

INCENTIVO À BOA-FÉ OBJETIVA POR DECISÕES JUDICIAIS - O PROBLEMA DA APLICAÇÃO DE INDENIZAÇÕES EM CASO DE ABUSO EM ALTERAÇÃO UNILATERAL DE CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

BONA FIDE COMPLIANCE THROUGH JUDICIAL RULINGS - DAMAGES AS DETERRENCE AGAINST BREACH OF CONTRACT IN AVIATION CASES

Marcus Abreu de Magalhães¹

Resumo: O presente artigo busca reflexão acerca da discricionariedade inerente à atividade jurisdicional e de possíveis mecanismos para mitigar consequências indesejáveis da variação de entendimentos do julgador. Analisa a técnica de respeito aos precedentes e busca pontos em comum com o modelo continental de subsunção à lei. Partindo da análise de casos concretos vinculados a hipótese corriqueira e repetitiva – a fixação de reparação quando de descumprimento de contrato de transporte aéreo – o trabalho analisa efeitos do modelo de análise individual das demandas propostas. O exemplo abordado é a alteração ou cancelamentos de voos de maneira unilateral de modo a propiciar à empresa aérea fornecedora do serviço de transporte maiores oportunidades de lucro em detrimento do contrato firmado com o consumidor. A hipótese proposta revela tanto vantagens da uniformização, eis que julgados estabelecem a necessidade de indenização por cancelamento de voo e indicam valores da reparação, quanto o problema da ausência de repressão ao comportamento das empresas sucumbentes ante os valores insuficientes da indenização para estimular modificação da conduta.

Palavras-chave: Discricionariedade judicial. Celeridade. Segurança jurídica. Uniformização. Reparação. Transporte aéreo. Cancelamento de voo.

Abstract: *The present essay seeks to reflect on the judicial discretion, inherent to the jurisdictional activity, and on possible mechanisms to mitigate undesirable consequences of the dissimilarity on the judges' understandings. Starting from the analysis of concrete cases linked to a common and repetitive hypothesis - moral damages due to canceled flights - it advances to analyze the effects of the individual analysis model in each docket. In contrast, there is a trend towards standardization through binding precedents. The example is the possibility of flight cancellation by the airline without the client agreement to further the opportunities of profit in behalf of the company and at the expenses of the client. The proposed hypothesis reveals both advantages of standardization, as it has been established the need for compensation due to cancellation of flights and the average damages amount, as well as the problem of the absence of incentives for airlines to change their behavior in face of low damages or indemnities.*

Keywords: *Judicial discretion. Judicial celerity. Legal certainty. Standardization. Civil damages. Air transportation. Flight cancellation.*

¹ Mestrando na AMBRA College, juiz de direito vinculado ao TJMS, graduação em Direito e Economia na Universidade de Brasília.

1 INTRODUÇÃO

O artigo analisa o problema da possibilidade de aplicação de indenizações punitivas em caso de abuso do fornecedor do serviço ao alterar unilateralmente o contrato de transporte aéreo.

O atual modelo processual civil sinaliza a tendência do respeito a precedentes. A previsibilidade da jurisdição é essencial para promover a segurança jurídica e o desenvolvimento econômico e social. Em razão disso, o sistema recursal tem como um de seus objetivos a padronização da distribuição da justiça. Todavia, o modelo de uniformização por meio de recursos não se mostrou suficiente para imprimir a celeridade necessária às demandas em massa. Por tal motivo a adoção de sistema de obediência a precedentes, ainda que de forma temperada no Brasil, possui o mérito de concorrer para a uniformidade dos julgados já no primeiro grau de jurisdição.

A necessidade de padronização das decisões com o propósito de agregar previsibilidade e segurança jurídica, resultou em mudanças implementadas no sistema processual, com o fito de assegurar a conformidade com as decisões dos Tribunais Superiores. Tal tendência busca prestigiar a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. (MELLO; BARROSO, 2016).

O Código de Processo Civil passou a adotar de maneira mais contundente a obrigação de fidelidade aos precedentes, como se percebe da redação de seus artigos 332; 489, VI; e 927. O modelo sem dúvida mitiga o alcance da convicção do julgador singular na resolução dos casos que lhe são apresentados, mas não chega a abrir caminho para a decisão automatizada das lides. A ideia do juiz robô ou boca da lei, da proposta aventada na obra O Espírito das Leis (MONTESQUIEU, 1777), não precisa ser reduzida à mera repetição de julgados.

A segurança jurídica é princípio basilar do contrato social. Assim, é comezinha a noção que em troca de segurança, indivíduos abrem mão de parcela de sua liberdade. Nesse sentido, a segurança jurídica insere-se nos fundamentos do nosso Estado de Direito (BARROSO, 2003).

O conceito de segurança jurídica e sua relação com o contrato social que permeia o próprio tecido social precede a Doutrina contemporânea. Amplas referências em outras obras clássicas, como o Segundo Tratado Sobre o Governo (LOCKE, 2011) ou Do Contrato Social (ROUSSEAU, 2014), asseguram que a doutrina legiscentrista não é novidade.

Por outro lado, a diversidade dos casos concretos sempre representou óbice ao modelo legiscentrista de organização judiciária, ou seja, organização com o juiz no papel de mero repetidor da lei. A figura do magistrado como *bouche de la loi* se revelou insuficiente na medida em que se percebeu a inviabilidade de a norma descrever hipóteses com grau de detalhamento suficiente para suprir as possibilidades da realidade.

