

Economic Analysis of Law Review

A Proteção da Coletividade dos Consumidores a Partir do Modelo da Precaução de Robert Cooter no Extravio de Bagagens no Transporte Aéreo Internacional

The Protection of Consumers Through Robert Cooter's Precaution Model in Lost Luggage on International Air Transport's Torts

Michele Alessandra Hastreiter¹
Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba)
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Marcia Carla Pereira Ribeiro²
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Dennis Almanza Torres³
Universidad La Salle
Universidad Nacional de San Agustín

RESUMO

O artigo apresenta uma análise comparativa entre as previsões sobre extravio de bagagens existentes na Convenção de Montreal para unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional e no Código de Defesa do Consumidor, sob a ótica da análise econômica do Direito. A partir do método hipotético-dedutivo, pretende-se auferir se a presunção apriorística de que o Código de Defesa do Consumidor, ao prever o padrão indenizatório da reparação integral, é mais benéfico aos consumidores do que a Convenção de Montreal, que limita o *quantum* indenizatório a um valor pré-fixado de 1.000 Direitos Especiais de Saque. Para tanto, o trabalho situa a problemática dentro do contexto das relações de consumo internacionais, marcadas por especificidades que acentuam a vulnerabilidade do consumidor e examina os padrões de indenização dos dois diplomas legais a partir do modelo de precaução descrito por Robert Cooter. A conclusão é a de que uma norma que pré-estabelece o valor máximo da indenização (como é o caso da Convenção de Montreal) é mais benéfica a coletividade dos consumidores do que o padrão da responsabilização integral e ilimitada (previsto pelo CDC), que só beneficia os consumidores que transportam bens de maior valor. No entanto, o trabalho não foi capaz de concluir pela adequação do montante estabelecido pela Convenção de Montreal à realidade do transporte aéreo internacional contemporâneo, o que demandaria uma pesquisa empírica que transcende o escopo deste trabalho.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Modelo da Precaução. Convenção de Montreal. Extravio de Bagagens. Transporte Aéreo Internacional

JEL: D11; L93; K00.

ABSTRACT

This article performs a comparative analysis between the Montreal Convention for the unification of Certain Rules Relating to International Air Transport and the Brazilian Consumer Protection Code, regarding reparation on lost luggage claims, from the perspective of the economic analysis of the Law. Using the hypothetical-deductive method, we intend to confirm whether the assumption that the Consumer Protection Code, while it demands a full reparation, is more beneficial for consumers than the Montreal Convention, which limits the indemnity to a pre-fixed amount. To this end, the paper begins explaining how the lost luggage claims can be situated in the context of international consumer relations, marked by specificities that increase the vulnerability of the consumer. Later on, it examines the patterns of compensation of the two legal instruments above mentioned, based on the precautionary model described by Robert Cooter. The conclusion is that a rule that pre-established the maximum amount of indemnity (as is the case of the Montreal Convention) is more beneficial to the community of consumers than the standard of full and unlimited liability (provided by the CDC), which only benefits consumers transporting higher value goods. However, the work has not been able to conclude if the limit established by the Montreal Convention is in accordance with the reality of contemporary international air transport, which would require empirical research that transcends the scope of this paper.

Keywords: Economic Analysis of Law. Precaution Model. Montreal Convention. Lost Luggage. International Air Transportation.

R: 13/09/20 **A:** 14/01/21 **P:** 30/04/22

¹ E-mail: michele.hastreiter@gmail.com

² E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br

³ E-mail: dalmanza@ulasalle.edu.pe

1. Introdução

Em maio de 2017, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 636.331, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela aplicabilidade, nos casos de extravio de bagagens em voos internacionais, das regras dos tratados internacionais - - mormente a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999 (Convenção de Montreal), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.910/2006 - em detrimento do Código de Defesa do Consumidor (CDC). A decisão baseou-se, em suma, no princípio da especificidade – entendendo que tal diploma normativo representa regra especial, que excetua o panorama geral de proteção consumerista traçado pelo CDC.

A grande diferença entre os dois diplomas legais é a do padrão indenizatório. Enquanto o CDC prevê o ressarcimento integral do prejuízo, a Convenção de Montreal estabelece um valor fixo pré-estipulado como limitador da responsabilidade. O fato da solução da Convenção de Montreal ser aparentemente menos benéfica ao consumidor gerou controvérsia na doutrina, dado o caráter constitucional da proteção consumerista.

O artigo pretende contribuir a este debate, a partir de uma comparação entre os dois padrões indenizatórios para os danos materiais analisados a partir dos postulados teóricos da análise econômica do Direito. Mais precisamente, parte-se da análise feita por Robert Cooter, em seu artigo *“Unity in Tort, Contract and Property: The Model of Precaution”* sobre os custos sociais dos danos e o Modelo da Precaução. O objetivo central da pesquisa é identificar quais dos dois sistemas indenizatórios (o do CDC ou o da Convenção de Montreal) é o mais eficiente do ponto de vista econômico, considerando também a equidade na compensação da parte lesada, mas sem esquecer do efeito geral das normas sobre o restante da coletividade. Semelhante análise foi pioneiramente desenvolvida por Gustavo Ribeiro, em artigo publicado em 2017 na Revista da AMDE (Associação Mineira de Direito e Economia), que propôs uma análise econômica da Convenção de Montreal.

A inovação da proposta do presente trabalho, porém, se dá no reconhecimento de que a eficiência não é o único critério – e nem mesmo o melhor critério – a ser considerado na solução da antinomia. Sabe-se que a solução mais eficiente nem sempre responde aos ditames relacionados à justiça – e esta não pode ser desconsiderada na aplicação do Direito. Assim, o trabalho não se esquivou de analisar as considerações de justiça, mormente a partir da aplicação das contribuições de Guido Calabresi, em *The Costs of Accidents* quanto ao tema, bem como as preocupações distributivas trazidas por Richard Craswell, em seu trabalho intitulado *“Passing on the Costs of Legal Rules”*.

Ressalva-se, por fim, que o artigo se limitou a analisar os diferentes padrões indenizatórios para o dano material existentes entre o CDC e a Convenção de Montreal. Os danos morais por ventura sofridos pelo consumidor cuja bagagem foi extraviada não estão expressamente previstos pela Convenção de Montreal – o que demandaria outro viés de análise, que transcende o escopo deste trabalho.

