de consumo entre as partes. 3. Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. 4. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ se o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 5. A revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo. Salvo essas hipóteses, incide a Súmula n. 7 do STJ, impedindo o conhecimento do recurso. 6. Tratando-se de danos morais, é incabível a análise do recurso com base na divergência pretoriana, pois, ainda que haja grande semelhança nas características externas e objetivas, no aspecto subjetivo, os acórdãos são distintos. 7. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2015)

Nesse processo, a turma subordinou a responsabilidade civil da empresa aérea ao CDC, e cada um dos agravados recebeu, como *quantum* indenizatório, o valor de R\$ 15 mil (quinze mil reais), perfazendo um valor que excede a indenização tarifada da Convenção de Varsóvia.

Aqui, ficou esclarecido que a incidência das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor decorre da nítida relação de consumo existente no contrato de transporte aéreo.

Nesse sentido, a 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal acordou que as disposições do CDC não condizem com uma forma de indenização tarifada, e que o magistrado, em cada caso, deverá analisar a proporcionalidade da

indenização, com respaldo no contexto socioeconômico da parte e com atenção ao princípio da razoabilidade. Ainda, acordou pela configuração do dano moral.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - EXTRAVIO DE BAGAGEM E TRANSPORTE AÉREO - DIREITO DO CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - DANO MORAL CONFIGURADO. 1. O extravio de bagagens por empresa transportadora de passageiros é causa de constrangimentos e transtornos que extrapolam o mero aborrecimento rotineiro, o que enseja a indenização por danos morais. **2. O Código de Defesa do Consumidor não comporta o Sistema de indenização tarifada, devendo prevalecer a livre apreciação caso a caso pelo Magistrado, guardada a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade respaldados pelo contexto socioeconômico.** 3. Negou-se provimento ao apelo das rés e deu-se provimento ao apelo da autora. (DISTRITO FEDERAL, 2015)

Também vale colacionar aqui as seguintes ementas, também da Corte de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. OVERBOOKING. EXTRAVIO DE BAGAGENS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO. SUCUMBÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA N. 7/STJ. 1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando o acórdão impugnado examina e decide, de forma motivada e suficiente, as questões relevantes para o desate da lide. 2. A responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei n. 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal) ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código de Defesa do Consumidor. 3. A revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo. Salvo essas hipóteses, incide a Súmula n. 7 do STJ. 4. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. OVERBOOKING. DANO MORAL. PROVA. DESNECESSIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o dano moral oriundo de "overbooking" prescinde de prova, configurando-se in re ipsa, visto que é presumido e decorre da própria ilicitude do fato e da experiência comum. 2. À caracterização do dissídio

jurisprudencial, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, é necessária a demonstração da similitude de panorama de fato e da divergência na interpretação do direito entre os acórdãos confrontados. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2011)

Ainda, em relação à fixação do quantum indenizatório:

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. TRANSPORTE AÉREO. OVERBOOKING. CONTROLE PELO STJ. REDUÇÃO DO MONTANTE CONDENATÓRIO. O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, quando a quantia arbitrada se mostra ínfima, de um lado, ou visivelmente exorbitante, de outro. Hipótese de fixação excessiva, a gerar enriquecimento indevido do ofendido. Agravo improvido. (BRASIL, 2005)

O ministro Barros Monteiro, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo nº 581.787/RJ, negou provimento ao agravo por achar razoável a redução do valor da indenização de R\$ 26 mil (vinte e seis mil reais) para R\$ 13 mil reais (treze mil reais).