O sistema de criação da norma pela técnica de precedentes supera esse óbice por meio da possibilidade de *distinguishing* e do *overruling*, seja para afastar o paradigma quando o fato em análise não se amoldar exatamente à *ratio decidendi*, seja para superar o precedente na hipótese de ulterior inadequação do julgado em novo contexto jurídico ou social (BUSTAMANTE, 2012).

Assim, em qualquer sistema – *common law* ou direito continental – cabe ao judiciário aplicar a norma às lides oferecidas, aplicando as regras mais adequadas ao caso e ponderando princípios, sejam originados em leis escritas pelo legislador, sejam derivados de precedentes estabelecidos pelos tribunais, de sorte a solucionar o caso conforme o Direito.

Essa aplicação irá demandar o exercício de algum poder discricionário, amiúde com a ponderação de princípios e subsunção a regras (ALEXY, 2015), os precedentes podem ser amoldados à realidade apresentada quando necessário à resolução adequada da lide.

O tema deste artigo se prende a hipótese simples, de demanda razoavelmente frequente, na qual as razões para as escolhas realizadas pelas partes envolvidas são evidentes. O caso escolhido segue o modelo de demandas em massa, onde é bem-vinda a padronização, mas abarca a necessidade de análise dos casos concretos, ainda que partindo de causa de pedir uniforme.

A partir do caso concreto – a alteração unilateral de contrato de transporte – conclui-se pela necessidade de adequar as decisões judiciais às consequências derivadas das soluções anteriores. A tese defendida é a de que o *overruling* também pode decorrer da percepção de que a solução do precedente foi correta, mas insuficiente, ou seja, mantida a *ratio decidendi* e repetida a causa de pedir a decisão ainda assim poderá ampliar solução encontrada no precedente para assegurar a efetividade do julgado. Assim, tal como no modelo de subsunção à norma legislativa, a técnica de aplicação dos precedentes também dependerá da análise consequencialista das decisões paradigma.

2 MATERIAL E MÉTODOS

A tese proposta é a similaridade entre a técnica de decisão pela subsunção do caso apresentado à norma legislativa, usualmente associado ao direito continental ou romano-germânico, com a técnica de decisão por meio de precedentes, mais frequentemente associada à *common law* ou direito anglo-saxão, no tocante ao alcance e escopo da convicção do julgador.

Em verdade, atualmente tanto o modelo continental passa por alterações para incorporar diversas regras do sistema de precedentes, quanto a *common law* passa por ampla codificação, tanto na seara criminal quanto cível. Essa aproximação encontra alicerce em pontos comuns, assentados no próprio tecido do Estado de Direito, da relação do juiz, de suas convicções, dos argumentos manejados pelas partes e das peculiaridades do caso concreto.

O método para o desenvolvimento do argumento é a análise de caso concreto bastante simples, objeto de demandas em massa e propício para estudo das consequências dos precedentes para o comportamento das partes em novas situações análogas. O sucesso dos julgados é aferido em contraposição com a capacidade de o precedente promover o ajuste necessário nas condutas para conter a repetição do ato ilícito verificado.

Em caso de malogro da solução inicialmente encontrada, conclui-se que os juízes devem amoldar as futuras decisões, seja no modelo continental, seja no anglo-saxão, a partir das mesmas ponderações acerca da exegese das fontes do direito ao enfrentar casos concretos.

3 O CASO CONCRETO

A hipótese em estudo é a remarcação de bilhetes aéreos em virtude de cancelamento de voos em feriados ou eventos que afetem a demanda regular, praticados com o fito de possibilitar a liberação de aeronaves para viagens com maior lucratividade. A premissa é que a companhia aérea consegue reorganizar a malha aeroviária mediante o cancelamento episódico de voos regulares, cujos bilhetes de rotas menos atrativas são mais baratos, em prol da oportunidade de ofertar linhas, que – em momentos específicos – oferecem oportunidade de comercialização de bilhetes por valores significativamente mais caros.

O regulamento administrativo da Agência Reguladora prevê exatamente a ausência de indenização, limitando-se a empresa aérea ao dever de recomodar do passageiro em outros voos, mesmo em outras datas, e assim permite à empresa aérea grande flexibilidade para realocar os clientes em vagas existentes em voos alternativos – antes ou depois da viagem contratada – aproveitando tanto a capacidade ociosa das aeronaves, quanto a possibilidade de rearranjo por meio de conexões.

Os algoritmos do sistema de vendas – hoje capazes de considerar fatores como a plataforma utilizada para a reserva (celular, notebook, telefone), a frequência de voos do passageiro, a localização do comprador², o horário da busca por bilhetes – facilmente acomodam a existência dessas datas em seus parâmetros, justamente para reduzir a oferta de passagens promocionais nas datas específicas e podem até conferir alguma margem para a reacomodação dos passageiros se for tomada a decisão de cancelamento de alguns voos para a liberação das aeronaves para as rotas preferenciais.

É certo que as datas comemorativas são conhecidas com antecedência, porém a incerteza quanto à demanda para os voos em feriados é mais bem resolvida às vésperas das viagens. Os bilhetes aéreos de regra são ofertados com um ano de antecedência, período demasiado longo para a previsão da demanda na data. Assim, quanto mais próxima a data da viagem, melhores serão as informações acerca da demanda para cada rota, tanto para a escolha dos voos que serão cancelados, quanto para a definição das rotas turísticas que serão de fato criadas. Voos normais com menor demanda podem ser cancelados pouco tempo antes da viagem. Logo, ainda que as novas rotas, ou reforço de voos comuns, tenham sido abertos com maior antecedência para permitir as vendas, as aeronaves que serão liberadas para tais voos vendidos somente serão escolhidas poucos dias antes da viagem.