A pesquisa utiliza-se do método hipotético-dedutivo de abordagem, uma vez que é pautada nas premissas da análise econômica do Direito (escassez de recursos, racionalidade dos agentes, comportamento maximizador e a influência das instituições) para tentar antever os comportamentos da empresa de transporte aéreo e dos consumidores. A exposição será desenvolvida em quatro partes, sendo que na primeira aborda-se o transporte aéreo internacional e seu enquadramento como uma relação de consumo internacional; o segundo parte das especificidades da relação de consumo internacional para explorar a problemática - trabalhada na seara do Direito Internacional Privado - da lei aplicável a tais relações; o terceiro capítulo compara os modelos de reparação de danos previstos no Código de Defesa do Consumidor e na Convenção

de Montreal frente ao modelo da precaução propugnado por Cooter; por fim, as considerações de justiça e as preocupações distributivas dos modelos indenizatórios são enfrentados a partir dos trabalhos de Craswell e Calabresi.

A contribuição que se pretende associar ao artigo está na compreensão de qual dos dois sistemas minimiza os custos à sociedade tomada em seu conjunto, gerando resultados mais eficientes e justos.

2. O Transporte Aéreo Internacional de Passageiros e as Relações de Consumo Internacionais

Com o avanço das tecnologias de transporte, viajar para outros países tornou-se cada vez mais acessível e comum. Dados da SITA – empresa especializada em tecnologia para aeroportos – indicam que o número de passageiros subiu 76% no período entre 2007 e 2018, chegando a 4,36 bilhões em 2018 (SITA, 2019).

Durante as viagens, grande parte dos consumidores despacham bagagens, esperando retirá-las no destino. Não obstante, o extravio de bagagens é um inadimplemento contratual comum no setor: os dados da SITA indicam que, embora tenham se reduzido significativamente ao longo dos últimos dez anos, há ainda um impressionante número de 24,8 milhões de malas extraviadas a cada ano – o que representa consideráveis danos materiais e morais sofridos por passageiros, além de gastos expressivos ao setor. Muitas vezes, o extravio das bagagens conduz a uma demanda jurídica, fazendo com que o Poder Judiciário precise alocar responsabilidades quanto ao ocorrido, determinando a existência de um dever de reparação.

Neste contexto, a relação entre a empresa transportadora e seus passageiros é, claramente, uma relação de consumo⁴ – a qual se caracteriza pela existência de um desequilíbrio estrutural entre as partes, o que justifica a regulação especial do ramo voltada à proteção do sujeito mais vulnerável (o consumidor) (MARQUES, 2016, p. 303).

Cláudia Lima Marques explica que a vulnerabilidade do consumidor se manifesta de diferentes formas, existindo quatro tipos de vulnerabilidades fundamentais: a técnica, a jurídica, a fática⁵ e a vulnerabilidade básica dos consumidores, chamada de “vulnerabilidade informacional”. Esta, em termos econômicos, é também chamada de assimetria informacional⁶. Trata-se da situação

⁴ Nos termos do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, as relações de consumo são aquelas que envolvem consumidores e fornecedores, sendo os primeiros “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º do CDC) e os segundos “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” (art. 3º do CDC). (BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 06 de dezembro de 2019).

⁵ A vulnerabilidade técnica advém do presumido desconhecimento específico quanto ao objeto ou serviço adquirido, sendo o consumidor, por isto, facilmente enganado quanto às características e utilidades de sua aquisição. A vulnerabilidade jurídica, por sua vez, decorre da falta de conhecimentos jurídicos específicos, que pode ser presumida do consumidor não profissional. Já a vulnerabilidade fática – também presumida – decorre das diferenças de poder econômico entre as partes. (MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 326 e ss.)

⁶ A assimetria informacional ocorre quando as partes pretendem realizar um negócio, mas têm apenas parte dos conhecimentos sobre o objeto da negociação e, muitas vezes, possuem informações discrepantes e incompletas em relação a este objeto. (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ROCHA JR, Weimar Freira da; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Mecanismos Jurídicos e Econômicos para a transferência de tecnologia: um estudo de caso. **Revista Direito GV**. V. 13 N. 1. Jan-Abri – 2017, p. 49-68).

em que uma das partes possui mais informação sobre a relação contratual do que a outra, podendo comportar-se de modo oportunista ao se utilizar de forma desproporcional ou injusta de sua condição de superioridade.

Por outro lado, é ao mesmo tempo uma questão de justiça e uma questão de eficiência corrigir as assimetrias informacionais ou parte de seus efeitos através de normas protetivas do consumidor. Isto porque o princípio da igualdade demanda uma atuação do Direito para compensar a fragilidade de uma das partes com normas protetivas (ou que controlam a atitude do outro), visando a um equilíbrio nas relações jurídicas (MARQUES, 2016, p. 324). Ademais, as escolhas tomadas com base em informações incompletas podem não ser as mais eficientes, como atesta o paradigma da racionalidade limitada⁷.

No contexto das viagens internacionais, a relação de consumo é travada entre um consumidor e uma empresa estrangeira⁸ dedicada a transportar passageiros de um país para o outro, o que a transforma em uma relação de consumo internacional. Tais relações possuem especificidades que aumentam os incentivos a comportamentos não cooperativos (AXELROD, 2010, *passim*) ou oportunistas por parte dos fornecedores.

Dentre as especificidades das relações de consumo internacionais, Cláudia Lima Marques (2006, p. 141) destaca o significativo acréscimo à preexistente assimetria informacional. Isto porque além das disparidades de informação que naturalmente recaem sobre o consumidor comum, quando a relação ganha contornos internacionais o consumidor também possui informações reduzidas quanto as transações internacionais em si – pois não está familiarizado com suas regras e seu funcionamento, ao contrário do fornecedor que as realiza de modo profissional. Como já se mencionou, quanto maior a assimetria informacional, maiores as chances de um comportamento oportunista de parte daquele mais bem informado e menor a probabilidade de a livre interação dos agentes levar a um resultado ótimo para ambas as partes envolvidas.

Além da assimetria informacional aumentada, outras especificidades das relações de consumo internacionais também merecem destaque. É o caso da descontinuidade das trocas no mercado de consumo – ao contrário das relações do comércio internacional entre empresas, geralmente pautadas em contratos relacionais duradouros. Tal situação aumenta a possibilidade de um comportamento oportunista, já que a cooperação tende a ser menos atrativa quanto menores forem as chances de as mesmas partes interagirem novamente⁹, da mesma forma que, quanto maior

⁷ O modelo da racionalidade limitada advém da percepção de Herbert Simon quanto ao irrealismo do modelo da escolha racional. O autor sustenta que as pessoas raramente possuem todas as informações necessárias para avaliar suas opções corretamente – o que faz com que nem sempre suas decisões sejam ótimas. (MACAAY, E. ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. 2rd. São Paulo: Atlas, 2015, p. 34)

⁸ A Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB) estabelece, em seu artigo 11, que “Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituíram” É, em outras palavras, o local onde a empresa se incorporou o que determina sua “nacionalidade”. As empresas estrangeiras de transporte aéreo podem operar voos no Brasil desde que obtenham autorização de funcionamento em território nacional. Neste sentido, ver em: ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil). **Empresas Estrangeiras**. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/empresas-estrangeiras>. Acesso em 22 de fevereiro de 2020).

