

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS RELATIVAS AO REEMBOLSO DE PASSAGENS AÉREAS DIANTE O SISTEMA PROTETIVO DO CONSUMIDOR¹

Karen Stéfane Marques Silva²
Eduardo Moraes Lameu Silva³
Jaíne Gláucia Teixeira Ank⁴

RESUMO

Considerando as constantes mudanças nas relações de consumo, conforme a sociedade também muda, pretende-se nesse trabalho fazer questionamentos sobre as novas regras para reembolso de passagens aéreas editadas em razão da pandemia pelo Coronavírus: seriam tais medidas constitucionais? O trabalho foi estruturado em três capítulos, sendo o primeiro dedicado a trazer considerações sobre os elementos da relação de consumo e alguns princípios aplicáveis ao Direito Consumerista. Posteriormente aborda-se o impacto do Coronavírus no setor de transporte aéreo. Por fim, no último capítulo estuda-se a regulamentação publicada pelo Governo Brasileiro em 2020 sobre a devolução de valores de passagens aéreas no contexto da pandemia. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo por meio da pesquisa qualitativa, utilizando como fontes bibliográficas a doutrina, a legislação e a jurisprudência pátria. A conclusão do estudo é que as medidas adotadas pelo Governo na Lei 14.034/2020 são inconstitucionais por não se inserir no sistema protetivo do consumidor do Brasil.

Palavras-chave: devolução passagens aéreas; direito do consumidor; pandemia; reembolso; Lei 14.034/2020.

1 INTRODUÇÃO

O Coronavírus (COVID-19) foi responsável por modificar substancialmente a sociedade e as relações sociais. Em se tratando de Direito do consumidor a situação não foi diversa. Levando em consideração as diversas dúvidas que vem surgindo para todos diante da excepcional situação causada pelo Coronavírus (Covid-19), o presente

¹ Artigo originado do Trabalho de Conclusão de Curso da Aluna Karen Stéfane Marques Silva. Aprovado e recomendado para publicação. Orientador: Prof. Eduardo Moraes Lameu Silva.

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete-MG

³ Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera UNIDERP (2015). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais PUC MG (2016). Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (2014). Professor na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete

⁴ Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (1997), Advogada (1999), Especialista em Direito Processual Civil (1999) e Teoria e Filosofia do Direito (2016). Cofundadora (2016) e membro do conselho deliberativo (2018) da APAC-Feminina de Conselheiro Lafaiete. Atualmente, é Representante da Comissão de Direito de Família da Ordem dos Advogados do Brasil - 2a. Subseção, professora titular da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete, Mestranda do Programa de Pós Graduação PucMinas na linha de pesquisa Processo na Construção do Estado Democrático de Direito.

trabalho objetiva questionar a sistematização jurídica das medidas adotadas pelo Estado Brasileiro para o reembolso de passagens aéreas diante do sistema protetivo do consumidor.

O trabalho conta com três capítulos. No primeiro será fornecida uma base teórica e conceitual sobre alguns elementos caracterizadores da relação de consumo, mostrando os requisitos subjetivos e objetivos dessa relação jurídica. O norte aqui serão as disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema. Serão feitos comentários sobre as teorias (finalista, maximalista e finalista mitigada) utilizadas para explicar o conceito de consumidor. Ainda nesse capítulo será fornecida uma base principiológica com a exposição de princípios básicos que regem a relação de consumo.

No segundo capítulo, será apresentado um breve panorama sobre o impacto da pandemia pelo COVID-19 no setor de turismo e aéreo, trazendo os dados mais atualizados disponíveis quando da elaboração desse trabalho.

No terceiro capítulo debruça-se no tema de pesquisa. Será abordada a (in)constitucionalidade das normas sobre devolução de passagens aéreas. Nesse momento serão feitas explicações sobre: a Medida Provisória 925/2020, a conversão dessa na Lei 14.034/2020 e dos argumentos que fundamentam a inconstitucionalidade desses comandos normativos.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo e a metodologia da pesquisa documental, utilizando-se da produção legislativa e jurisprudencial, especialmente a produzida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), artigos científicos e doutrina nacional. Utilizou-se também da metodologia quantitativa por meio de dados de caráter estatístico sobre os efeitos da pandemia no Setor de Turismo – fornecidos pelos sites da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), do Ministério do Turismo e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Frisa-se que o trabalho foi elaborado entre fevereiro e maio de 2021, com revisão em agosto de 2021 de forma que quaisquer atualizações posteriores não foram incluídas nesse texto.

O resultado do trabalho tende a constatar a inconstitucionalidade do Artigo 3º da Lei 14.034/2020 por não se inserir no sistema de proteção do Consumidor e também por instituir prazos desproporcionais para devolução de valores, quebrando o equilíbrio que a legislação protetiva tenta atribuir à figura vulnerável do consumidor.

2 DA RELAÇÃO DE CONSUMO: ELEMENTOS E PRINCIPIOLOGIA

Nesse capítulo será abordada a relação de consumo no sistema brasileiro, apresentando seus elementos caracterizadores, bem como os princípios fundamentais que regem a relação jurídica consumerista.