Seguindo adiante, o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba acordou, na 2ª Turma Recursal Permanente da Comarca da Capital, à unanimidade dos votos, ao julgar o Recurso Inominado na ação de indenização por atraso de voo, em face da *Latam Airlines Group S/A*, em 02 de março de 2018, o seguinte:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL - ATRASO DE VOO POR MAIS DE 25 HORAS – GRAVE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO AÉREO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DANO MORAL OCORRENTE - PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU – IRRESIGNAÇÃO – POSTULAÇÃO DE MAJORAÇÃO – ACOLHIMENTO - QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE BEM AINDA EM OBSERVÂNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO EM CONCRETO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (PARAÍBA, 2018)

Ainda nesse sentido, o TJPB:

DIREITO CIVIL - Apelação Cível - Ação de indenização por danos morais - Transporte aéreo - Sentença - Condenação em indenização por dano moral - Irresignação - Venda de passagem em número

superior aos lugares - *Overbooking* - Dano moral configurado - "Quantum" arbitrado a título dano moral - Valor da indenização - Proporcionalidade e razoabilidade - Manutenção do valor arbitrado - Sentença mantida - Desprovisionamento do recurso. - Em havendo a má prestação do serviço, consubstanciada no *overbooking*, fica caracterizado o dano moral, e conseqüentemente, a obrigação de indenizar, diante da deficiência do serviço e pelo desrespeito ao consumidor, uma vez que o fato transcendeu ao mero dissabor. - A fixação da indenização por danos morais pauta-se pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A finalidade da indenização é a de compensar a ofendida pelo constrangimento indevido que lhe foi imposto e, por outro lado, desestimular a ofensora a, no futuro, praticar atos semelhantes. V I S T O S, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados de apelação cível, (PARAÍBA, 2017)

Parte da doutrina, citando-se Rui Stocco (2017), entende que o Código de Defesa do Consumidor é lei genérica no que tange às relações de consumo, enquanto a Convenção de Varsóvia possui especificidade na regulamentação do transporte aéreo.

Em 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou Recurso Extraordinário na ação movida por Sylvia Regina De Moraes Rosolem em face da *Air France* por extravio de bagagem.

O Recurso Extraordinário nº 636.331 do Rio de Janeiro com repercussão geral (Tema 210) foi julgado em 25 de maio de 2017, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e interposto pela *Air France*, em face de Acórdão que aplicou a responsabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor, a qual extrapolou os limites indenizatórios previstos pela Convenção de Varsóvia. O recorrente interpôs recurso alegando violação ao art. 178 da Constituição Federal, o qual dispõe que:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

O recorrente sustentou que a Constituição Federal prevê a prioridade dos tratados no que tange ao transporte aéreo internacional. O relator deferiu a participação de duas entidades como *amici curiae*³, a IATA (*International Air Transport Association*) e IUAL (*International Union of Aerospace Insurers*), e da empresa American Airlines INC. Como é sabido, o *amicus curiae* atua no processo

³ Amigos da Corte.

como amigo do tribunal, participando de forma a auxiliar na decisão ao fornecer esclarecimentos sobre determinados assuntos.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela inocorrência da violação ao dispositivo constitucional e pelo indeferimento do recurso extremo.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes esclarece que essa não foi a primeira oportunidade de manifestação do STF sobre o assunto e que anteriormente a Corte já havia se posicionado no sentido de afastar a aplicação da norma limitadora (Convenção de Varsóvia) em detrimento da aplicação do CDC. Foi no julgamento do Recurso Extraordinário 351.750, em 2009:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido. (BRASIL, 2009)

Continua esclarecendo que, em 2006, a mesma Corte já havia se manifestado pelo afastamento do regramento contido no Código de Defesa do Consumidor, votando pela aplicação da norma restritiva, no julgamento do Recurso Extraordinário 297.901-5 no que diz respeito ao prazo prescricional para indenização.

PRAZO PRESCRICIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99). 2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos. 3. Recurso provido. (BRASIL, 2006)

Mesmo não possuindo o mesmo objeto, as duas decisões pautam-se na aplicação ou não da Convenção de Varsóvia, razão pela qual se assemelham.

Estando presente a antinomia, o Ministro relator prossegue seu voto demonstrando que a Convenção internacional deve prevalecer sobre a norma pátria, e levanta três aspectos.