⁹ Dentre as estratégias utilizadas no experimento de Axelrod, a que obteve o melhor desempenho em iterações continuadas foi a estratégia “Olho por Olho” – que consistia em cooperar na primeira jogada e repetir o que o outro jogador fez na jogada passada. A estratégia “Olho por Olho” nunca é a primeira a trair. Se o outro jogador estiver disposto a cooperar, a estratégia dá prosseguimento ininterrupto a um ciclo de cooperação. Se, contudo, o oponente trair, na jogada seguinte, haverá traição por parte do jogador que adota a estratégia “olho por olho”. Mas isto também não significa que uma transgressão única levará ao rompimento da relação. Se o oponente voltar a cooperar, o jogador com a estratégia “olho por olho” voltará a cooperar também – até que ocorra uma nova traição. Um jogador que sempre trai, ao enfrentar um oponente que adote a estratégia “olho por olho” terá uma recompensa maior na primeira interação, mas terá como resposta um ciclo de traições sucessivas na sequência – recebendo a menor recompensa –

A Proteção da Coletividade dos Consumidores a Partir do Modelo da Precaução de Robert Cooter no Extravio de Bagagens no Transporte Aéreo Internacional

for a demanda e a possibilidade de substituição do consumidor por outro consumidor, ou ainda, quanto menor a oferta, e maior a dependência do consumidor, mais acirrada se torna a posição de privilégio do fornecedor. Ademais, em que pese a preocupação da empresa com sua reputação para a preservação de sua posição de mercado, é de se ressaltar que o setor não pode ser considerado um mercado livre (ao contrário, as empresas de transporte aéreo internacional operam em um mercado que é altamente regulado pelo Estado¹⁰), o que, por reduzir a concorrência, reduz também o custo reputacional¹¹.

Outrossim, individualmente, as transações no mercado de consumo internacionais são de pequeno valor (especialmente quando comparadas ao comércio internacional entre empresas) – o que gera o que Cláudia Lima Marques chamou de “lide reprimida”. Isto porque os custos para solução das disputas internacionais são muito altos perto da reparação que se pretende obter. Além disto, as dificuldades para uma re-execução de um serviço internacional mal prestado são enormes: no caso específico do extravio de bagagens em voos internacionais, o desgaste da mala perdida, os dias de férias sem conforto em razão de não dispor dos pertences levados e/ou os presentes e compras extraviados no retorno fazem com que a restauração do *status quo* seja impossível, cabendo apenas uma resposta econômica sob a forma de indenização¹². Todos esses fatores muitas vezes fazem com que o consumidor lesado não busque um ressarcimento, arcando com os danos decorrentes do descumprimento contratual. Tal situação aumenta a recompensa do comportamento oportunista do fornecedor, já que em alguns casos a violação do contrato restará impune.

As especificidades fazem com que a vulnerabilidade do consumidor internacional no transporte aéreo demande uma resposta jurídica capaz de alterar a estrutura de incentivos, de modo a promover um reequilíbrio contratual. Não obstante, essa relação jurídica tem como peculiaridade sua interface com diferentes sistemas jurídico-normativos, razão pela qual tal resposta jurídica depende da solução de um conflito de leis no espaço – o que faz com que a questão ganhe contornos de Direito Internacional Privado¹³.

conforme o Dilema do Prisioneiro. Se alternar traições com cooperações, terá um resultado melhor do que se sempre trair, mas ainda inferior ao de sempre cooperar. Logo, quando há uma perspectiva de um futuro importante, cooperar é a melhor estratégia. Se, no entanto, o futuro não for tão importante, a cooperação deixa de ser a estratégia mais benéfica. Se houver somente uma interação, é possível que a melhor saída seja efetivamente não cooperar. Isto significa que nenhuma forma de cooperação é estável quando o futuro não for tão importante com relação ao presente. (AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.)

¹⁰ Sobre a regulação e a concorrência na aviação civil, ver: JESUS JUNIOR, Leonardo Bispo de. Análise da concorrência no setor de aviação civil brasileiro. Dissertação de Mestrado em Ciências Econômicas. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Ciências Econômicas. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8924>. Acesso em 22 de fevereiro de 2020.

¹¹ O consumidor não pode escolher entre várias alternativas para uma mesma rota; se vê restrito a opções pré-definidas, ainda que ciente de eventuais problemas ocorridos com terceiros.

¹² MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit, p. 143

¹³ Estabelecendo um conceito contemporâneo à disciplina, André de Carvalho Ramos afirma que “o Direito Internacional Privado consiste em um conjunto de normas jurídicas nacionais e internacionais que regula (i) a escolha de uma regra de regência sobre fatos transnacionais que afetam a vida dos indivíduos e pessoas jurídicas, bem como a (ii) fixação de uma jurisdição para solucionar eventuais litígios sobre tais fatos, além de estudar as (iii) fórmulas de cooperação jurídica internacional entre Estados que resultem na efetiva prestação de justiça aos envolvidos nessas situações transnacionais”. (Ver em: RAMOS, André de Carvalho. **Curso De Direito internacional Privado**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 24-25)

3. O Direito Internacional Privado e a Lei Aplicável aos Contratos de Transporte Aéreo Internacional

Muito embora o Direito Internacional Privado discipline relações jurídicas internacionais, trata-se de um direito eminentemente doméstico, cuja principal fonte é a lei interna. Isto é, é o Direito nacional que estabelece os critérios para a solução dos conflitos de leis e jurisdições inerentes às relações jurídicas internacionais – razão pela qual é necessário examinar o arcabouço jurídico nacional para identificar a lei aplicável a tais situações.