2.1 Elementos caracterizadores da relação de consumo

Pode-se afirmar que a relação de consumo é uma relação jurídica especial, pois exige alguns requisitos subjetivos e objetivos para sua caracterização. Basicamente tal relação se constitui como o elo entre as figuras do consumidor de um lado, fornecedor e do produto ou serviço final de outro, como bem expõem Tartuce e Daniel Neves:

Na relação de consumo, tais elementos são o fornecedor de produtos e o prestador de serviços – de um lado – e o consumidor – do outro lado. Na grande maioria das vezes, as partes são credoras e devedoras entre si, eis que prevalecem nas relações de consumo as hipóteses em que há proporcionalidade das prestações (*sinagma*). Isso ocorre, por exemplo, na compra e venda de consumo e na prestação de serviços, principais situações negociais típicas de consumo. (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 112)

Primeiramente tem-se o conceito de consumidor, que segundo a Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (CDC):

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. (BRASIL, 1990).

Sobre a conceituação é importante mencionar as teorias doutrinárias sobre o conceito de consumidor, quais sejam: teoria finalista, teoria maximalista e teoria finalista mitigada.

A teoria finalista, considera que o consumidor seja o destinatário final. Busca proteger o consumidor, já que esse é considerado como vulnerável na relação consumerista. Ou seja, o foco da teoria é o sujeito. Sobre o tema: “destinatário final é apenas quem retira o produto do mercado para seu uso (próprio ou de sua família) e não profissional. Se o produto retornar ao mercado de alguma forma, não haverá relação de consumo” (NEVES *apud* LIMA, 2014).

Já a teoria maximalista objetiva ampliar o conceito de destinatário final. Abrange os consumidores intermediários, já que é considerado o destino do produto ou

serviço. A teoria traz enfoque no objeto e tem sido preterida pois não enfoca a vulnerabilidade do consumidor e sua necessária proteção.

E por fim, a Teoria finalista mitigada ou aprofundada. Essa terceira corrente vem sendo adotada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – “trata-se de uma teoria intermediária, que não observa apenas a destinação do produto ou serviço adquirido, levando em consideração, também, o porte econômico do consumidor.” (LIMA, 2014). Como bem exemplifica o seguinte precedente do STJ:

STJ. TERCEIRA TURMA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 328043. REL. MIN. SIDNEI BENETI. DJE DATA:05/09/2013. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. VENDA PELA INTERNET. CARTÃO DE CRÉDITO CLONADO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO CONSUMERISTA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULAS STJ/5 E 7. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade, hipótese não observada caso dos autos. 2.- No que tange ao dever de indenizar, ultrapassar e infirmar a conclusão alcançada pelo Acórdão recorrido - existência de relação jurídica entre as partes - demandaria o reexame do contrato, dos fatos e das provas presentes no processo, o que é incabível na estreita via especial. Incidem as Súmulas 5 e 7 desta Corte. 3.- Agravo Regimental improvido. (STJ – AgRg no AREsp: 328043 GO 2013/0109491-0 Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 27/08/2013, data de publicação: 05/09/2013, grifo nosso).

O ordenamento jurídico brasileiro considera consumidor por equiparação, a vítima de um dano causado pelo fato do produto ou serviço na relação de consumo ainda que não participe diretamente da relação contratual. Isto porque o Código de Defesa do Consumidor equipara a consumidor a vítima do fato do produto ou do serviço defeituoso, por disposição expressa do artigo 17 do CDC: “(...) equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.” (BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990). Assim, a vítima mesmo não sendo uma parte na relação contratual, deverá ser considerado para ser devidamente protegido como consumidor.

No outro lado da relação jurídica, visualiza-se a figura do fornecedor, que segundo a legislação consumerista:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

Ou seja, fornecedor é quem oferece no mercado econômico produtos ou serviços, de uma maneira geral. Na maioria das vezes esse serviço ou produto são bens móveis e imóveis, materiais ou imateriais sob uma certa forma de remuneração.

Arelados ao conceito de fornecedor estão os elementos objetivos da relação de consumo, quais sejam, o produto e o serviço

Segundo o CDC: “Art. 3º (...) § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” (BRASIL, 1990). Ou seja, produto é qualquer bem adquirido na relação de consumo. É considerado um bem tangível, onde a matéria da sua produção é passada para um comprador; ou ainda, um bem intangível que o consumidor consome e satisfaz suas necessidades – como por exemplo um serviço de *download* pago.

Já com relação ao serviço há uma definição na legislação ~~que se refere~~ no artigo 3º §2º do CDC: “Serviço 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.” (BRASIL, 1990). O serviço é uma atividade prestada, com a finalidade econômica que visa trazer algum benefício ao consumidor, mediante retribuição e que não há a subordinação característica das relações de trabalhistas.

2.2 Princípios básicos que regem a relação de consumo

Qualquer tema no Direito não pode se furtar de uma abordagem principiológica, porque o ordenamento jurídico pretende organizar-se sistemicamente, então, todas as normas internas hão de harmonizar-se com as normas constitucionais e refletirem os direitos fundamentais escolhidos pelo povo e postos na Constituição do Estado. As leis que regulamentam as relações consumeristas especialmente pela escolha constitucional de proteção de uma das partes na relação contratual, precisam estar de acordo com os valores constitucionais de proteção do consumidor. Apresenta-se uma breve exposição principiológica para que se possa verificar se a Lei 14.034/2020 insere-se sistemicamente no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1 Princípio da proteção

A proteção ao consumidor é consagrada como direito fundamental no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88): “XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

Nas palavras de Rizzato Nunes, tal princípio é a espinha dorsal do Direito do Consumidor, ou seja, a base de todo o sistema protetivo (NUNES, 2019, n.p.). Encontra-se previsto no artigo 1º do CDC: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social (...)”. (BRASIL, 1990).