O primeiro aspecto cinge-se na questão da defesa dos direitos do consumidor prevista na Constituição. O Ministro sustenta que a defesa ao consumidor não é o único princípio da ordem econômica e que a mesma Carta também ordenou que os acordos internacionais fossem respeitados no transporte internacional, na redação do art. 178.

O segundo diz respeito à ausência de hierarquia entre os diplomas legais aqui discutidos, devendo a antinomia ser resolvida por outros critérios, quais sejam a aplicação da norma mais específica e da norma mais recente. Assim, por ser a Convenção mais específica quanto ao transporte aéreo e mais recente que o Código de Defesa do Consumidor, aquele deverá ser aplicado. Ainda suscita a aplicação do art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que propõe “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Por fim, o último aspecto busca determinar a margem de alcance das normas do art. 178 da Constituição Federal e do art. 22 da Convenção de Varsóvia. E, por se tratar de transporte aéreo, tanto o art. 178 quanto o art. 22 aplicam-se ao caso, sendo perfeito o alcance das normas ao caso concreto.

O Ministro ainda esclarece que a norma da convenção não diz respeito à indenização extrapatrimonial, mas tão somente à responsabilização material devida pela companhia aérea.

Assim, Relator finaliza seu voto negando provimento ao Recurso Extraordinário, afirmando também que a premissa de aplicabilidade da indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia deve ser aplicada não só nos pormenores de extravio de bagagem, mas todo e qualquer conflito envolvendo a antinomia dirimida por ele.

O Tribunal então, por maioria dos votos, deu provimento ao Recurso Extraordinário.

Dando sequência, foi interposto o Agravo em Recurso Extraordinário nº 766.618 de São Paulo, em ação movida em face da companhia aérea Air Canada, por atraso em voo internacional, com relatoria do Ministro Roberto Barroso:

Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CONFLITO ENTRE LEI E TRATADO. INDENIZAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO EM CONVENÇÃO INTERNACIONAL. APLICABILIDADE. 1. Salvo quando versem sobre direitos humanos, os tratados e convenções internacionais ingressam no direito brasileiro com status equivalente ao de lei ordinária. Em princípio, portanto, as antinomias entre normas domésticas e convencionais resolvem-se pelos tradicionais critérios da cronologia e da especialidade. 2. Nada obstante, quanto à ordenação do transporte internacional, o art. 178 da Constituição estabelece regra especial de solução de antinomias, no sentido da prevalência dos tratados sobre a legislação doméstica, seja ela anterior ou posterior àqueles. Essa conclusão também se aplica quando o conflito envolve o Código de Defesa do Consumidor. 3. Tese afirmada em sede de repercussão geral: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 4. Recurso extraordinário provido. (BRASIL, 2017)

O recurso diz respeito ao Agravo interposto em face da decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário, que se insurgiu contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A parte recorrente alega que houve violação dos art. 5, §2º e art. 178 da Constituição Federal.

Ao analisar a matéria, o Relator inicia tratando do *status* hierárquico entre as normas do CDC e da Convenção. Então, conforme já dito, ambos os diplomas legais possuem o mesmo patamar na hierarquia legal do país, qual seja o *status* de lei ordinária e que, também em decorrência do art. 2º, §2º da LINBD, as disputas serão dirimidas pelos critérios da especialidade e cronológico.

Em relação a esse critério de desempate, o Ministro Barroso esclarece que já poderia estabelecer a prioridade da Convenção sobre a lei consumerista por ser aquela bastante específica, todavia, prossegue para tratar da eficácia do art. 178 da Constituição Federal. Fica elucidado que o dispositivo constitucional, por si só, cria um novo critério de resolução de antinomia, pois estabelece que os tratados firmados pelo Brasil serão respeitados no tocante ao transporte internacional e que,

por decorrer da Constituição, tal critério teria prioridade em relação aos demais estabelecidos pela LINDB.