É sabido que o Direito pátrio trouxe a proteção do consumidor como princípio constitucional, enfatizando-a, ao mesmo tempo como um direito fundamental (art. 5º, XXXII da Constituição Federal¹⁴) e princípio da ordem econômica do Estado Brasileiro (art. 170, V da Constituição Federal¹⁵). No que diz respeito aos contratos de consumo internacionais, o Código de Processo Civil vigente prevê a possibilidade de sua apreciação cortes nacionais, bastando para isto que o consumidor seja residente ou domiciliado no Brasil (art. 22, II da Lei nº 13.105/2015¹⁶). Não obstante, o regramento jurídico nacional não menciona expressamente a lei aplicável aos contratos de consumo internacionais – o que provoca diversos debates doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

O principal diploma legal destinado a identificar a lei aplicável aos contratos internacionais é a LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) elaborada em 1942 – quando pouco se vislumbrava a possibilidade de consumidores celebrarem contratos com fornecedores que transcendessem as fronteiras de um Estado. Em seu artigo 9º, o referido diploma legal atesta que a lei aplicável aos contratos é a do local da sua celebração – estabelecendo no § 2º que, se as partes não se encontrarem em local determinado para celebrar o contrato, este será considerado celebrado no local de residência do proponente. Tal situação remete necessariamente à lei de residência do fornecedor – proponente nas relações de consumo internacionais. Esta solução contribui para aumentar a vulnerabilidade informacional do consumidor (pois desconhece as leis que regerão a transação). Conforme apontado por Gustavo Ferreira Ribeiro (2016, p. 44), o desconhecimento da lei aplicável e os custos elevados para obter este conhecimento por parte dos consumidores incentivaria o comportamento oportunista do fornecedor.

Não há, contudo, na LINDB, qualquer menção a um elemento de conexão específico para as relações de consumo ou em que haja qualquer tipo de assimetria informacional ou vulnerabilidade entre as partes. Projetos de alteração legislativa neste sentido não prosperaram¹⁷.

¹⁴ “Art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 de dezembro de 2019).

¹⁵ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor”. (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 de dezembro de 2019).

¹⁶ Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil; (BRASIL, Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 07 de dezembro de 2019).

¹⁷ Destaque-se, neste diapasão, o PLS 281/2012 – encaminhado para arquivamento em 2018 - que previa uma atualização do Código de Defesa do Consumidor e propunha, também, nova redação ao artigo 9º da LINDB – elaborado conjuntamente por Nádia de Araújo e Cláudia Lima Marques. As autoras sugeriram a seguinte redação ao artigo 9-A: “Os contratos internacionais de consumo, entendidos como aqueles realizados entre um consumidor, pessoa natural, cujo domicílio esteja situado em um país distinto daquele onde estiver o estabelecimento do fornecedor de produtos e de serviços envolvido na contratação, regem-se pela lei do lugar de celebração ou, se executados no

A Proteção da Coletividade dos Consumidores a Partir do Modelo da Precaução de Robert Cooter no Extravio de Bagagens no Transporte Aéreo Internacional

Em vista da inexistência de disposição legal clara quanto ao tema no âmbito do Direito Internacional Privado, a questão ainda não encontra solução definitiva. No entanto, especificamente quanto ao transporte aéreo internacional, alguns países decidiram estabelecer uma solução de “Direito Uniformizado”¹⁸, celebrando Convenções relativas à Aviação Civil que tocam no tema da responsabilidade das transportadoras. A primeira delas foi celebrada em 1929, em Varsóvia, quando a indústria aérea era ainda nascente. Esta foi atualizada pelo Protocolo de Haia, de 28.09.1955; pela Convenção de Guadalajara, de 18.09.1961; pelo Protocolo da Guatemala, de 08.05.1971 e pelos Protocolos 1, 2, 3 e 4 de Montreal, de 25.09.1975. Ao final, a Convenção de Montreal, de maio de 1999, revisou e compilou todas as alterações, sendo, portanto, o diploma atual a regular a questão¹⁹.

No entanto, embora seja inegável que tais normativas foram criadas com o objetivo de uniformizar a solução jurídica dada ao tema entre os países signatários, o viés das normas não é o de proteção dos consumidores²⁰. Justamente por isto, parcela considerável²¹ da doutrina entende que a observância da Convenção de Montreal não se coaduna com a obrigação Constitucional de proteção do consumidor. De fato, alguns autores consideram que o Código de Defesa do Consumidor é uma norma imperativa²² do Direito Brasileiro, razão pela qual a antinomia existente entre o CDC e as Convenções da Aviação Civil deveria ser resolvida pela prevalência da norma nacional de proteção aos consumidores.

Este entendimento não foi o adotado pelo STF no julgamento do RE 636.331. No acórdão, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, a mais alta Corte do país entendeu que a proteção consumerista não deveria ser o único parâmetro constitucional a ser observado no caso, já que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 178²³, a observância dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil sobre transporte aéreo. Além disto, sustentou que não há diferença hierárquica entre o CDC e a Convenção de Montreal, sendo que a antinomia deveria ser solucionada pelos critérios da especificidade (lei especial prevalece em relação a lei geral) e cronológico (lei posterior prevalece em relação a lei anterior). Pelos dois critérios, concluiu-se pela

Brasil, pela lei brasileira, desde que mais favorável ao consumidor”. (BRASIL. PLS 281/2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4182365&disposition=inline>. Acesos em 04/12/2019.)

¹⁸ Para Jacob Dolinger, o “Direito Uniformizado” é um Direito oriundo dos esforços entre os países para reduzir as diferenças entre as leis aplicáveis através de tratados internacionais (DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 10ª ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 165).

¹⁹ Por isso, a doutrina e a jurisprudência ora referem-se ao embate entre o CDC e a Convenção de Montreal e ora entre o CDC e a Convenção de Varsóvia ou Varsóvia-Haia.

²⁰ Pelo contrário, a origem das normas remonta ao período de surgimento da indústria aérea e serviam como uma forma de proteção da mesma, até então, fraca em termos financeiros. Neste sentido, ver em RIBEIRO, Gustavo... e SALIBA, Aziz Tuffi; SOUZA, Alexandre Rodrigues de. A aplicabilidade da convenção de Montreal no direito brasileiro. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 2, 2017 p. 429-448

²¹ Uma compilação de apontamentos neste sentido, com especial menção a autores como Nelson Nery Jr., Rosa Maria B. B. de Andrade Nery, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Vasconcellos e Benjamim, Carlos Roberto Gonçalves, Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge podem ser encontrados em SALIBA, Aziz Tuffi; SOUZA, Alexandre Rodrigues de. Op. cit...p. 429-448

²² A ideia de norma imperativa é bem trabalhada por Tatyana Scheila Friedrich, que assim conceitua o tema: “As normas imperativas de Direito Internacional Privado são aquelas regras de âmbito interno que contêm determinados assuntos considerados essenciais ao país que as promulgou e, por isso, são automaticamente aplicadas. Diante dos casos conectados a ordenamentos jurídicos de mais de um país, elas têm o poder de afastar a busca pela legislação aplicável através do método conflitual, e assim, evitar o uso do direito estrangeiro, sendo aplicadas de imediato” (FRIEDRICH, Tatyana Scheila). **Normas imperativas de Direito Internacional Privado – Lois de Police**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 24).

²³ Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. (BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06 de dezembro de 2019).

prevalência da Convenção de Montreal (visto que posterior ao CDC e mais específica ao tema em análise).