Segundo o citado autor:

Uma das questões básicas que justificam a existência da lei, indo até a intervenção do Estado no domínio econômico, é a da necessidade de proteção do consumidor em relação a aquisição de certos produtos e serviços. Assim, por exemplo, nos casos de medicamentos únicos para doenças graves, nos serviços públicos, no suprimento de alimentos básicos etc., justifica-se a intervenção direta para garantir o suprimento ao consumidor. Até no aumento exagerado de preços isso pode acontecer, desde que se trate de caso de necessidade. Esse princípio da garantia do suprimento das necessidades do consumidor está em consonância com o princípio maior básico que lhe dá sentido, que é o da liberdade de agir e escolher, garantido no texto constitucional (art. 1º, III, art. 3º, I, art. 5º, caput, entre outros)¹⁵¹. Do mesmo modo como apontado no subitem anterior, vê-se que a norma do caput do art. 4º garante ampla proteção moral e material ao consumidor. E quando se refere à melhoria de qualidade de vida, está apontando não só o conforto material, resultado do direito de aquisição de produtos e serviços, especialmente os essenciais (imóveis, serviços públicos de transporte, água e eletricidade, gás etc.), mas também o desfrute de prazeres ligados ao lazer (garantido no texto constitucional — art. 6º, caput) e ao bem-estar moral ou psicológico. (NUNES, 2019, n.p.).

Consumidor é a parte mais vulnerável da relação. Essa vulnerabilidade se dá pela falta de informação e recursos técnicos e econômicos que o consumidor não possui. Dessa forma visualiza-se um desequilíbrio na relação de consumo o que autoriza o Estado a diferenciar o tratamento do consumidor em relação ao fornecedor. Como explica Camila Pinheiro e Débora Simone Bezerra Cordeiro

Outro princípio fundamental e ligado à ideia de proteção é o da vulnerabilidade – abordado a seguir.

2.2.2 Princípio da Vulnerabilidade

A vulnerabilidade é ideia básica da relação de consumo. Parte-se do pressuposto que todo consumidor é vulnerável e detentor de direitos previstos na legislação protetiva.

Ou seja, o princípio da vulnerabilidade vem para garantir uma equidade na relação de consumo, de forma, que o consumidor e o fornecedor tenham uma posição de valores iguais, apesar da desigualdade fática.

2.2.3 Princípio da boa-fé

Esse princípio tem relação com o equilíbrio justo das relações de consumo. Ou seja, tendo uma boa base em uma relação de consumo, tem-se também relação com outros princípios básicos como; o dever de cuidado, o dever de respeito, o dever de lealdade, o dever de probidade, o dever de informar, o dever de transparência, o dever de agir honestamente e com razoabilidade. (TARTUCE, 2016).

Esse princípio tem relação com a honestidade, a sinceridade dos dois polos da relação (fornecedor e consumidor). É um princípio muito importante, já que deixa os dois polos em um equilíbrio, dessa forma não há uma parte que prevaleça sobre a outra. Tem-se uma relação de colaboração em todas as fases da relação de consumo e uma maior harmonização dos interesses dos sujeitos nas relações, sendo assim, ocorre uma conduta mais correta e leal. Outro princípio fundamental da relação consumerista é o da função social dos contratos.

2.2.4 Princípio da função social dos contratos

Com o consumidor sendo a parte mais “fraca” da relação, esse princípio tenta equilibrar essa situação fática. Importado do Direito Civil, em especial do capítulo relativo aos contratos, a função social determina que os contratos tem influência para toda a sociedade, de forma que se deve respeitar direitos fundamentais em todas as relações jurídicas privadas.

De certa forma, a função social do contrato é assegurar os direitos e garantias fundamentais. Dessa forma busca-se uma relação de consumo mais justa e igualitária.

O princípio determina ainda que na interpretação de quaisquer cláusulas contratuais seja adotada aquela que favoreça a proteção dos direitos fundamentais das

partes envolvidas – no caso do presente trabalho, a interpretação que favoreça os direitos do consumidor. Assim, encerra-se esse primeiro capítulo introdutório ao tema.

Assim, as normas relacionadas ao direito do consumidor deverão sempre privilegiar a proteção e considerar a vulnerabilidade do consumidor e primando pela boa-fé objetiva das relações jurídicas por serem valores que não podem ser olvidados pelo ordenamento brasileiro.

3 A INFLUÊNCIA DA PANDEMIA CAUSADA PELO COVID-19 NOS SETORES DE TURISMO E AÉREO

A Pandemia trouxe a modificação abrupta das relações sociais e das legítimas expectativas daqueles que contrataram sem levar em conta o fator pandemia. O setor de turismo e aéreo foi imediatamente afetado pelas mudanças. Nesse capítulo será abordado o impacto da pandemia pelo Coronavírus nos setores aéreos e de turismo.