Elucida ainda que as normas internacionais sobre transporte propõem uma uniformização e fomentação do transporte aéreo que envolve pelo menos dois Estados, ou seja, duas ordens jurídicas distintas.

Quanto à aplicabilidade da norma sobre prazo prescricional, a Corte já havia se manifestado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 297.901, do Rio Grande do Norte, com relatoria da Ministra Ellen Gracie.

PRAZO PRESCRICIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99). 2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos. 3. Recurso provido. (BRASIL, 2006)

A decisão acima se posicionou pela aplicação do prazo prescricional previsto na Convenção de Varsóvia, que é de dois anos, em detrimento do prazo quinquenal estipulado pelo Código de Defesa do Consumidor.

O julgado acima é utilizado como parâmetro pelo Ministro Barroso, como também o Recurso Extraordinário 636.331, previamente discutido, para demonstrar que as normas da Convenção prevalecem sobre o CDC por força do disposto no art. 178 da Constituição Federal.

O Ministro, por fim, defende a postura tomada pela Convenção de restringir certos valores, tornando-os uniformes.

Foi então dado provimento ao recurso, para reformar o acórdão atacado pela parte recorrente.

A partir do estudo feito aos julgados do STF acima colacionados, percebe-se que a análise realizada pelos Ministros foi restritiva, de modo a delimitar a responsabilidade civil das companhias aéreas pelas práticas abusivas como o extravio de bagagem e atraso de voo. É sabido que ambas as práticas, como também o *overbooking*, geram danos profundos e variáveis às vítimas.

Cada caso que chega ao Poder Judiciário pátrio sobre o tema, qualquer um deles, possui uma história e uma consequência diferente. Nem todos os passageiros têm os mesmos prejuízos ao serem vítimas de *overbooking*, como também sofrem danos diferentes caso seus voos atrasem. Dessa forma, cabe criticar a atuação do legislador, como também a dos Ministros do STF, tendo em vista que a peculiaridade de cada situação deve ser analisada detalhadamente.

A Convenção de Varsóvia, como também sua sucessora, a Convenção de Montreal, não dão óbice para a condenação em danos extrapatrimoniais. Apesar de discordar do voto do Ministro Gilmar Mendes, cumpre concordar com seu parecer e reconhecer que, de fato, não há previsão legal nas convenções que enseje a condenação em danos morais. As normas internacionais, no art. 22, somente preveem a condenação da empresa pelo dano material causado à vítima, dano esse que é calculado através de um sistema de indenização tarifada. Conforme já explicado, a indenização segue o limite estabelecido pela norma, sem deixar margem para a análise do caso concreto por parte do julgador.

Assim, sem a atenção redobrada ao caso concreto, para que o magistrado possa arbitrar um valor correspondente ao dano causado, como será justa a indenização ao casal que planeja sua lua de mel durante anos, priva-se de outras diversões para poder realizar seu sonho, e tem seus planos frustrados, pois não havia assentos disponíveis no voo por eles comprado? Ainda, como enquadrar o indivíduo que possui uma prova oral da terceira fase de um concurso público do outro lado do país e não consegue chegar a tempo, pois seu embarque em um voo é retardado em virtude de *overbooking*?

Não é possível que os danos realmente causados às vítimas tenham sua reparação preestabelecida em uma tabela de indenização tarifada que não entende a natureza e extensão do dano causado.

O dano moral é aquele levado a efeito no íntimo da vítima. Apenas escutando-a e analisando os fatos é que será possível, por parte do magistrado, entender a extensão do prejuízo causado, e o valor que seria justo para indenizar o passageiro.

Apesar do vasto estudo acerca do tema, os danos morais não podem ser facilmente enumerados por derivarem de um sentimento íntimo da pessoa prejudicada. Conforme dito, a análise causídica mostra ao magistrado a extensão do dano. Nas palavras de Yussef Said Cahali:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral. (2011, p. 20)

É por esse motivo que a teoria da reparação integral do dano possui moldes perfeitos de reparação e compreensão da situação.