A decisão contribuiu para o fortalecimento da tese já há muito defendida pelas empresas transportadoras, mas desagradou quem sustentava o oposto, pautados na defesa do consumidor. Todavia, a conclusão de que o CDC é a norma que melhor assegura a proteção do consumidor não deve decorrer de uma simples intuição do intérprete ou da doutrina. Daí o potencial de uma análise a partir de métodos econômicos para se compreender as implicações fáticas dos diferentes padrões de indenização.

4. O Modelo da Precaução de Robert Cooter e os Diferentes Padrões de Indenização Existentes no CDC e na Convenção de Montreal

Partindo da perspectiva de Ronald Coase quanto às externalidades ou “custos sociais”²⁴, Robert Cooter, em seu artigo “Unity in Tort, Contract and Property: The Model of Precaution”, examina o que denominou de “Modelo da Precaução”. Trata-se de um modelo econômico que visa a encontrar o arranjo institucional mais eficiente para reduzir os custos sociais dos danos e de suas respectivas indenizações.

É um princípio geral de direito que, quando a conduta de uma parte gera dano a outra, nasça entre as partes uma relação jurídica consubstanciada no dever, do causador do dano, reparar ou indenizar o dano causado à outra parte (vítima)²⁵. No entanto, o dever de reparar os danos causados produz custos: custos de precaução, custos de assumir o risco, custos de buscar informação sobre o risco e custos para resolução de disputas, entre outros.

Tais custos muitas vezes não são plenamente absorvidos pelas partes, gerando efeitos que atingem terceiros (as chamadas externalidades). Não obstante, Cooter (1985, p. 1) assume que há situações em que uma compensação é necessária por razões de justiça e examina mecanismos para que a compensação possa ocorrer sem minar os incentivos por um comportamento eficiente.

Enfatizando os custos de precaução – entendidos como mecanismos adotados para reduzir a probabilidade ou extensão do dano – o autor estabelece que gastos eficientes com precaução minimizam os custos sociais. Na maior parte dos casos, uma alocação eficiente de custos de precaução exigiria que tanto a vítima quanto o causador do dano tomassem precauções.

Analisando alternativas regulatórias diferentes em matéria de responsabilidade civil, o autor examina duas possibilidades extremadas: a ideia de “*no liability*” (ou seja, isenção de responsabilidade) e de “*strict liability with perfect compensation*” (uma espécie de responsabilidade

²⁴ Ronald Coase é considerado um dos fundadores da AED, com seu texto “The Problem of the Social Cost”. Nele, o autor enfocou as situações em que as ações de determinados agentes produzem efeitos que transbordam o escopo de sua atividade, afetando negativamente terceiros – o que o chamou de “custo social”. A premissa básica adotada pelo autor é a de que, na comparação entre arranjos sociais alternativos, a maneira apropriada de proceder é comparar o produto social total produzido por cada um desses arranjos. O melhor arranjo (mais eficiente) será aquele em que o custo social total é menor. (COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 1, article 9, 2008).

²⁵ Princípio do “*Neminem laedere*”, epigrafoado no artigo 186, do Código Civil Brasileiro. (Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito). BRASIL, Código Civil - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 06 de dezembro de 2019.

objetiva com compensação integral do prejuízo sofrido). Os dois modelos extremados seriam falhos, segundo Cooter, por não gerar incentivos para um lado ou outro se precaverem.

O modelo da restituição integral, contudo, foi adotado pelo CDC, conforme se explica a seguir.

4.1 O Modelo da “*Strict Liability*” Previsto no Código de Defesa do Consumidor

No que diz respeito a responsabilidade dos fornecedores por falhas na prestação dos serviços, o Código de Defesa do Consumidor contempla o modelo da “*strict liability*”, em seu artigo 14²⁶. Na hipótese de extravio de bagagens no transporte aéreo internacional, tal situação implica, basicamente o dever de a empresa transportadora ressarcir integralmente os valores perdidos.

Segundo Cooter (1985, p. 3), nos cenários em que a lei prevê a responsabilidade integral, a vítima ficaria indiferente entre sofrer o dano ou obter a reparação. É claro que, na prática, os custos de transação – no cenário narrado, destaca-se em especial os custos para resolução de disputas (neles inserido a morosidade e imprevisibilidade das decisões do Poder Judiciário brasileiro) – também repercutem nas condutas dos agentes e acabam por alterar a estrutura de incentivos, fazendo com que a vítima prefira não sofrer o dano e assuma custos de precaução. No entanto, se tais custos fossem nulos (ou, ao menos, inferiores aos das medidas de precaução), com a garantia da restituição integral, o consumidor não teria qualquer incentivo para adotar mecanismos de precaução. Dentro deste contexto, os custos da precaução do extravio de bagagens recairiam apenas sobre a empresa transportadora.

Embora considerações de justiça possam fazer pressupor que o parâmetro da restituição integral seja o mais adequado – já que a vítima é a parte vulnerável e não deve arcar com o prejuízo oriundo de uma má prestação de serviços da transportadora – é ingênuo acreditar que a empresa irá internalizar totalmente tais gastos. Ao contrário, inclusive para garantir a viabilidade de suas operações e do setor como um todo (que, além de essencial, gera empregos e movimentações econômicas variadas que produzem externalidades positivas), possivelmente a companhia aérea repassará tais custos – ou ao menos parte significativa deles²⁷ - aos preços das passagens.

O repasse dos custos ao preço das passagens faz com que os gastos com as medidas de precaução e as indenizações integrais pagas no caso de extravio de bagagens sejam, ao fim e ao cabo, ao menos parcialmente repartidos entre a empresa e os consumidores. É precisamente por esta razão que se pode questionar a presunção apriorística de que a reparação integral é a medida que melhor atende aos interesses destes.

²⁶ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em 06 de dezembro de 2019).

²⁷ Neste sentido, Richard Craswell sustenta que – caso a empresa possa repassar o aumento de seus custos por completo aos consumidores, o resultado mais eficiente (que resulta num menor custo total) também será o melhor em termos distributivos. No entanto, na maior parte dos casos, as empresas não conseguem repassar totalmente o aumento dos seus custos aos consumidores, o que exige uma análise mais detalhada do caso concreto. (CRASWELL, Richard. *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 *Stanford Law Review* 361-398 (1991)).

4.2 A Responsabilidade Limitada Prevista na Convenção de Montreal

No que diz respeito ao extravio de bagagens, a Convenção de Montreal, em seu artigo 17²⁸, reconhece a responsabilidade do transportador. No entanto, em seu artigo 22²⁹, o mesmo diploma legal limita sua responsabilidade a um montante pré-estipulado de 1.000 Direitos Especiais de Saque³⁰ (o que, na data de elaboração deste artigo, equivaleria a aproximadamente R\$5.800,00).