3.1 Os efeitos do Coronavírus no setor de turismo

Com a chegada do Coronavírus, muitas coisas mudaram, o que acabou ocasionando vários efeitos no setor de turismo. A presente pesquisa levou em consideração alguns dados coletados por órgãos de pesquisa públicos e privados.

Conforme informações presentes no site da *United Nations World Tourism Organization* (UNWTO), o setor de turismo internacional teve queda de 73% em 2020 e 87% em janeiro de 2021. (UNWTO, 2021).

Segundo dados fornecidos pelo Jornal da USP (Universidade de São Paulo):

Faz-se necessário também considerar que a dependência econômica de nações, regiões e localidades em relação ao turismo é muito variada. Em se levando em conta a participação das receitas advindas do turismo na composição dos produtos internos brutos (PIBs) nacionais, por exemplo, em Portugal tem-se algo em torno de 13,7%; na Espanha, 12,3%; na França, 9,5%; na GrãBretanha 9%; na Itália 5%; no Brasil, 3,7% e nos Estados Unidos, 2,6%. Por outro lado, para algumas nações e regiões, entre as quais ilhas-Estado conhecidas como destinos internacionais de turistas, o peso do turismo na composição de seus respectivos PIBs é muito maior. A título de exemplo, podemos citar os casos da República das Maldivas (no Índico), onde, em 2019, 32,5% de seu produto interno bruto adveio da atividade turística, ou ainda Aruba (Caribe), com 32%, República de Seicheles (no Índico), 26,4%, e Comunidade das Bahamas (no Atlântico), com 19,5%. Considerando o drástico efeito da pandemia sobre o setor de turismo, essas ilhas-Estado, assim como algumas regiões muito dependentes da economia do turismo, devem sentir, de forma mais intensa, o desemprego no setor

assim como outros efeitos deletérios decorrentes da interrupção repentina e prolongada dos fluxos internacionais de turistas, com repercussões dramáticas sobre suas populações. (CRUZ, 2020).

O turismo vem sofrendo muito com a pandemia, principalmente as pequenas empresas, visto que as empresas maiores tem conseguido se manter, mesmo com o déficit na economia. Deve-se lembrar que muitas regiões do Brasil e do mundo vivem de uma economia advinda do turismo e o cancelamento abrupto de voos nacionais e internacionais trouxe prejuízos imediatos à toda a rede que se mantém do turismo.

Com a crise e os problemas enfrentados, muitas pessoas cancelaram os voos marcados gerando a insegurança sobre a responsabilidade sobre o cancelamento. Diante disso, serão feitas algumas considerações sobre o assunto.

3.2. Cancelamento dos voos durante a pandemia.

Com o cancelamento dos voos o setor aéreo sofreu grandes dificuldades. Essas dificuldades tiveram vários efeitos, principalmente na questão da queda dos rendimentos do setor.

Com relação ao transporte aéreo no Brasil, segundo levantamento de dados fornecidos pela ANAC em janeiro de 2021:

O transporte aéreo apresentou retração de 29,5% na demanda de passageiros pagos transportados (RPK) e de 27,6% na oferta de assentos-quilômetros (ASK) no mercado doméstico em dezembro de 2020. Com esse resultado, no acumulado do ano, a demanda e a oferta apresentaram redução de 48,7% e 47%, respectivamente. Esse foi o pior desempenho aferido nos indicadores em mais de uma década. (ANAC, 2021)

Mesmo com a queda, o setor experimentou uma leve recuperação em dezembro de 2020 – melhores números desde fevereiro de 2020⁵.

⁵ “A quantidade de passageiros pagos em voos domésticos em dezembro de 2020 foi 5,6 mi, número 36,4% inferior ao mesmo mês do ano anterior. No entanto, foi o maior volume registrado desde fevereiro de 2020. De janeiro a dezembro de 2020, foram transportados 45,2 mi de passageiros domésticos pagos, queda acumulada de 52,5% em relação ao mesmo período de 2019. O percentual médio de ocupação de aeronaves no mercado doméstico em dezembro passado foi de 81,6%, redução de 2,5% ao apurado no mesmo mês de 2019. Nos 12 meses do ano, a taxa foi de 80%, o que representa uma retração de 3,2% na comparação com igual período do ano anterior. O transporte de carga e correio no mercado doméstico fechou o último mês do ano com variação negativa de 12,5% na comparação com dezembro de 2019. O volume de carga transportada em todo o período de 2020 foi de 324.438 toneladas, valor 28,3% menor do que foi apurado em igual período do ano anterior”. (ANAC, 2021)

O Governo brasileiro ao se deparar com essa situação editou alguns normativos para buscar um pouco de estabilidade nas relações de consumo – tema que será abordado a seguir.

4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS SOBRE DEVOLUÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS

Seguindo a linha de raciocínio adentra-se no capítulo que visa problematizar as normas referentes à devolução de valores de passagens aéreas. Primeiramente serão feitas considerações sobre a Medida Provisória 925/2020, convertida na Lei 14.034/2020 que regulamentam a questão dos reembolsos das passagens aéreas e dos cancelamentos em razão da pandemia.