Sobre a reparação, entende Cahali (2011) que o termo “indenização” não condiz com a real finalidade da sanção imposta ao dano moral. Para o autor, o termo correto é “reparação”, pois a indenização diz respeito a eliminar o estrago feito e qualquer consequência que tenha causado, sendo isso impossível em relação aos danos extrapatrimoniais.

E, acertadamente, o mesmo autor afirma que é direito do passageiro ser reparado moralmente em virtude do *overbooking*:

Nesta linha, afirma-se: família que contratou viagem para o exterior, que teve o embarque adiado em razão de incapacidade da aeronave para acomodar todos os passageiros no retorno, com transtornos e dissabores aos usuários, tem direito de reparação moral. (CAHALI, 2011, p. 491)

Tal entendimento foi retirado do julgado do 1º Colégio Recursal do Juizado Especial de São Paulo, recurso 2.603, em 20 de março de 1997.

Assim, percebe-se que a jurisprudência pátria trilhou passos acertados, aplicando a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos casos de práticas abusivas das companhias aéreas, mormente na prática do *overbooking*, e que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal serviu como um retrocesso no âmbito da reparação de danos morais aos consumidores brasileiros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor no Brasil ganhou força desde sua promulgação até recentemente, impulsionado pela jurisprudência pátria que celebrava a eficácia da teoria da reparação integral do dano. Nos dissídios entre consumidores e fornecedores de produtos ou prestadores de serviços, os tribunais privilegiavam as normas consumeristas em detrimento de qualquer outro diploma que restringisse a indenização moral e material.

A virtude da teoria da reparação integral do dano reside na capacidade, pelo magistrado, de entender o infortúnio do consumidor e impor ao agente causador do dano uma sanção condizente com o sentimento de decepção, no caso do dano moral.

O dano moral, ou extrapatrimonial, é o dano causado internamente à vítima, e a extensão do prejuízo não pode ser medida de maneira objetiva. Por ser o dano moral existente apenas no âmbito espiritual, a condenação do julgador corresponde a um valor proporcional, que é arbitrado levando em consideração o esmorecimento do consumidor. A partir do relato dos fatos e da verificação das provas acostadas aos autos, o magistrado conseguirá entender a dimensão do dano, e tentará encontrar uma forma de reparação condizente com o infortúnio.

No que diz respeito ao *overbooking*, o dano causado ao consumidor, além de todo prejuízo material que eventualmente se verifica, há a incidência de grande aborrecimento e, por vezes, constrangimento, como aconteceu no caso do voo 3411 da American Airlines, narrado no capítulo 3.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 636.331 e do Agravo em Recurso Extraordinário 766.618, ensejou a aplicação da Convenção de Varsóvia e de Montreal em detrimento da lei consumerista, decisão a qual que criou uma barreira para a efetivação dos direitos do consumidor no país, uma vez que as citadas convenções propõem um sistema de indenização tarifada.

O sistema de indenização tarifada prevê a imposição de limites preestabelecidos para indenizar certas práticas das companhias aéreas. Além disso, as Convenções de Varsóvia e de Montreal não possuem previsão para a condenação em danos morais ou extrapatrimoniais.

O problema da indenização tarifada está presente na impossibilidade, pelo magistrado, de modular o alcance da condenação e assim reparar o dano causado. Ademais, sem a previsão dos danos morais, não há tarifação para a sua indenização, impossibilitando totalmente a sua reparação.

Assim, caso um passageiro vítima de *overbooking* efetivamente sofra danos materiais e morais, apenas aqueles serão indenizados, de maneira tarifada, enquanto o dano moral não será reparado pela companhia aérea, tendo em vista a falta de previsão para tanto nas Convenções supracitadas.