Nota-se, assim, que – ao contrário do que dispõe o CDC – a Convenção de Montreal fixou um teto ao valor das indenizações, excetuando os casos em que tenha havido uma declaração especial do valor da bagagem, com pagamento de uma contraprestação suplementar e também quando o dano à bagagem resultar de uma ação ou omissão intencional (RIBEIRO, 2016).

A regra da Convenção, portanto, preenche o que Cooter (1985, p. 26) descreveu como “*invariant damages*”, uma cláusula de liquidação que pré-fixa o *quantum* indenizatório e que é capaz de modular a compensação e os incentivos de modo a trazer uma maior eficiência econômica. Isto porque, na visão do autor, com os danos pré-fixados, a vítima teria incentivos para reduzir a extensão do dano (COOTER, 1985, p. 30) e mais incentivos do que no cenário da restituição integral para adotar medidas de precaução. No caso do extravio de bagagens, isto significaria, por exemplo, deixar de despachar objetos valiosos e/ou contratar um seguro (pagando um preço suplementar).

Conforme atesta Gustavo Ribeiro (2016, p. 164), a ideia central é a de que o consumidor não deveria confiar em excesso no transporte da bagagem, exercendo ele mesmo um nível de prevenção ou cuidado. A existência de um valor pré-estipulado traria também previsibilidade à questão, permitindo que as partes conhecessem exatamente o montante garantido – o que pode inclusive reduzir os custos para a solução de disputas. Isto porque a existência de uma regra clara – com um montante já líquido de indenização – poderia facilitar as resoluções extrajudiciais dos casos³¹. Além disto, a adoção de medidas de precaução eficientes pelas duas partes reduz

²⁸ O transportador é responsável pelo dano causado em caso de destruição, perda ou avaria da bagagem registrada, no caso em que a destruição, perda ou avaria haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante qualquer período em que a bagagem registrada se encontre sob a custódia do transportador. Não obstante, o transportador não será responsável na medida em que o dano se deva à natureza, a um defeito ou a um vício próprio da bagagem. No caso da bagagem não registrada, incluindo os objetos pessoais, o transportador é responsável, se o dano se deve a sua culpa ou a de seus prepostos. (BRASIL. DECRETO Nº 5.910, DE 27 DE SETEMBRO DE 2006 - Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm. Acesso em 06 de dezembro de 2019).

²⁹ No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino. (BRASIL. DECRETO Nº 5.910, DE 27 DE SETEMBRO DE 2006 - Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm. Acesso em 06 de dezembro de 2019).

³⁰ Os Direitos Especiais de Saque são ativos de reserva criados pelo Fundo Monetário Internacional. De acordo com a Enciclopédia de Finanças, podem ser definidos como: “a moeda internacional de reserva criada na Conferência do Rio de Janeiro, dos países membros do Fundo Monetário Internacional - FMI, em 1967, para substituir o ouro como meio de liquidação de transações financeiras internacionais”. Conforme: ENFIN. Enciclopédia de Finanças. Disponível em: <https://enfin.com.br/termo/des-direito-especial-de-saque-8r2ma4he>. Acesso em 06 de dezembro de 2019.

³¹ De fato, um dos objetivos da limitação da responsabilidade prevista na Convenção de Montreal é o de evitar um comportamento litigante e facilitar a formação de acordos para pagamento de indenizações. Neste sentido, ver em: SALIBA, Aziz Tuffi; SOUZA, Alexandre Rodrigues de. Op. cit..., p. 429)

potencialmente a frequência e severidade dos acidentes, e, como consequência, o número total de disputas (COOTER, 1985, p. 164).

Desta forma, trazendo uma maior previsibilidade e uma melhor alocação dos custos de precaução, a regra da responsabilidade limitada prevista na Convenção de Montreal mostra-se um modelo mais eficiente do que o da restituição integral prevista no CDC.

No entanto, como bem ressaltou Gustavo Ribeiro (2016, p. 164), a conclusão de que a limitação da responsabilidade produz um resultado mais eficiente do que a ideia da restituição integral não permite inferir, automaticamente, que o *quantum* indenizatório estipulado como limite na Convenção levará, de fato, a uma alocação ótima dos custos de precaução. Tal conclusão demandaria uma análise empírica que considerasse, em um cálculo econômico, o valor médio das bagagens despachadas, os custos de precaução das companhias aéreas e os custos das medidas de precaução que podem ser adotadas pelos consumidores, além dos demais custos de transação – comparando-os com o montante estabelecidos pela Convenção.

A eficiência, contudo, não pode ser o único critério para a escolha do modelo jurídico a ser adotado. É por isto que as considerações de justiça também precisam complementar a análise.

5. Para Além do Debate Sobre Eficiência: Uma Preocupação com a Justiça

Para Guido Calabresi, a análise da justiça de determinados arranjos deve complementar a análise econômica, servindo como um meio de veto para estruturas que gerem injustiças, já que “é muito mais fácil descrever instâncias de injustiça do que exemplos de justiça” e “nós estamos muito mais certos de que um processo em particular é injusto do que justo em um sentido positivo”³². Isto significa dizer que – ainda que as regras da Convenção de Montreal tragam maior eficiência econômica – elas podem ser rechaçadas sob o argumento de serem injustas. Necessário, portanto, examinar a Convenção também por este viés.

Este exame, contudo, não pretende explorar um conceito de justiça em um sentido amplo, tal como fazem os filósofos morais. A análise parte, como sugeriu Guido Calabresi, de algumas suposições sobre um certo senso de justiça coletivo³³, visando mensurar a aceitabilidade das alternativas indenizatórias apresentadas.

A compensação integral parece estar ancorada em padrões morais arraigados na sociedade: até mesmo o Código de Hamurabi sugere a aplicação de tal padrão (CALABRESI, 1970). Contudo, seria errôneo pressupor que este arranjo institucional é o único capaz de resistir a uma análise de justiça. A própria existência de um mercado de seguros denota a inexistência de uma rejeição apriorística a alternativas ao modelo em que o causador do dano pague proporcionalmente pelo prejuízo causado em uma lógica de “olho por olho, dente por dente”.

Quanto a aceitabilidade do modelo previsto na Convenção de Montreal, há de se recordar que se trata de tratado internacional multilateral, assinado por 119 países e mais a União Europeia

³² “It is much easier to describe instances of injustice than examples of justice. We are much surer that particular processes or results are unfair than that particular arrangements are just in some positive sense” (CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis.** New Haven; London: Yale University Press, 1970. p. 25, tradução livre).