4.1 Medida Provisória 925/2020 e a Lei n. 14.034/2020

Editada em 18 de março de 2020, a Medida Provisória (MP) 925 convertida na Lei 14.034 em 05 de agosto de 2020, veio com o escopo de dispor sobre medidas emergenciais para a aviação civil em razão da pandemia da COVID-19, que fixou prazo para reembolso do valor relativo a passagens aéreas de contratos firmados ao tempo da pandemia, como dispôs o 3º da MP 925/2020:

Art. 3º O prazo para o reembolso do valor relativo à compra de passagens aéreas será de doze meses, observadas as regras do serviço contratado e mantida a assistência material, nos termos da regulamentação vigente. § 1º Os consumidores ficarão isentos das penalidades contratuais, por meio da aceitação de crédito para utilização no prazo de doze meses, contado da data do voo contratado.

§ 1º Os consumidores ficarão isentos das penalidades contratuais, por meio da aceitação de crédito para utilização no prazo de doze meses, contado da data do voo contratado.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se aos contratos de transporte aéreo firmados até 31 de dezembro de 2020. (BRASIL, 2020).

O dispositivo regulava a devolução do crédito no prazo de 12 meses. Questiona-se: seria tal prazo compatível com o sistema protetivo do consumidor?

Em primeiro lugar, a questão da pandemia (COVID-19) é, na verdade, um caso fortuito externo que atinge a relação jurídica contratual e não se pode falar ou pensar em penalidade nem para o consumidor nem para a companhia aérea.

Ou seja, não se pode viajar por causa da pandemia, portanto, o consumidor não pode ser penalizado pela desistência. E o inverso é verdadeiro - se a companhia aérea não pode oferecer um voo por causa da pandemia também não se pode impor nenhuma penalidade.

A Medida Provisória estabilizou o conflito no período, mas não previu os efeitos com a prorrogação da pandemia. Se o consumidor postergar o pedido de reembolso após os alguns meses será cobrada multa. Mas o consumidor se encontra em situação desconfortável pois a pandemia se prolongou por prazo superior ao previsto. Por exemplo, um indivíduo que inicialmente não pretendia o cancelamento de seu voo, contentando-se com seu adiamento, após doze meses poderia ter mudado de ideia, diante da persistência da situação excepcional de calamidade pública. Tal indivíduo seria penalizado por isso? Em outras palavras o ônus da incerteza gerada pela situação de pandemia seria devido ao consumidor, para a parte vulnerável da relação de consumo? Não há fundamento para cobrar multa do consumidor se a companhia aérea cancela o voo, uma vez que o consumidor não concorreu para tal evento.

O caso fortuito externo atinge a relação e não há de se falar em multa. Portanto, parece que na aprovação dessa Medida Provisória o ideal seria a correção do *caput*, ou a criação de um outro parágrafo para dizer que não se pode cobrar multa ou qualquer tipo de penalidade do consumidor que queira simplesmente receber o dinheiro de volta, ainda que após o prazo inicial estipulado.

A Medida provisória é editada para possuir vigência temporária podendo ser convertida em Lei, como foi o caso da Medida em tela – que, em 05 de agosto de 2020, foi convertida na Lei 14.034/2020.

Veja-se o primeiro artigo, onde se encontra a explicação da lei; “Art. 1º Esta Lei prevê medidas emergenciais para atenuar os efeitos da crise decorrente da pandemia da Covid-19 na aviação civil brasileira.” (BRASIL, 2020). A lei delimitou o período de cancelamento de voo, reafirmando o prazo de 12 meses para o reembolso, como consta no seu artigo 3º:

Art. 3º O reembolso do valor da passagem aérea devido ao consumidor por cancelamento de voo no período compreendido entre 19 de março de 2020 e 31 de outubro de 2021 será realizado pelo transportador no prazo de 12 (doze) meses, contado da data do voo cancelado, observadas a atualização monetária calculada com base no INPC e, quando cabível, a prestação de assistência material, nos termos da regulamentação vigente. (BRASIL, 2020).

Os parágrafos acrescidos ao caput trazem as opções de substituir por crédito, entretanto sujeitando o consumidor ao pagamento de penalidades contratuais se desistir do voo e optar pelo reembolso, como se vê no §3º que se grifou:

§ 1º Em substituição ao reembolso na forma prevista no caput deste artigo, poderá ser concedida ao consumidor a opção de receber crédito de valor maior ou igual ao da passagem aérea, a ser utilizado, em nome próprio ou de terceiro, para a aquisição de produtos ou serviços oferecidos pelo transportador, em até 18 (dezoito) meses, contados de seu recebimento.

§ 2º Se houver cancelamento de voo, o transportador deve oferecer ao consumidor, sempre que possível, como alternativa ao reembolso, as opções de reacomodação em outro voo, próprio ou de terceiro, e de remarcação da passagem aérea, sem ônus, mantidas as condições aplicáveis ao serviço contratado.