Também é claro que as empresas aéreas se orientam para o lucro, ainda que – como outras concessionárias de serviço público essencial – se sujeitem à fiscalização de agência reguladora, o vetor decisório será e assim deve mesmo ser no modelo de empreendimento de mercado a maximização do faturamento.

Assim, acaso verificada a necessidade de incorporação de vetores axiológicos, inerentes ao caráter público do serviço essencial prestado, tais parâmetros precisariam ser impostos pela lei ou pelo regulamento. Cabe ao Estado fixar os marcos éticos e os limites fundamentais da atividade e cabe à agência reguladora a fiscalização e controle da atividade. A empresa irá atuar no mercado, dentro dos parâmetros fixados pela sociedade. Logo, ausentes quaisquer limitações éticas ou morais deverá se orientar pelo lucro. Tal lógica é imanente ao modelo. Comportamento diferente importará em sucumbência perante a concorrência.

À evidência, o sistema concorrencial não irá prestigiar por si só a observância de parâmetros da boa-fé contratual, no exemplo que fossem honradas as passagens vendidas, quando redundar em redução de lucros. Isso se deve pela mecânica do modelo: as empresas menos éticas – mas atuando dentro dos marcos legais – terão vantagens competitivas com a conduta desleal e, aos poucos, a estratégia mais lucrativa irá empurrar as concorrentes para fora do mercado.

Logo o parâmetro não monetário deve ser imposto pela norma. A sociedade é quem deve limitar a conduta da empresa, estabelecendo vetores axiológicos aptos a definir balizas ao comportamento corporativo. A análise moral deverá resultar em norma a compelir as empresas ao cumprimento dos contratos. No caso concreto já temos diversas normas em jogo. Desde o Código Civil até a Resolução ANAC 400/2016, passando pelo Código de Defesa do Consumidor. A partir do ordenamento poderá ser aplicada sanção à empresa que descumprir o contrato e tal condenação poderá ser eficiente desde que superior ao benefício auferido com a irregularidade.

Por outro lado, acaso a sanção seja inferior ao lucro obtido com a prática, transmutar-se-á em incentivo. Sem embargo, multa em valor inferior à vantagem não terá o condão de inibir a prática tida por irregular.

2 “A discriminação geográfica foi implementada através de duas práticas diferentes por parte da empresa DECOLAR.COM. Uma primeira forma de discriminar geograficamente o consumidor ocorreu através de uma manipulação na própria estrutura do código do algoritmo utilizado para selecionar e disponibilizar ofertas aos consumidores por meio da rede internacional de computadores” MPRJ - Inquérito Civil nº 347/5a PJDC/2016 – Inicial da Ação Civil Pública 0018051-27.2018.8.19.0001 em curso na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital TJRJ.

4 ANÁLISE DAS NORMAS

Empresas aéreas cancelam voos de rotas não afetadas pelo pico de demanda³ em feriados, com o objetivo de liberar aeronaves para rotas turísticas, onde há oportunidade de cobrança de valores significativamente maiores ante a demanda específica para as datas comemorativas. Esse cálculo leva em conta os (baixos) custos de remarcação dos passageiros, para datas anteriores, onde a companhia aérea não oferece compensação, endosso para outras companhias ou mesmo hospedagem. Assim, apesar de vender passagens para os dias do feriado (que são conhecidos com antecedência) a empresa unilateralmente pode antecipar ou postergar os voos de sorte a transferir os custos do transtorno para o passageiro e se beneficiar duplamente: não perde o passageiro (que já tendo planos, custeado o bilhete, reservado a estada e se organizado para a viagem, tende a não cancelar o voo) e também consegue liberar a aeronave para venda de novas passagens turísticas com preços elevados ante o pico de demanda sazonal.

No plano administrativo, a Agência Nacional de Aviação Civil, reguladora do setor, expediu a Resolução 400, em 13 de dezembro de 2016, onde prevê seja o passageiro informado cancelamento (art. 20), reacomodado em outro voo ou ressarcido (art. 21). A norma não prevê qualquer sanção para a quebra do contrato, apenas a informação, reacomodação ou devolução do bilhete.

Existe previsão de assistência material para atrasos superiores a quatro horas, porém o regulamento administrativo permite ao transportador aéreo que deixe de oferecer a assistência se o cancelamento do voo for informado com mais de 72 horas de antecedência. Vejamos.

O artigo 25 da Resolução afasta as disposições da Seção II – Do Atraso, Cancelamento, Interrupção do Serviço e Preterição – para dispensar as compensações e assistências materiais, remetendo para o conceito de “alteração contratual programada realizada pelo transportador” o que representa a possibilidade de alteração unilateral por parte da companhia aérea sem custo. Assim, no caso do aviso antes de 72 horas, a alteração ou cancelamento de voos seguirá o disposto no artigo 12 do regulamento⁴ que dispensa a assistência.

A leitura do parágrafo primeiro revela que para alterações inferiores a 30 minutos em voos domésticos não há hipótese de o passageiro oferecer irrisignação ou sequer requerer a devolução do valor pago. Para alterações mais significativas, a obrigação da empresa transportadora será apenas a reacomodação em outro voo, sem limite de data, ou devolução do valor pago, o que será insuficiente para aquisição de outro bilhete aéreo de última hora.

Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, a agência reguladora não desempenha papel econômico de incentivo à atividade empresarial ou fomento ao lucro da empresa de transportes. No caso em tela, a agência é a ANAC, que se vincula ao Ministério dos Transportes e não ao Ministério da Economia (Fazenda ou Planejamento), logo a mera análise topográfica identifica a agência com responsabilidade de zelar pela qualidade dos serviços de transporte e não com o propósito de fomentar o desenvolvimento econômico do setor.

Não obstante, a Resolução editada pela agência indica modelo a permitir a livre remarcação de voos e assim favorecer a maximização do faturamento, eis que a variação da demanda, ainda mais significativa em datas comemorativas, é plenamente aproveitada pelas empresas que encontram a faculdade de

³ Quando a venda de passagens é menor que 30% da capacidade de um avião, muitas vezes o custo de operação do voo se torna inviável para a companhia. Nesses casos, as empresas podem cancelá-lo e reacomodar os passageiros em um voo que parta logo em seguida". Informações prestadas pela Empresa Azul Linhas Aéreas Brasileiras S/A diretamente em seu site. Disponível em: <<https://vemvoar.voeazul.com.br/dicas-de-viagens/antes-de-voar/cancelamento-dos-voos/>> Acesso em: 10 jan. 2019.

⁴ Art. 12. As alterações realizadas de forma programada pelo transportador, em especial quanto ao horário e itinerário originalmente contratados, deverão ser informadas aos passageiros com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas.

§ 1º O transportador deverá oferecer as alternativas de reacomodação e reembolso integral, devendo a escolha ser do passageiro, nos casos de: I - informação da alteração ser prestada em prazo inferior ao do caput deste artigo; e

II - alteração do horário de partida ou de chegada ser superior a 30 (trinta) minutos nos voos domésticos e a 1 (uma) hora nos voos internacionais em relação ao horário originalmente contratado, se o passageiro não concordar com o horário após a alteração.

alterar os preços de cada bilhete e desenvolver sofisticados algoritmos para otimizar o ataque à curva de demanda. A agência reguladora não se presta neste caso a impor parâmetros éticos, a exigir a segurança dos contratos ou controlar as posturas das empresas fiscalizadas. Ao contrário, cria bases regulamentares para amparar o comportamento contrário às cláusulas do contrato de transporte.

Por outro lado, como já abordado, não se pode imputar às empresas os transtornos decorrentes dessa política de insegurança nos contratos de transporte: ainda que adquirido bilhete aéreo para determinado trecho, acaso surjam melhores oportunidades, a empresa poderá comercializar o bilhete por valor mais alto para outro passageiro. A empresa pode no modelo administrativo vigente promover desde o cancelamento de bilhetes individuais, pela prática de overbooking quando houver demanda por preço suficiente para arcar com os custos de realocação, até o cancelamento de voos completos, com realocação de aeronave para outras rotas.

A responsabilidade pela imposição de vetores axiológicos mais abrangentes que a mera maximização do faturamento é obrigação do Estado, em especial, em atividades destacadas como serviços públicos, prestados por meio de concessão, ante a relevância social da atividade. Será o Estado o agente incumbido de impor parâmetros normativos para refrear abusos derivados da desproporção entre as empresas fornecedoras e os consumidores do serviço.

À míngua de regulamentos expedidos pela Administração, cumpre analisar o ordenamento legal produzido pelo Poder Legislativo e a interpretação jurisprudencial à hipótese. No caso, pressupondo-se a primazia da lei, eis que o artigo 5º, II, da Carta Constitucional assegura que apenas em virtude de lei haverá obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, passam a incidir as regras legais do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor com prevalência aos regulamentos inferiores.

No âmbito do Código Civil, há disposições específicas no Capítulo XIV – Do Transporte, onde a partir do artigo 730 e segs. a matéria é detalhadamente normatizada. Destacam-se os artigos 731 e 732 que repetem a primazia das normas do Código Civil sobre regulamentos administrativos e convenções internacionais.

Ainda, no contexto do Código Civil cumpre registrar os artigos 186 e 927 que balizam a reparação civil por ato ilícito e o artigo 944 que estabelece a extensão do dano como parâmetro para a indenização, ou seja, repele a ampliação da indenização para lhe conferir caráter punitivo.

Já no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, há extensa proteção fundada na desproporcionalidade verificada entre fornecedor e consumidor, assegurando à parte mais fraca mecanismos de exigir o cumprimento do contrato. No caso em estudo, o artigo 51 do CDC, protege o passageiro de cláusulas e condutas abusivas, tais como obrigações iníquas; que deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; que autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; ou que autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato.

5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

Assim, com amparo na legislação positiva, a Jurisprudência dos Tribunais de Justiça tende a prestigiar o contrato e sancionar as alterações contratuais unilaterais e assim assegurar a reparação de danos sofridos pelo passageiro que se vê forçado a se submeter às alterações indesejadas em seus planos. Evidente que a modificação unilateral nas datas ou trajetos dos voos impõe alterações em planos, reservas de hotéis, traslados bem como impossibilidade de comparecer em compromissos por força da ausência do transporte contratado.