³³ Neste sentido, Calabresi afirma ser necessário distinguir o senso de justiça crítico, que compreende o que os filósofos morais entendem como justiça, e o senso de justiça entendido como um fato, um dado da comunidade que compreende o que seria visto como aceitável pelo público em geral. (CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis.** New Haven; London: Yale University Press, 1970)

(com 27 membros). O modelo está internacionalmente em vigor desde 1929, quando a Convenção de Varsóvia abordou a questão pela primeira vez. Não se trata, portanto, de um sistema novo ou peculiar a ser implementado no Brasil.

Embora uma afirmação contundente sobre a opinião das pessoas acerca do modelo indenizatório de Montreal requeira um estudo empírico, é possível que uma eventual resistência ao modelo indenizatório limitado seja atribuída muito mais a assimetria informacional dos consumidores brasileiros (que não são informados sobre o quantum indenizatório da Convenção e nem mesmo sobre a obrigatoriedade de informar o conteúdo da bagagem ao despachá-la se quiserem pleitear uma compensação suplementar). Tal assimetria informacional pode ser fruto, inclusive, da inconsistência de nossos tribunais ao debater a temática, já que durante muito tempo as Cortes superiores divergiram e alteraram entendimentos quanto à questão.

Assim, os consumidores brasileiros, cientes de que estarão protegidos pela legislação consumerista nacional e pelo padrão indenizatório integral, acabam surpreendidos por um padrão indenizatório diverso e que não conheciam. A imprevisibilidade mina a confiança no sistema jurídico e, por isto, gera o sentimento de injustiça.

Contudo, uma vez que a jurisprudência se consolidou em torno do RE 636.331-RJ, a lacuna informacional pode ser facilmente corrigida com uma maior educação do seletivo grupo de consumidores do transporte aéreo internacional sobre os seus direitos³⁴. Neste ponto em particular, esforços das próprias Companhias Aéreas, bem como do poder público, para promover uma maior conscientização possivelmente seriam justificados também em termos de custos: um gasto para transferir informações sobre a aplicabilidade da Convenção aos viajantes hoje – estimulando-os a também adotarem medidas de precaução - poderia prevenir gastos da empresa e do Estado com demandas judiciais futuras. Soluções de disputas mais céleres e simples, como o modelo alternativo de solução de disputas online existente na União Europeia³⁵ também se tornam alternativas possíveis a serem pensadas uma vez que as partes podem encontrar na certeza da lei os incentivos para cooperar³⁶.

Por fim, pode-se dizer que a Convenção de Montreal também traz, em tese, uma resposta mais satisfatória em termos distributivos. Isto porque aqueles com interesse em despachar bagagens valiosas (com valor total superior ao montante indenizatório) seriam responsáveis por arcar com o ônus de segurar a carga. No modelo do CDC, com o repasse dos custos de restituição integral às passagens, um passageiro com preferências pessoais mais luxuosas onera todos os demais – inclusive e especialmente os que titulam menores recursos.

Dentro deste contexto particular, é pertinente recorrer à análise de Richard Craswell (1991, p. 35) em seu artigo *Passing on the Costs of Legal Rules*. O autor descreve o efeito de uma norma que oferece uma garantia aos consumidores em dois cenários possíveis: o primeiro, aquele em que todos os consumidores valorizam a garantia legal de uma mesma forma; o segundo, em que os consumidores têm preferências heterogêneas e avaliam de maneiras diferentes a garantia legal. Esta hipótese é a que está presente na análise deste artigo, já que os consumidores valorizarão tanto mais

³⁴ A educação do consumidor é, inclusive, direito básico assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, II.

³⁵ European Union. Online Dispute Resolution. Disponível em: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=EN>. Acesso em: 11 de setembro de 2020.

³⁶ Neste sentido, sustenta Paula Forgioni que o Direito deve ser pensado com o propósito de possibilitar o cálculo dos resultados e a previsão dos comportamentos e com o objetivo de viabilizar o funcionamento do sistema como um todo. (FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. Revista de Direito Mercantil. n° 130. p. 7-38. abri-jun 2003.)

A Proteção da Coletividade dos Consumidores a Partir do Modelo da Precaução de Robert Cooter no Extravio de Bagagens no Transporte Aéreo Internacional

a norma do CDC de restituição integral quanto maiores forem os valores de suas bagagens despachadas.

Enquanto o consumidor que despacha bens valiosos é beneficiado, o chamado consumidor marginal (aquele que está na margem entre comprar ou não comprar o produto em razão do seu preço) poderá ver-se diante de um preço de passagem que lhe é proibitivo. Sendo assim, a crença de que o Código de Defesa do Consumidor é mais benéfico ao consumidor do que a Convenção de Montreal ignora a existência de consumidores com diferentes níveis de poder aquisitivo – e parece equiparar todos à classe consumidora mais abastada.

Como bem sustentou Craswell (1991, p. 97-98), são os mais ricos os que tem mais a perder com acidentes na prestação de serviços que resultam em danos a sua propriedade; são eles, também, quem tem uma maior predisposição a gastar mais para protegerem-se do risco (seja porque o risco é maior, seja porque simplesmente tem mais dinheiro para gastar). Assim, os efeitos distributivos entre os consumidores da norma que prevê o padrão indenizatório integral favorecem os mais riscos às custas dos mais pobres.

Neste ponto em particular, a defesa do consumidor é um direito humano coletivo, difuso – e não individual. Isto significa que a proteção dos consumidores aspira, em última análise, a proteção de toda a categoria de consumidores (a qual, por sua vez, abarca toda a sociedade) (MENEZES, 2003). Por esta razão, a defesa dos consumidores não se confunde com uma reparação integral que beneficia um consumidor em particular em detrimento do restante. Em especial, pode-se pressupor que a ideia da restituição integral só resultará, de fato, em patamares indenizatórios superiores ao estipulado na Convenção para os consumidores que transportavam bens mais valiosos. Uma vez que as companhias aéreas repassam estes custos aos consumidores por meio de um aumento nos preços das passagens, a proteção destes onera os consumidores mais humildes, o que viola a ideia da justiça como equidade.

6. Considerações Finais

O artigo tem a pretensão de retomada do debate acerca da antinomia existente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Montreal para a Unificação de certas Regras sobre o Transporte Aéreo Internacional. Deixando de lado diversos argumentos que transcendem o objeto da pesquisa (como, por exemplo, a obrigatoriedade do cumprimento dos tratados internacionais pelo Brasil, por força do *pacta sunt servanda*), a pesquisa buscou na análise econômica do Direito e, em especial, no modelo da precaução de Cooter, identificar se, de fato, o CDC garantiria melhor os direitos dos consumidores ao fixar a reparação integral dos danos materiais em casos de extravio de bagagens - como apregoa parcela considerável da doutrina nacional.