§ 3º O consumidor que desistir de voo com data de início no período entre 19 de março de 2020 e 31 de outubro de 2021 **poderá optar por receber reembolso, na forma e no prazo previstos no caput deste artigo**, sujeito ao pagamento de eventuais penalidades contratuais, ou por obter crédito de valor correspondente ao da passagem aérea, sem incidência de quaisquer penalidades contratuais, o qual poderá ser utilizado na forma do § 1º deste artigo. **(Redação do parágrafo dada pela Medida Provisória Nº 1024 DE 31/12/2020).** (BRASIL, 2020)

A Lei criou um novo mecanismo – o crédito disponível ao consumidor. Bom, a princípio a iniciativa da Lei pareceu ser benéfica por esclarecer a questão do distrato e trazer segurança para a relação jurídica, mas no entender desse trabalho não é benéfica à luz do Direito do consumidor.

Em outras palavras, o consumidor encontra-se na seguinte situação: para voos que haveriam de ocorrer entre 19 de março de 2020 e 31 de outubro de 2021 poderá ocorrer o reembolso, no prazo de 12 meses, sujeitando o consumidor às penalidades contratuais – situação, no entendimento desse trabalho, desvantajosa ao consumidor ou; optar pelo crédito com a Companhia, sem a incidência de penalidades. Onde há direito de escolha nesse caso? Onde há liberdade de escolha quando a própria legislação impõe condições dificultosas ao consumidor? Comparado por exemplo ao art. 18 do CDC que prevê as opções de escolha do consumidor no caso de vício de produto ou serviço, percebe-se a falta de harmonia entre a Lei 14.034/2020 e o sistema protetivo do CDC:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo. (BRASIL, 1990).

Também o Art. 20 do Código de Defesa do Consumidor regulamenta a matéria de maneira mais favorável ao consumidor porque determina que o fornecedor responde pelos vícios de qualidade que tornem impróprios ao consumo e que tenham disparidade com as indicações constantes da oferta, autorizando que o consumidor escolha a reexecução do serviço sem custo adicional quando cabível ou a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Ressalta-se que o § 2º do Art. 20 do CDC também esclarece que são impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

A realização de viagens de turismo para um cidadão médio demanda planejamento prévio e o cancelamento abrupto em razão da pandemia tornou o serviço impróprio para o consumo, pode ser compreendido como impropriedade da prestação do serviço, ônus que, de acordo com a inteligência do o caput com Artigo 20 cumulado com §2º do mesmo artigo, deve correr por conta do fornecedor.

Claro que se pode argumentar que os artigos acima preveem situação diversa, pois trata de vício de produto ou serviço, porém fazendo uma analogia e buscando entender as finalidades do CDC, percebe-se que as medidas previstas para reembolso de passagem estão em desacordo com a lógica do sistema protetivo. Ao criar um mecanismo de reembolso tão dificultoso, o consumidor não pode exercer a sua

liberdade de escolha – conforme previsto no art. 6º do CDC como direito básico do consumidor.

Na pesquisa feita durante a elaboração desse trabalho não foram encontrados dados estatísticos relativos à devolução de valores. Porém foram encontrados diversos relatos de consumidores insatisfeitos com a dificuldade em cancelar ou remarcar seus voos e a falta de informação do funcionamento do reembolso/crédito – tais relatos podem ser encontrados no site Reclame aqui:

Em novembro de 2019, efetuei a compra no site da Gol Linhas Aéreas uma passagem com trecho de Montes Claros para São Paulo - GRU dia 03/04 a 05/04 de 2020. Em Março, entrei em contato com a companhia no canal telefônico para pedir reembolso/crédito da passagem, pois devido a COVID19 os voos foram cancelados. Durante o atendimento, o atendente confirmou o valor da passagem R\$317,00 em créditos que poderiam ser utilizados em até um ano da data do voo, logo até abril de 2021. Em Novembro de 2020, tentei utilizar os créditos através do aplicativo da companhia, e o mesmo não constava na parte de pagamentos, e então fui até o aeroporto, o balcão da companhia para verificar porque não aparecia para utilização. A atendente disse que ainda constava no meu registro e repassou o numero do cadastro - 7520052894 - e disse que a compra deveria ser feita pelo canal de vendas. Entretanto, ao ligar no canal de vendas, o mesmo repassava a mensagem de que as compras deveriam ser feitas pelo site. Além de ficar no impasse de não saber a quem procurar para ter acesso ao crédito que tenho por direito, se tivesse a oportunidade de viajar não iria conseguir utilizar. No dia 18/01, fui ao balcão da companhia em Montes Claros, e ao tentar realizar a compra da passagem, fui informada de que meus créditos expiraram no dia 01/12/2020 e que teria que ligar no canal de atendimento ao consumidor para reativar o crédito e fazer a compra. Estou tentando ligar desde o dia 17/01 para falar no canal 08007040465, e neste momento estou a mais de 30 minutos aguardando atendimento, que provavelmente irá cair de tanto chamar como foi no dia anterior. É um absurdo que em pleno século 21, com tanta tecnologia, o consumidor ainda tenha que esperar por mais de 02 horas para ser atendido ou desistir do seu direito, ser vencido pelo cansaço. Gostaria que a companhia me reembolsasse e não mais em forma de crédito, pois não tenho autonomia para utilizá-los. (RECLAME AQUI, 2021).