Nessa esteira de raciocínio, no exemplo abordado, a solução requer sensibilidade do julgador para as consequências da sentença e pode atrair decisão com carga ideológica, a depender da perspectiva do juiz acerca de como assegurar o respeito ao Direito. Por esse motivo, a questão da alteração unilateral de voos praticada por empresas aéreas para maximizar o aproveitamento econômico das aeronaves é interessante para se avaliar os desdobramentos das decisões judiciais.

Tal como esse caso, diversas outras demandas consumeristas se passam no mesmo contexto: o fornecedor detentor do serviço ou produto controla a prestação contratada e pode escolher descumprir o pactuado quando vislumbra oportunidade de maiores ganhos ou de sanções inferiores ao benefício auferido com a quebra do contrato.

Vejamos alguns precedentes selecionados.

No Juizado Especial Cível de Brasília, a COPA - Companhia Panameña de Aviación S/A foi condenada em R\$ 3 mil de danos morais por atraso de 24 horas e espera injustificada por 17 horas em virtude do cancelamento do voo de volta para Brasília, e remarcação em voo posterior. (Processo: 0700201-72.2016.8.07.0016 1º Juizado Especial Cível de Brasília. Sentença de 31/03/2016).

Já na comarca de São Paulo, a empresa Azul Linhas Aéreas também foi condenada em razão de cancelamento e remarcação de voo de João Pessoa PB para Campinas SP. A defesa alegou a alteração de sua malha aérea: “Com efeito, o cancelamento foi reconhecido pela ré sob a justificativa de que houve alteração na malha aérea a impedir a manutenção do voo no trecho, na data e no horário agendados”. A alegação da defesa foi afastada: “vez que se trata de fato absolutamente previsível, decorrente da própria atividade exercida pela empresa ré” e a empresa foi condenada em R\$ 5 mil. (Processo: 1012945-37.2016.8.26.0003. 5ª Vara Cível do foro regional III – Jabaquara. Juiz Gustavo Teodoro. Sentença de 10/03/2017).

Em processo semelhante, decorrente de cancelamento de voo da Azul de Corumbá MS para Campinas SP, a companhia aérea formulou a mesma defesa:

Afirma que os voos foram cancelados devido a remanejamento da malha aérea”. Entendimento semelhante do juízo “a mera alegação de que houve reestruturação da malha aérea independente da vontade da requerida não serve para excluir sua responsabilidade, ainda que tivesse sido demonstrada a veracidade de tal afirmação.

Em razão disso, a condenação também findou por estabelecer o mesmo valor para a reparação por danos morais de R\$ 5 mil. (Processo: 1011116-21.2016.8.26.0003. 5ª vara cível do foro regional III – Jabaquara. Juíza Camila Quinzani. Sentença de 26/01/2017).

Por sua vez, a Air Europa Lineas Aereas SA foi condenada em razão da remarcação, que ocasionou perda de voo de conexão não vinculado ao mesmo bilhete, no valor de R\$ 10 mil reais por passageiro, em caso vazado nos mesmos moldes, porém com o diferencial de se tratar de viagem internacional. (Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Eduardo Machado Rocha. Apelação 0818018-04.2015.8.12.0001. Acórdão de 14/03/2017).

No mesmo Tribunal, o cancelamento de voo doméstico da empresa Avianca - Oceanair Linhas Aéreas S/A, com acomodação do passageiro em outro voo, também resultou em reparação moral no valor de R\$ 10 mil. (Comarca de Campo Grande (MS). 5ª Vara Cível. Autos 0825908-28.2014.8.12.000. Sentença de 29/10/2018).

Por fim, merece destaque o julgado do Superior Tribunal de Justiça em caso distinto, onde o bilhete aéreo da autora foi cancelado, mas o voo não, em razão da fundamentação desenvolvida pelo Ministro Relator Luis Felipe Salomão para afastar a regulamentação da ANAC no que diverge da lei, ao argumento que o regulamento não pode exorbitar a lei.

Nessa esteira, desde a contestação, a recorrente afirma estar protegida pelo exercício regular de direito, uma vez que a prática do cancelamento estava prevista em contrato e por não ser censurada pelos órgãos administrativos competentes para a regulação da matéria. Nesse ponto, ainda que o cancelamento automático de passagens adotado pela empresa recorrente, seja respaldado em documento normativo da agência reguladora responsável, esse fato não é fundamento bastante à vinculação da solução a ser dada por esta Corte Superior à controvérsia em debate.

Isso porque, conforme se sabe, a normatização realizada pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC possui natureza administrativa, capaz de vincular aqueles que exercem a atividade sujeita à regulação técnica.

Seguindo esse raciocínio, doutrina abalizada administrativista informa que, em relação ao Poder Judiciário, evidentemente, os atos das agências reguladoras - como também de toda a Administração Pública - não estão isentos de controle, em razão do disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe que a lei não exclui a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (Recurso Especial 1.595.731 - RO (2016/0090369-0) STJ Quarta Turma. Unânime. julgamento em 14/NOV/2017).

Dos precedentes colacionados percebe-se que os valores arbitrados como reparação moral limitam-se a abarcar os danos morais estimados como incorridos pela vítima do comportamento abusivo das empresas aéreas. Vale dizer, ainda que os julgados expressamente reconheçam a prática abusiva da remarcação unilateral, os valores arbitrados não preveem valor apto a significar punição ou a desestimular a prática.

