



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**PRINCIPAIS HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO
CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO QUANTO AOS
PASSAGEIROS E SUAS BAGAGENS**

por

BRUNA IZYDORCZYK

ORIENTADOR(A): MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO

2007.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

PRINCIPAIS HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO QUANTO AOS PASSAGEIROS E SUAS BAGAGENS

por

BRUNA IZYDORCZYK

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Marcelo Junqueira Calixto

2007.1

Dedicatória

“Acima de tudo, não perca seu desejo de prosseguir.”
(Sören Kierkegaard)

Em todos os momentos em que senti o peso das dificuldades, olhei para os meus antepassados e ganhei força, por conta de seus exemplos de vida. Por isso, essa monografia de conclusão de curso é dedicada para:

Ionia Clapauch (*in memoriam*), meu bisavô materno, que quando adolescente teve sua casa destruída por um dos muitos *pogroms* que assombraram a Rússia antes da 1ª guerra mundial. Ionia foi o único sobrevivente de sua família, e em busca de um país em que pudesse exercer seus direitos da personalidade, imigrou para o Brasil. Deparou-se com as mais diversas dificuldades e venceu todas com ânimo surpreendente;

Para Brana Tendler (*in memoriam*), minha bisavó materna, em quem meu nome foi inspirado. Segundo grande parte da minha família, temos muitas semelhanças de temperamento;

Para meus bisavós maternos Berko Najman e Sara Najman (*in memoriam*), que imigraram para o Brasil após um período turbulento na história mundial;

Para meu avô paterno Chil ber Goldfarb, ou Marian Izydorczyk, o urso da montanha folheada a ouro, que venceu a guerra, a fome, o gueto, e todas as dificuldades inerentes a um país estranho, e para minha sorte, se tornou um avô muito amoroso, que uma vez desejou que eu me tornasse uma líder para a sociedade. Espero que, um dia, eu consiga realizar o seu desejo.

Para minha avó materna Maria Kichmann.

Agradecimentos

“As virtudes morais não são produzidas em nós nem pela natureza nem contra a natureza. A natureza, com certeza, prepara em nós o terreno para a recepção destas virtudes, mas a sua completa formação é produto do hábito.”
(Aristóteles)

Agradeço a meus pais Edward Izydorczyk e Ruth Clapauch e meus avós Regina Léa Clapauch e Luiz Clapauch, por todos os esforços para a constituição de meu caráter e a educação que sempre me proporcionaram. Agradeço imensamente o exemplo de vida que me transmitiram e transmitem e sei que serão sempre o meu porto seguro;

A Claudio Lampert e Pedro Maciel, que foram as primeiras pessoas que acreditaram em mim profissionalmente, enquanto eu era apenas uma estudante de Direito de 4º período, que nada sabia. Eles enxergaram o meu potencial, que pude posteriormente desenvolver em uma grande oportunidade de estágio. Sou extremamente grata a ambos, já que essa experiência foi fundamental para o meu crescimento pessoal e profissional;

A Felipe Bastos, Kárim Ozon, Rosângela Delgado, Mariana Freitas de Souza e Mariana Villela, por terem assumido o compromisso de me formar profissionalmente. Agradeço o aprendizado inestimável, o tempo despendido em explicações e revisões de meu trabalho e, sobretudo, o carinho com que me ensinaram tudo o que sei. Para mim, vocês são meus grandes mestres;

A Luiz Guilherme Migliora, que reúne todas as qualidades de um excelente advogado e ser humano. No meu treinamento, Luiz Guilherme foi meu grande espelho positivo. Seu bom exemplo me inspira a querer me tornar o seu reflexo.

A Paula Haas, Alessandra Shcolnik e Fernanda Szoor, agradeço pela amizade de mais de uma década, que resistiu às adversidades do tempo, passou por momentos difíceis e celebrou as comemorações de nossas conquistas. Nossa amizade nos tornou parceiras nessa grande jornada que é a vida;

A Pedro Boueri, agradeço por ser a parte mais feliz dos meus dias; e

A Marcelo Junqueira Calixto, meu querido orientador, professor e amigo, agradeço por me influenciar a amar todas as nuances dessa Ciência que é o Direito, desde uma das minhas primeiras matérias cursadas na faculdade, Direito Romano, até a minha monografia de conclusão de curso. Agradeço profundamente pela motivação e entusiasmo com que recebeu minhas idéias.