A defesa do consumidor é um direito fundamental previsto no Artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Brasileira, com o objetivo de proteger o consumidor de abusos e má-fé de fornecedores e do desequilíbrio inerente às relações de consumo. Com a liberdade de escolha limitada pelas medidas de reembolso e cancelamento no entender desse trabalho há afronta à Constituição, o que caracteriza a falta de compatibilidade com o sistema protetivo construído ao longo dos anos em prol do consumidor.

Infelizmente a pandemia causou efeitos indesejados para todos, também e em alto grau para os fornecedores de serviços. Porém as medidas impostas pela norma transferem o encargo para o consumidor – parte vulnerável. Ora, um prazo de 12 meses seria adequado para a companhia se reestruturar e devolver o valor por um serviço não

prestado, mas seria adequado para o consumidor que pagou e não recebeu o serviço contratado? E o consumidor que se encontra em situação econômica prejudicada, ficará na expectativa de receber o valor pago por um serviço não prestado por 12 meses?

É inerente à atividade empresarial a assunção de riscos, como bem afirma Rizzato Nunes (2011):

Uma das características principais da atividade econômica é o risco. Os negócios implicam risco. Na livre iniciativa, a ação do empreendedor está aberta simultaneamente ao sucesso e ao fracasso. A boa avaliação dessas possibilidades por parte do empresário é fundamental para o investimento. Um risco mal calculado pode levar o negócio à bancarrota. Mas o risco é dele.

Não se pode transferir para o consumidor já tão prejudicado pelos efeitos da pandemia os danos sofridos pelos empresários. Para reforçar essa linha de raciocínio e comprovar que os consumidores também foram prejudicados pela pandemia basta pensar no desemprego. Com a questão da pandemia, muitas pessoas sofreram/sofrem com as dificuldades econômicas, segundo o que prevê o IBGE; “A taxa de desemprego foi de 14,1% no trimestre encerrado em novembro de 2020, de acordo com a pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua (Pnad Contínua). A taxa foi a mais alta para esse trimestre móvel desde o início da série histórica da pesquisa, em 2012. O número de desempregados foi estimulado em 14 milhões.” (IBGE, 2021).

Dessa forma, entende-se aqui nesse trabalho que as medidas para reembolso/crédito de passagens aéreas em certo ponto são inconstitucionais por transferirem o encargo e os impactos sofridos pela atividade comercial para o consumidor.

Nelson Rosenvald et al (2021) concordam que a opção legislativa de amenizar os prejuízos das companhias aéreas impondo sua absorção pelo usuário contraria a lógica da legislação consumerista, como bem esclarecem:

O texto da referida lei demonstra que a opção brasileira para reduzir ou amenizar os prejuízos das companhias aéreas foi a de impor a sua absorção, ainda que parcial, ao usuário, contrariando toda a lógica da legislação editada nos últimos tempos a respeito da matéria. O consumidor que comprou passagens aéreas, segundo a lei, indiretamente passou a financiar o setor, porque a retenção dos seus recursos nos cofres das companhias tornou-se permitida pela lei (!), as quais contam com um prazo de um ano para devolver parceladamente as quantias recebidas.

A jurisprudência também vem se manifestando no sentido de proteger o consumidor. Cita-se como exemplo a tutela antecipada antecedente em ação de obrigação de fazer cumulada com pedido alternativo de indenização, autos 100886619.2020.8.26.0506, da 2ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, que condenou empresa aérea a reembolsar o consumidor imediatamente os valores pagos:

Ora, no caso dos autos, não se pode atribuir culpa aos autores, consumidores, cuja proteção deve, **na relação de consumo em apreço, desequilibrada por natureza, ser buscada pela legislação infraconstitucional por força de comando da Constituição Federal, e não voltando-se apenas à proteção dos interesses econômicos da fornecedora, como forma, não comprovadamente eficiente, de sustentar a economia brasileira, sempre instável.** (...) Consigne-se, no entanto, que as circunstâncias decorrentes da pandemia e ela propriamente considerada infelizmente não se extinguem por Lei, e aquele prazo de dezoito meses só pode ser razoavelmente considerado se de fato extirpada a pandemia antes de seu decurso, inclusive com a descoberta de meios efetivamente preventivos de contágio, já que do contrário, o justo temor de viajar em avião, transporte confinado, para destino em que a pandemia ainda se mantém, configura justa causa para desistência do contrato, máxime porque corresponde ao comportamento que se espera de cidadãos que se preocupam, outrossim, em evitar propagar tão letal doença. (...) **Aplicável ao caso dos autos, de conseguinte, e respetosamente, o princípio constitucional do devido processo legal substantivo, do qual decorrem a razoabilidade e proporcionalidade para equilibrar os direitos e interesses em aparente confronto, consoante vem reconhecendo o Supremo Tribunal Federal, nos diversos ramos do direito, e conforme leciona a doutrina, afastando-se a interpretação e aplicação do texto legal no que impõe ônus excessivo ao consumidor** (viajar dentro de prazo determinado em que não extirpada a pandemia ou o reembolso do valor da passagem com desconto de multa contratual, a qual é manifestamente irrazoável) e mesmo à companhia de transporte aéreo (que o consumidor viaje quando quiser, impondo altos custos de igual modo irrazoáveis). (...) parece-me que a solução que melhor se adequa à hipótese vertente, porque mais justa e consentânea com a proteção do consumidor e de manutenção do equilíbrio das partes na relação havida, é a de acolher o pedido de cancelamento do contrato, com a restituição, pela parte requerida, do valor integral despendido pelas partes autoras (sem desconto de multa ou de penalidade contratual de qualquer natureza), devidamente atualizado e com incidência de juros legais de mora de 1% ao contados da citação, compensando-se eventuais valores já devolvidos. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Tutela Antecedente - Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido alternativo de indenização por danos materiais, autos 1008866-19.2020.8.26.0506, 2ª Vara Cível).