Os três primeiros casos mencionados, da COPA Aviação e da Azul Linhas Aéreas, refletem o reconhecimento pelo Judiciário da primazia da lei sobre o regulamento. A questão de fundo nessas demandas foi a remarcação do horário contratado por decisão unilateral da companhia aérea, sem motivo de força maior ou fortuito a justificar a impossibilidade alheia à vontade da empresa. Com efeito, não raro a decisão de remarcar as viagens pode depender apenas de escolha gerencial da companhia aérea que pode ajustar a malha viária segundo seus interesses, ou seja, de maneira a maximizar os lucros da companhia.

A prática não é clandestina ou sequer discreta, a própria companhia Azul, sucumbente no caso em comento, passou a esclarecer em seu site, a partir de junho de 2018, que tende a cancelar voos com baixa ocupação para reacomodar os passageiros (nota de rodapé Q2). Entretanto, tal faculdade reconhecida pela referida Resolução 400 da ANAC, parece ser incompatível com o que dispõem os artigos 730 e seguintes do Código Civil Brasileiro. Os julgados selecionados confirmam esse entendimento da prevalência da lei sobre regulamentos administrativos também neste caso.

Finalmente, para assentar que a Jurisprudência se orienta consoante a Doutrina da supremacia da lei sobre o regulamento, foi apresentado o julgado do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão, que explicita não serem tais regulamentos vinculantes em relação ao Poder Judiciário, que deve exercer o controle jurisdicional e aplicar a lei com prevalência ao regulamento. Dessarte, as concessionárias submetidas à supervisão das agências reguladoras devem se submeter às normas regulamentares expedidas em âmbito administrativo. Porém terceiros, como os clientes ou fornecedores, por exemplo, infensos que são ao controle autárquico específico, podem demandar a apreciação judicial que, aplicando a lei e não o regulamento, encontrará solução diversa.

6 ANÁLISE DA EFICÁCIA DO PRECEDENTE

Sem embargo, ainda que a Jurisprudência revele entendimento razoavelmente uniforme ao reconhecer o inadimplemento do contrato de transporte pela empresa fornecedora do serviço em razão da alteração unilateral do voo negociado, as empresas aéreas ainda não buscaram a alteração de suas condutas.

Com efeito, não basta o reconhecimento da irregularidade, é também necessária a imposição de consequência suficiente para reprimir o descumprimento do contrato. Da perspectiva gerencial, em aviação com cerca de 200 lugares, ainda que ocorram algumas condenações em valores de R\$ 5 mil reais ou mesmo R\$ 10 mil reais, o ganho com a alteração da rota será significativo e, assim, haverá incentivo à prática pela empresa aérea.

Em razão desse contexto de ampla liberdade por parte da companhia aérea de remarcação de voos (enquanto o passageiro incorre em pesadas multas, não raro superiores ao próprio bilhete) há a percepção de insegurança jurídica no setor, ainda que seja considerado serviço público essencial, a depender de concessão pública e controle por agência reguladora.

Assim, caso o judiciário compartilhe dessa perspectiva do passageiro, reconhecendo – como visto na fundamentação dos precedentes selecionados – haver abuso por parte das empresas fornecedoras, poderá se convencer da necessidade de resposta judicial à altura da irregularidade encontrada. Nesse sentido, o raciocínio lógico seria o da aplicação de sanção ao menos superior ao benefício esperado pela quebra de contrato de sorte a inibir a postura de cancelamento em prol de novos voos que se afigurem mais lucrativos.

O raciocínio é de fácil compreensão sob a perspectiva da teoria dos jogos. Com efeito, sem sequer precisar recorrer a várias iterações do modelo, de plano se compreende que a escolha mais adequada para maximizar o faturamento da companhia aérea será aquela que irá minimizar o respeito pelo contrato com o consumidor. Aliás, de regra, ao se autorizar a qualquer das partes a liberdade de escolha em cumprir ou não os contratos firmados, tal contratante irá ampliar suas possibilidades de lucro em detrimento do pactuado no contrato. A lógica básica do *pacta sunt servanda* é exatamente o princípio que anima a compulsoriedade dos contratos e lhe assegura utilidade.

Dessa óptica, a flexibilidade unilateral compromete a segurança jurídica, porque beneficia a parte hipersuficiente, em posição de abusar de sua superioridade na relação de consumo. A companhia aérea estará em posição de vender voos que sabe não poder atender, para esperar a análise da demanda – informação que só será conhecida às vésperas das viagens, quando os bilhetes normais já tiverem sido comercializados – e então reorganizar a malha aeroviária considerando apenas seus interesses.

Entretanto, mesmo reconhecida a irregularidade, os valores previstos nos precedentes colacionados se revelam insuficientes para compelir a companhia aérea a mudar sua conduta. Tanto é assim que o padrão de comportamento se repete, tendo inclusive o setor logrado regulamentação favorável ao modelo de negócio pela própria agência reguladora.

Anota-se que a aplicação de indenizações punitivas não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico. De *lege lata* temos o artigo 944 do Código Civil que limita a indenização à extensão do dano. Certes, de *lege ferenda* temos diversos projetos de lei que preveem a incorporação da função punitiva às indenizações, porém leis ainda não promulgadas não socorrem o caso em apreço.

À guisa de exemplo, temos o Projeto de Lei 2496/2007, do Dep. Vital do Rêgo Filho, que propõe alteração no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, para acrescentar seja considerado o caráter punitivo em indenizações dessa natureza. Em tramitação há mais de 10 anos, ainda sequer foi ao plenário na Câmara dos Deputados.