Resumo

Para analisar profundamente as principais hipóteses de responsabilização civil do transportador aéreo quanto aos passageiros e suas bagagens, esse estudo (i) diferenciou a responsabilidade civil subjetiva da objetiva; (ii) analisou de forma profunda os diplomas legais que regulamentam a responsabilidade civil do transportador aéreo, bem como o diálogo entre os mesmos, nas mais diversas situações; (iii) delineou os principais casos de responsabilização civil do transportador aéreo quanto aos passageiros e suas bagagens, a saber: *overbooking*, atraso de voo, perda, extravio, danificação e avaria de bagagem; e (iv) definiu o que são excludentes de responsabilidade civil, e quais são as causas mais comuns que excluem a responsabilidade civil do transportador aéreo.

Palavras-chave

Responsabilidade civil. Responsabilidade objetiva. Responsabilidade subjetiva. Transporte aéreo. Convenção de Varsóvia. Código Brasileiro de Aeronáutica. Código de Defesa do Consumidor. Conflito de normas. Passageiro. Bagagem. *Overbooking*. Atraso. Escala. Dano moral. Dano material. Excludentes de responsabilidade.

Sumário

1.	Introdução	11
2.	Noções essenciais: responsabilidade civil subjetiva e objetiva	14
a.	Elementos comuns	14
a.1.	Ato ilícito	14
a. 2.	Dano	16
a. 3.	Nexo de Causalidade	22
b.	A culpa: o requisito diferenciador entre a responsabilidade subjetiva e objetiva	24
3.	Um diálogo de fontes: o sistema legal que regula a responsabilidade civil do transportador aéreo	27
a.	Transporte aéreo internacional	28
a.1	A Convenção de Varsóvia: uma organização da responsabilidade do transportador aéreo a nível mundial	28
b.	Transporte aéreo nacional/ doméstico	31
b.1.	O Código Brasileiro de Aeronáutica e a política de fixação de limites para as indenizações em âmbito nacional	32
b. 2.	O Código de Defesa do Consumidor: uma mudança radical de conceitos	38

c.	O Código Civil de 2002 e a controvérsia sobre os transportes	43
d.	Conflito de normas: a real responsabilidade civil da companhia aérea no transporte de pessoas e bagagens	45
d.1.	O diálogo entre a Convenção de Varsóvia e o Código de Defesa do Consumidor	46
d. 2.	O diálogo entre o Código Brasileiro de Aeronáutica e o Código de Defesa do Consumidor	50
4.	Principais hipóteses de responsabilização civil do transportador aéreo quanto aos passageiros e suas bagagens	56
4.1.	A responsabilidade do transportador aéreo quanto aos seus passageiros	59
a.	Atraso	59
a.1.	Atraso na partida	60
a.2.	Atraso na escala	64
b.	“Overbooking”	66
4.2.	A responsabilidade do transportador aéreo quanto às bagagens de seus passageiros	72
5.	Excludentes de responsabilidade	80
a .	Fato exclusivo da vítima	80
b.	Fato exclusivo de terceiro	83

c.	Caso Fortuito e Força Maior	85
6.	Conclusão	91
	Bibliografia	95

Abreviações e Elementos Recorrentes Utilizados

ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil.

CBA – Código Brasileiro de Aeronáutica.

CC – Código Civil de 2002.

CC16 – Código Civil de 1916.

CDC – Código de Defesa do Consumidor.

CF – Constituição Federal de 1988.

CP – Código Penal.

CV – Convenção de Varsóvia.

DAC – Departamento de Aviação Civil.

DOT - U. S. Department of Transportation. Possui atribuições equivalentes ao Ministério dos Transportes do Brasil.

FAA - Federal Aviation Administration, agência vinculada ao DOT. A FAA equivale ao nosso Departamento de Aviação Civil (ou, futuramente, à ANAC) .

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

TAC/SP – Tribunal de Alçada de São Paulo.

TJ/MG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. Introdução

Desde os primórdios o homem buscava maneiras de vencer a gravidade e voar. É de conhecimento comum a história da mitologia grega de Ícaro, filho de Dédalo¹. Dédalo criou o labirinto que aprisionou o monstro Minotauro, a pedido do rei Minos, de Creta. Porém, ao ajudar a filha de Minos a fugir, Dédalo provocou a ira do rei, que como vingança, ordenou que Dédalo e Ícaro fossem jogados no labirinto do minotauro. Como Minos controlava mar e terra, Dédalo sabia que a única forma de sair do labirinto seria pelo ar.