Também se propõe nesse trabalho uma solução mais equilibrada para o caso concreto, que não seria tão maléfica a ambas as partes. Parte-se aqui dos princípios da proporcionalidade, de forma a equilibrar o ônus para as partes.

A solução mais viável seria um prazo menor (como, por exemplo, 06 meses para o reembolso com isenção de pagamento de taxas), tal prazo tutelaria o consumidor que não ficaria na expectativa do recebimento em um prazo tão longo e as companhias

aéreas que poderiam se reestruturar no prazo de 6 meses para devolver esses valores. Além disso, não se pode transferir ao consumidor o risco do negócio e, em caso de desistência em razão da pandemia, há que ser ônus do fornecedor arcar com as despesas de desfazimento do negócio.

5 CONCLUSÃO

Foram demonstradas nesse trabalho as razões para se defender a inconstitucionalidade das medidas atualmente em vigor.

Inicialmente foi abordado acerca da relação de consumo, diferenciando seus elementos caracterizadores, bem como os direitos básicos do consumidor. Foi demonstrado que o consumidor poderá ser entendido como uma vítima sobre um dano causado pelo fato do produto ou serviço na relação de consumo, além das teorias utilizadas para a caracterização da figura do consumidor, adotando-se atualmente a teoria finalista mitigada. Além disso, deu-se destaque aos demais elementos da relação de consumo. Para explicar a relação consumerista, houve uma breve exposição de princípios básicos que regem a relação de consumo, tendo cada princípio sua importância nessa relação.

A seguir foi exposto o impacto da pandemia do covid-19 no setor de turismo e aéreo e suas consequências. Importante observar que as grandes empresas conseguem se manter mesmo com a economia tão devastada.

Diante da situação de calamidade e visando tutelar os casos de cancelamento de voos foi editada a Medida Provisória número 925/2020 cujo o intuito era regular as questões dos reembolsos das passagens aéreas e dos cancelamentos. Essa medida, sofreu algumas modificações e em 05 de agosto de 2020, foi sancionada como lei 14.034/2020 que ameniza a responsabilidade do fornecedor dos serviços aéreos compartilhando-a com o consumidor.

Porém, na visão desse trabalho tais medidas são inconstitucionais por ferirem o sistema protetivo do consumidor, visto que, o prazo de 12 meses para reembolso de passagens aéreas é desproporcional às medidas protetivas impostas pelo código de defesa do consumidor e dever de proteção imposto pela Constituição Brasileira, pois transfere para o consumidor (figura vulnerável da relação) todos os impactos da

atividade negocial quando o ordenamento jurídico determina que o risco do serviço impróprio há que ser assumido pelo fornecedor.

O trabalho também apresentou possível solução que seria a redução de 06 meses, para reembolso das passagens, pois reconhece a excepcionalidade da crise gerada pela Covid-19, sendo o prazo de 06 meses para reembolso razoável para que as empresas aéreas, portadoras do risco do negócio, se readéquem a nova realidade imposta a todos e devolva valores havidos por serviços não realizados em razão do infortúnio.

O presente trabalho foi fruto de pesquisa sobre o tema que ainda se encontra em situação de instabilidade, devido às várias reclamações que vem sendo feitas pelos consumidores e da inconsistência da lei 14.034/2020 em relação ao código de defesa do consumidor e incompatibilidade com a Constituição Brasileira. Espera-se que essa texto seja fonte de consulta, debate e aprofundamento sobre a questão.

REFERENCIAS

ANAC. Com pandemia indicadores do setor aéreo reduzem 50% em 2020.

Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2021/com-pandemia-indicadores-do-setor-aereo-reduzem-50-em-2020-1> Acesso em: 09 maio 2021.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm Acesso em: 07 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 14.034, de 5 de agosto de 2020. EMENTA: Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19; e altera as Leis n.ºs 7.565, de 19 de dezembro de 1986, 6.009, de 26 de dezembro de 1973, 12.462, de 4 de agosto de 2011, 13.319, de 25 de julho de 2016, 13.499, de 26 de outubro de 2017, e 9.825, de 23 de agosto de 1999. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-14034-5-agosto-2020-790505-norma-pl.html> Acesso em: 07 jun 2021.

BRASIL. Medida Provisória n. 925, de 18 de março de 2020. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da covid-19.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv925.htm Acesso em: 07 jun. 2021.

CRUZ, Rita de Cássia Ariza. **Impactos da pandemia no setor de turismo.** Jornal da USP. 03/07/2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/impactos-da-pandemia-no-setor-de->

<https://www.e-unwto.org/doi/abs/10.18111/wtobarometereng.2021.19.1.2> Acesso em:
09 maio 2021.