Mais recentes, temos o Projeto de Lei 8704/2017, do Dep. Wilson Filho, que oferece a solução pela alteração do artigo 944 do Código Civil para passar a considerar o valor da indenização a partir das funções compensatória, punitiva e preventiva. O projeto foi apensado a outro semelhante já em tramitação: PL 3880/2012.

Por sua vez, no Senado Federal tramitou o Projeto de Lei 413/2007, de iniciativa do Senador Renato Casagrande, que também propunha a alteração no artigo 944 do Código Civil, nos mesmos moldes, ou seja, para considerar as funções compensatória, preventiva e punitiva da indenização. O projeto foi arquivado em 2014 ao final da legislatura.

No campo doutrinário, a questão anima contínuo debate. Diversas abordagens conferem ao julgador a possibilidade de resolver a questão recorrendo a princípios jurídicos para superar a limitação das balizas regradas pela fórmula do Código Civil ao se deparar com caso concreto desse jaez, ou seja, cuja resolução pela aplicação das regras postas resulta em solução ineficiente ou injusta.

O Ministro Luis Felipe Salomão, em caso distinto atinente a contratos de incorporação imobiliária, aplicou a mesma lógica para resolução do Tema Repetitivo 971, em 08 de maio de 2019, atinente a inversão de cláusula contratual estipulada exclusivamente contra o consumidor. No Tema 971 o STJ determinou a aplicação contra a incorporadora da cláusula punitiva prevista exclusivamente para o consumidor,

quando o contrato não contemplar sanção para a construtora. O fundamento é similar na medida em que o passageiro arca com elevados custos para cancelar ou remarcar voos, mas nada recebe quando as alterações são promovidas segundo a conveniência da companhia aérea. No mesmo sentido, é notório que os voos em horários mais confortáveis ou com menos conexões são mais caros, porém não há qualquer ressarcimento quando a empresa transportadora decide reacomodar o passageiro em voo distinto e menos conveniente. Essa assimetria viola a própria natureza sinalagmática do contrato.

O exemplo apresentado ilustra a tese de que o sistema de obediência a precedentes não pode implicar mera repetição automática da decisão. Assim, como o juiz ao cumprir a lei exerce análise hermenêutica do texto legal, deverá promover a exegese do precedente para amoldá-lo ao caso concreto.

Corrente distinta do legiscentrismo busca incrementar o escopo de atuação do julgador, com lastro em seu papel de agente político. A atuação com maiores poderes decisórios não é incompatível com o modelo de precedentes. A corrente do realismo jurídico encontrou boa acolhida nos Estados Unidos, que adota o sistema da *common law*, desde as teorias do juiz Oliver Wendell Holmes Jr. da Suprema Corte, no sentido de ser o juiz apto a resolver a lide de maneira pragmática e efetivamente criando o direito no caso concreto.

Em sentido moderado, a abordagem de H. L. A. Hart, que discute a possibilidade de existência de regras específicas com aplicação universal e indistinta, para alcançar a temática do pragmatismo ou ceticismo segundo o qual o juiz teria legitimidade para decidir os casos concretos desde que fosse o competente para a causa. A visão positivista de Hart recomenda a aplicação da regra posta, salvo nos casos onde a regra não for clara e houver margem para criação da solução. A chamada penumbra legislativa seria hipótese onde o julgador estaria autorizado a decidir entre as aplicações legais possíveis e escolher aquela que melhor representasse o interesse social.

Finalmente o modelo de precedentes também é compatível com o utilitarismo, ou seja, com o propósito de alcançar eficiência econômica pela aplicação do direito, passando pela solidariedade e o papel do Estado Providência em ao menos fiscalizar as empresas, no âmbito da proteção do mais fraco, com fundamento no escólio de Émile Durkheim, Léon Duguit ou François Ewald.

No âmbito do estudo de precedentes, destacam-se aqui os casos *Riggs vs. Palmer* e *Henningsen vs. Bloomfield Motors Inc*, todos em sistemas de *common law*, mencionados por Ronald Dworkin para ilustrar como o julgador deve recorrer a princípios para evitar que a alguém possa ser autorizado se beneficiar da própria torpeza ou se utilizar da desproporção no poder negocial para eximir-se de suas responsabilidades.

No primeiro caso, *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, julgado em 1889, Elmer Palmer havia envenenado o avô para, com a morte do ascendente, receber o patrimônio a ele reservado em testamento. Na época, em Nova York não havia disposição similar à exclusão por indignidade do artigo 1814 do CCB, mas a decisão judicial resolveu afastar a herança em razão do princípio de que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza.

No segundo caso, *Henningsen vs. Bloomfield Motors Inc*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69, julgado em 1960, Helen Henningsen colidiu seu veículo Plymouth, fabricado pela Chrysler, em razão de defeito de fabricação. A empresa se recusou a indenizar os prejuízos decorrentes da cláusula contratual que afastava a responsabilidade por danos provocados em decorrência de defeito no veículo. Novamente a decisão afastou a regra posta para o caso em razão de não ser admissível a inclusão de cláusula de exclusão da própria responsabilidade.

Assim, a Doutrina de Dworkin atribui ao julgador função muito mais complexa que a mera aplicação mecânica da lei, uma vez que exige que os princípios também sejam levados em consideração, técnica que – ante o caráter mais abstrato dos princípios – importa em ampliação dos poderes discricionários do juiz e, via de consequência, menor controle e previsibilidade das decisões judiciais.