Dédalo colocou seu plano em prática, construindo asas com penas de aves amarradas e fixadas com cera. Equipou seu filho e o ensinou a voar, advertindo-o de que não deveria voar próximo ao Sol, pois o calor poderia derreter a cera que colava as penas. Assim, ambos alçaram vôo e saíram do labirinto. Ícaro esqueceu o conselho do pai e deslumbrado com a beleza do Sol, voou em sua direção. A cera de suas asas derreteu e Ícaro caiu no mar. Lamentando suas habilidades, Dédalo enterrou Ícaro numa ilha. Chegou à Sicília em segurança, e deixou suas asas como oferenda em um templo em que construiu para Apolo.

No decorrer da história, muitos foram os inventos que fracassaram, até 23 de outubro de 1906, dia em que o brasileiro Alberto Santos Dumont voou cerca de 60 (sessenta) metros em um avião², a uma altura de dois a três metros com seu 14-Bis, no Campo de Bagatelle, em Paris. Posteriormente repetiu o feito diante de uma multidão de testemunhas. O vôo do 14-Bis é considerado um marco na história da humanidade, pois foi a primeira demonstração pública de um veículo levantando vôo por seus próprios meios, sem precisar ser catapultado. Por conta dessa e de outras

¹ Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dcaro>> . Acesso em 02 jun. 2007.

proezas, Alberto Santos Dumont ficou conhecido mundialmente como o Pai da Aviação.

Após um pequeno intervalo de 28 (vinte e oito) anos na História, um americano chamado Howard Hugues, conhecido por ser herdeiro de uma polpuda herança e apaixonado pelas indústrias de cinema e aviação despontou no cenário mundial. Em 1934, Hughes voou em um Boeing a 296 km/h, ganhando o seu primeiro título de velocidade e recebendo outros posteriormente. Em 1935, Hughes fundou a Hughes Aircraft Company, tendo em 1937 viajado de Los Angeles até Nova Jersey em 7 horas e 28 minutos, um verdadeiro feito para a época.

Ainda em 1937, Hughes é eleito o melhor aviador do mundo ao conquistar o Harmon International Trophy e recebe honras do Presidente Roosevelt. No ano seguinte, Hughes chocou o planeta ao dar à volta ao mundo em 3 dias, 19 horas e 17 minutos. Howard Hughes estava no auge de sua popularidade e ficou conhecido mundialmente como “o Aviador”. Durante a 2ª Guerra Mundial o império de Hughes entrou em decadência, por conta da demora na construção de um gigantesco avião de tropa e de carga conhecido por "Spruce Goose", que só foi completado depois da guerra acabar.

Finda a 2ª Guerra Mundial, a indústria da aviação foi direcionada para a aviação civil, fazendo com que o transporte aéreo civil evoluísse, se tornando mais rápido e seguro. Esses avanços realizaram os desejos da sociedade de consumo vigente em nossos tempos. É claro que existiam problemas, mas esses eram poucos e facilmente contornáveis. Assim, tudo corria relativamente bem até o dia 11 de setembro de 2001, quando terroristas driblaram o sistema de segurança de companhias aéreas e

² Alguns países considerarem os Irmãos Wright como os inventores do avião, por uma decolagem feita em 1903.

derrubaram aviões no World Trade Center e no Pentágono, símbolos da cultura americana. Esses atentados mudaram para sempre a rotina de segurança das companhias aéreas, fazendo com que passageiros estivessem mais expostos a atrasos, revistas e danos a bagagem, em prol da segurança.

Tendo em vista a evolução histórica da aviação civil, o presente estudo visa analisar as principais hipóteses de responsabilização civil da companhia aérea quanto aos passageiros e suas bagagens, observando assim (i) as modalidades de responsabilidade civil existentes; (ii) o diálogo dos diplomas legais que regulam o transporte aéreo; e (iii) as recorrentes causas de exclusão de responsabilidade civil do transportador aéreo.

2. Noções essenciais: responsabilidade civil subjetiva e objetiva

Antes de tudo, é preciso explicitar que não é o propósito desta monografia de conclusão de curso traçar um histórico da responsabilidade civil em suas modalidades, nem investigar com profundidade os conceitos principais que envolvem esse instituto. No entanto, é preciso trazer aqui algumas noções sobre o tema para facilitar a compreensão a respeito das hipóteses corriqueiras de responsabilidade civil da companhia aérea no transporte de pessoas e bagagens, à luz da crise no setor de aviação civil.