Desta feita, cumpre esclarecer que os danos causados pelo *overbooking* (venda excessiva de bilhetes aéreos) adentram a esfera extrapatrimonial, causando dissabores e decepções a todas as suas vítimas, sendo a maior decepção o óbice encontrado na justiça brasileira para a reparação dos danos causados a elas.

Diante de todo o exposto, entende-se que a defesa do consumidor no Brasil deve estar sujeita ao regramento posto no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o citado código possui regras bastantes para proteger a parte mais vulnerável do contrato, além de admitir que todos os tipos de danos sofridos sejam indenizados e reparados à medida que feriram o consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA, Adriano Custódio. **OVERBOOKING: UMA PRÁTICA ILEGAL E ABUSIVA DAS COMPANHIAS AÉREAS**. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/overbooking-uma-pratica-ilegal-e-abusiva-das-companhias-aereas/>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

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

BRASIL. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20704.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. 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, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 209.763. **Diário da Justiça**. Brasília, 18 abr. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 211.604. **Diário da Justiça**. Brasília, 25 mar. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 235678. **Diário da Justiça**. Brasília, 14 fev. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 409.045. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 29 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 478.454. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 15 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 581.787. **Diário da Justiça**. Brasília, 19 dez. 2005

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 58736. **Diário da Justiça**. Brasília, 29 abr. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 737.635. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 03 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 810.779. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 03 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 297.901. **Diário da Justiça**. Brasília, 31 mar. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 297.901-5. **Diário da Justiça**. Brasília, 31 mar. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 351.750. **Diário da Justiça**. Brasília, 25 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 766.618. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 161. **Imprensa Nacional**. Brasília, 1964.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº 20150110050257. **Diário da Justiça Eletrônico**. Distrito Federal, 22 out. 2015.

EMCASO de extravio de bagagem ocorrido em transporte internacional envolvendo consumidor, aplica-se o CDC ou a indenização tarifada prevista nas Convenções de Varsóvia e de Montreal? Disponível em:

<<http://www.dizerodireito.com.br/2017/07/em-caso-de-extravio-de-bagagem-ocorrido.html>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GODINHO, Adriano Marteleto. **A lesão no novo Código Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. **As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo das fontes com o CDC**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/regras-convencao-montreal-dialogo-fontes-cdc>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

PAIVA, Clarissa Teixeira. **O que caracteriza uma relação de consumo: conceito e elementos**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-que-caracteriza-uma-relacao-de-consumo-conceito-e-elementos,51055.html>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Acórdão nº 00014411920128152001. **Diário Oficial do Estado**. João Pessoa, 11 jul. 2017.

POZZI, Sandro. **EUA investigam United Airlines após retirada de passageiro à força por overbooking.** Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/11/economia/1491917681.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

POZZI, Sandro. **Passageiro retirado à força do avião da United Airlines processará empresa.** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/13/internacional/1492090249_522045.html>. Acesso em: 11 abr. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão nº 7.283.180-0. **Diário Oficial do Estado.** São Paulo

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão nº 7.109.165-1. **Diário Oficial do Estado.** São Paulo, 10 abr. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRANSPORTE aéreo deve seguir convenções internacionais sobre extravio de bagagens. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344530>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

UNITED Airlines vai reembolsar todos os passageiros do voo que teve cliente retirado à força. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/united-airlines-vai-reembolsar-todos-os-passageiros-do-voo-que-teve-cliente-retirado-a-forca.ghtml>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

VALENCIA, Priscilla. **United Airlines chega a um acordo com Dr. David Dao:** Acordo "amigável" com passageiro removido à força do avião. Disponível em: <<https://priscillavalencia.jusbrasil.com.br/noticias/452053583/united-airlines-chega-a-um-acordo-com-dr-david-dao>>. Acesso em: 05 abr. 2018

VENOSA, Silvio de /salvo. **Direito Civil:** Contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Silvio de /salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.