Ressalva-se que o artigo não examinou a problemática dos danos morais por ventura sofridos pelo extravio de bagagens, restringindo-se a comparar os padrões de reparação dos danos materiais – que, no caso do CDC, é o da reparação integral, ao passo que na Convenção de Montreal há uma limitação do *quantum* indenizatório.

O artigo concluiu que o modelo indenizatório da Convenção de Montreal - qual seja, o de limitação da responsabilidade a um montante pré-estipulado - parece trazer uma alternativa mais eficiente para modulação dos incentivos de prevenção. Isto porque, ao fazê-lo, a Convenção incentiva as duas partes a um comportamento precavido. No caso dos consumidores, ela demandaria que limitassem a bagagem transportada ao valor da indenização prevista ou que contratassem um seguro mediante pagamento suplementar. Tal medida tende a reduzir o custo

social total, pois, no mais das vezes, reduziria o valor total dos danos que possam vir a ter de ser indenizados pela companhia aérea. Além disto, dado o alinhamento das expectativas, permitiria às partes chegar com mais facilidade a acordos extrajudiciais, sem precisar recorrer ao judiciário.

Em termos distributivos, o modelo de Montreal também traz vantagens importantes, já que o consumidor insatisfeito com o montante indenizatório da Convenção (em suma, aquele com maior poder aquisitivo e pré-disposto a transportar produtos mais luxuosos) se veria compelido a arcar com os custos de suas preferências, sem transferi-lo aos demais. Isto porque os negócios jurídicos repetitivos - como o contrato de transporte aéreo internacional - são inseridos num ambiente econômico em que os impactos de uma relação jurídica isolada podem produzir ecos na coletividade das outras relações que se processam no mesmo mercado.

Assim, a menos que o fornecedor esteja habilitado e se disponha a não transpor para o preço de seu produto o valor associado à potencialidade do dever de indenização ao consumidor lesado, a oneração recairá sobre o grupo de consumidores. Grupo formado por agentes que se subdividem em várias categorias: consumidores que não despacham bagagens, consumidores que não transportam bens de valores mais altos, consumidores que não podem arcar com qualquer aumento no custo das passagens, assim como os consumidores que transportam bens de valor superior ao previsto pela Convenção – únicos com efetivo potencial de benefício diante do dever de indenização integral de prejuízos e que seriam beneficiados mesmo que tal padrão de reparação refletisse em um aumento dos custos das passagens.

No entanto, o artigo conclui apenas e tão somente que o modelo da indenização pré-fixada é preferível ao da restituição integral previsto no CDC. Só uma análise empírica, com um modelo de cálculo econômico - que considere os valores médios das bagagens despachadas, bem como os custos do setor e os custos das medidas de precaução adotadas pelo consumidor - poderia atestar se o valor da limitação estabelecida pela Convenção de Montreal resulta em uma alocação ótima dos custos envolvidos. Trata-se de uma sugestão para estudos futuros.

7. Referências

ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil). **Empresas Estrangeiras**. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/empresas-estrangeiras>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2020

AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.

BRASIL, **Código Civil - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 06 de dezembro de 2019.

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 06 de dezembro de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 07 de dezembro de 2019.

A Proteção da Coletividade dos Consumidores a Partir do Modelo da Precaução de Robert Cooter no Extravio de Bagagens no Transporte Aéreo Internacional

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 07 de dezembro de 2019.

BRASIL. **DECRETO Nº 5.910, DE 27 DE SETEMBRO DE 2006 - Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em 06 de dezembro de 2019.

BRASIL. **PLS 281/2012**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4182365&disposition=inline>>. Acesso em 04 de dezembro de 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 636.331 – Rio de Janeiro. Limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4040813&numeroProcesso=636331&classeProcesso=RE&numeroTema=210>>. Acesso em 07 de dezembro de 2019.

CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven; London: Yale University Press, 1970.

CRASWELL, Richard. Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships, 43 **Stanford Law Review** 361-398 (1991)

COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 1, article 9, 2008.

COOTER, Robert. Unity in Tort, Contract and Property: The Model of Precaution. **California Law Review**. Vol. 73, n. 1, Jan 1985, pp. 1-51. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3480463>>. Acesso em 20 de setembro de 2019>.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 10ª ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ENFIN. **Enciclopédia de Finanças**. Disponível em: <<https://enfin.com.br/termo/des-direito-especial-de-saque-8r2ma4he>>. Acesso em 06 de dezembro de 2019.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas imperativas de Direito Internacional Privado – Lois de Police**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**. nº 130. p. 7-38. abri-jun 2003

JESUS JUNIOR, Leonardo Bispo de. **Análise da concorrência no setor de aviação civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado em Ciências Econômicas. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Ciências Econômicas. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8924>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2020.

MACAAY, E. ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. 2ed. São Paulo: Atlas, 2015.

- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8ª ed. rev. atual., ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MENEZES, Joyceane Bezerra. A evolução dos direitos fundamentais: o direito do consumidor como um interesse difuso e a possibilidade de resgate da cooperação social. **Revista de Humanidades**. V. 18, n. 1. (2003). Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rh/article/view/642>>. Acesso em: 06 de dezembro de 2019.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso De Direito internacional Privado**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- RIBEIRO, Gustavo Ferreira. Choice of Law in International Contracts And Efficiency: Insights from the Brazilian System And Correspondent Case Law (2004-2015). **Economic Analysis of Law Review**. V. 8, nº 1, p. 35-52, Jan-Jun, 2017. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/7106>>. Acesso em 11 de setembro de 2020.
- RIBEIRO, Gustavo. Limites À Responsabilidade Por Extravio De Bagagem Em Voos Internacionais: A Análise Econômica Do Direito Além Do Debate CDC Versus Varsóvia Como Norma Aplicável. **Revista da AMDE – ANO: 2016 – VOL. 16**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/321361527_Limites_A_Responsabilidade_Por_Extravio_De_Bagagem_Em_Voos_Internacionais_A_Analise_Economica_Do_Direito_Alem_Do_Debate_CDC_Versus_Varsovia_Como_Norma_Aplicavel_only_in_portuguese>. Acesso em 11 de setembro de 2020
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ROCHA JR, Weimar Freira da; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Mecanismos Jurídicos e Econômicos para a transferência de tecnologia: um estudo de caso. **Revista Direito GV**. V. 13 N. 1. Jan-Abri – 2017.
- SALIBA, Aziz Tuffi; SOUZA, Alexandre Rodrigues de. A aplicabilidade da convenção de Montreal no direito brasileiro. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 2, 2017 p. 429-448.
- SITA. 2019 **SITA Baggage IT Insights**. Disponível em: <<https://www.sita.aero/resources/type/surveys-reports/baggage-it-insights-2019>>. Acesso em 06 de dezembro de 2019.