Finalmente, impende registrar o consequencialismo de Sir Neil MacCormick, segundo o qual há espaço para a incorporação das consequências da decisão judicial na argumentação jurídica. O julgador deverá desenvolver raciocínio dedutivo para aquilatar os efeitos de suas decisões e incorporar o propósito de

organização ótima e aperfeiçoamento da sociedade na aplicação do Direito. A decisão judicial não deve ser prolatada de maneira alheia às suas implicações e, portanto, a fundamentação da decisão poderá incorporar as deduções acerca de suas consequências: a justificação dedutiva. Tal Doutrina amplia ainda mais o escopo de discricionariedade do julgador, permitindo decisões proferidas sob o pálio de princípios gerais e ainda dos efeitos que advirão da solução judicial.

Anota-se que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga lei de introdução ao código civil com a redação dada pela Lei 12.376/2010) passou a exigir (artigos 20 a 23) que sejam consideradas as consequências práticas da decisão judicial e que novas interpretações devam considerar a eficiência e os interesses gerais. Verifica-se aí nítida influência do consequencialismo jurídico para a exegese e aplicação das normas do ordenamento brasileiro.

7 CONCLUSÕES

Da análise empreendida, verifica-se o conflito entre a necessidade de limitação dos poderes decisórios do juiz para evitar o arbítrio e a ampliação desses poderes para permitir a solução dos casos concretos. Assim, se por um lado é imprescindível o controle sobre a sistemática de produção de decisões judiciais, acompanhando a vinculação das sentenças às normas e explicitando-se as razões de decidir, por outro lado é importante assegurar espaço para o julgador poder empreender análise conglobante do caso proposto de maneira eficiente para assegurar alinhamento da decisão com as possíveis e previsíveis consequências do julgado.

O sistema de precedentes da *common law* prestigia decisões que melhor solucionam os problemas, de maneira a conciliar os poderes decisórios do juiz com a segurança e previsibilidade jurídica, na medida em que formatam sua atuação dentro das molduras dos precedentes. *A ratio decidendi*, que apresenta as razões da decisão, passa a constituir autêntica fonte de Direito e se estabelece como norma plena no ordenamento de maneira a incorporar a lógica inerente ao julgado e a formar o precedente a ser doravante aplicado.

Assim, a solução pelo sistema de precedentes, que aos poucos passa ser incorporado ao nosso modelo processual, poderá representar modelo apto a congregar tanto a análise do caso concreto e a busca de solução eficiente e socialmente justa quanto manter a coesão e previsibilidade das decisões judiciais. Todavia, tal sistemática não irá representar, como não representa nas nações de onde adveio a inspiração para o modelo, o julgamento automático com aplicação mecânica de julgados. O melhor caminho nos parece ser a construção de precedentes a partir da justiça de base, eis que é o julgador de primeiro grau quem tem efetivamente contato com as provas, as partes e os fatos. A partir das decisões encontradas nas sentenças é que os Tribunais poderão depurar as melhores soluções e formar o arcabouço de precedentes que vincularão os futuros julgados.

No caso proposto como exemplo verificamos que as decisões, ainda que reconheçam o comportamento abusivo e irregular do cancelamento e remarcação unilateral de voos pelas concessionárias, não encontraram solução apta a fomentar a revisão das condutas das companhias aéreas. À evidência, considerando o interesse de maximizar o lucro e os valores das sanções aplicadas, a consequência – econômica e comportamental – será de perpetuar o modelo uma vez que a reprimenda finda por se transformar em incentivo, porque os valores arbitrados representam sanção inferior ao benefício auferido.

À guisa de conclusão, temos que o juiz ao seguir o precedente deve interpretá-lo consoante as diversas escolas doutrinárias e técnicas de hermenêutica com o propósito de amoldar a solução estabelecida na Jurisprudência às necessidades do caso concreto. Assim, poderá sem descuidar do respeito aos precedentes, mantidos os fundamentos dos julgados, amoldar a sentença para atender o caso apresentado. No caso do exemplo a solução poderia ser ampliar os valores de reparação, encontrar outra forma de sanção ou compelir a empresa a cumprir o contrato. Mas o que importa para os fins deste artigo é porque a existência de precedente, assim como a existência de lei, não basta para a solução integral das lides, devendo o juiz interpretá-los consoante sua convicção e à luz do caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARROSO, L.R. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. V.2
- BENTHAM, J. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- BUSTAMANTE, T. R. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.
- COASE, R. H. "The Problem of Social Cost". **Journal of Law and Economics**. 3 (1): p. 1-44, Chicago: The University of Chicago Press, 1960. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724810>>. Acesso em: 29 de jul. 2019.
- DWORKIN, R. Justice in the Distribution of Health Care. **Mcgill Law Journal** Montreal: McGill, 1993. Disponível em: <<http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/4236093-Dworkin.pdf>>. Acesso em: 27 de jul. 2019.
- _____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HART, H.L.A. **The Concept of Law**. Oxford: Oxford university press, 1961.
- LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- MacCORMICK, N. **Rethoric and the Rule of Law: a Theory of Legal Reasoning (Law, State, and Practical Reason)**. Oxford: Oxford university press, 2009.
- _____. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MELLO P.P.C.; BARROSO L.R. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, jul./set. 2016.
- MENDES, G.F. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 134, p. 11 – 39, abr./jun., 1997.
- MONTESQUIEU, C.L.S. **De l'esprit des lois**. Paris: Garnier, 1777. Disponível em: <https://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf>. Acesso em: 29 de jul. 2019.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Hunter Books, 2014.