Preliminarmente, dar-se-á exame aos elementos comuns da responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Mais adiante será feita uma diferenciação mais específica sobre as duas modalidades existentes de responsabilização civil em nosso ordenamento jurídico, para que o leitor possa entender o porquê da aplicação da responsabilidade objetiva às companhias aéreas, em suas relações contratuais no transporte de pessoas e bagagens.

a. Elementos comuns

a.1. Ato ilícito

Humberto Theodoro Júnior³ ensina que “quando, no universo dos fatos jurídicos, se cogita do *ato ilícito*, duas idéias se apresentam conjugadas: o comportamento humano e a contraposição ao ordenamento jurídico. Por comportamento humano tem-se todo fenômeno gerado no meio social pela vontade. Estando a convivência social organizada pelo

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 17.

direito, *lícito* é todo comportamento humano que se harmoniza com suas normas, e *ilícito* todo aquele que se mostra ofensivo à alguma regra jurídica”.

Já André Uchôa Cavalcanti⁴, ao refletir sobre o mesmo tema, se aprofunda no exame das motivações do comportamento humano, e aduz que “o homem, como ser gregário que é, necessita compatibilizar seus anseios pessoais, tendentes ao exercício da sua mais absoluta liberdade, com os interesses da coletividade em que se agrega. Essa compatibilidade é feita mediante diversas regras de convivência, ditadas pela religião, pelo direito, por convenções profissionais, por regulamentos internos das empresas e assim por diante”.

Assim, o Estado, por meio do ordenamento jurídico vigente - que materializa os conceitos moralmente aceitos pela sociedade - possui como objetivo estabelecer uma convivência pacífica entre os indivíduos. Dessa forma, encontram-se positivados na legislação os atos lícitos e ilícitos. Explica-se.

Todas as condutas humanas que estão em conformidade com a legislação estatal são consideradas lícitas, configurando atos lícitos. Nessa perspectiva, de acordo com o princípio da reserva legal, o Estado não pode penalizar um indivíduo que tenha atuado conforme o ordenamento jurídico por ele criado. Porém, caso um indivíduo contrarie uma norma ditada pelo Estado ou realize conduta típica do CP, terá ele cometido um ato ilícito.

Silvio Rodrigues⁵ explica que “no caso do ilícito civil, ao contrário, o interesse diretamente lesado, em vez de ser o interesse público, é o privado.

⁴ CAVALCANTI, André Uchôa. *Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17.

⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 7.

O ato do agente pode não ter infringido norma de ordem pública; não obstante, como seu procedimento causou dano a alguma pessoa, o causador do dano deve repará-lo. A reação da sociedade é representada pela indenização a ser exigida pela vítima do agente causador do dano. Todavia, como a matéria é de interesse apenas do prejudicado, se este se resignar a sofrer prejuízo e se mantiver inerte, nenhuma consequência advirá para o agente causador do dano”.

Nesse ponto faz-se mister destacar que os atos ilícitos também podem ocorrer devido a violações contratuais. Assim, são fontes originárias das obrigações a lei, o contrato e a declaração unilateral de vontade⁶.

O ato ilícito está disciplinado no artigo 186 do CC que dispõe que “Aquele que, por ato ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O artigo 186 incorporou o artigo 159 do CC16, e faz do ato ilícito um dos pilares fundamentais para a responsabilização civil.

Isso porque, como será visto com mais detalhes, na responsabilidade objetiva a atividade que gerou o dano pode ser lícita, desde que cause perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.⁷.

a. 2. Dano

⁶ Ibid. p.25.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 53.

Como bem ensina Sílvio de Salvo Venosa⁸, “dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Contudo, pode-se afirmar que dano é sinônimo de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano”.

Cumprindo aqui fazer uma distinção básica entre os danos materiais e morais. Os danos materiais são aqueles suscetíveis de avaliação pecuniária, podendo ser reparados por reposição em dinheiro⁹. Além disso, os danos materiais se dividem em dois diferentes tipos: (i) dano emergente; e (ii) lucro cessante.

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois¹⁰.

Já o lucro cessante corresponde ao que o indivíduo que sofreu o ato ilícito deixou de lucrar, de acordo com a redação do artigo 402 do CC, que dispõe: “Salvo as exceções previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, **além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar**” (grifou-se).

Como visto, o dano ou interesse deve ser atual e certo, pois, sem dano, não há como haver a responsabilização civil. Porém, os novos

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 4ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 33.

⁹ Ibid. p. 36.

contornos da doutrina e jurisprudência vêm admitindo a responsabilidade civil por perda de uma chance, que se caracteriza pela incerteza de um dano. Atualmente, a corrente doutrinária dominante configura a perda de uma chance como uma terceira modalidade dos danos materiais, vez que a mesma não se enquadra nem nos danos emergentes, nem nos lucros cessantes.

A título de exemplificação dessa corrente doutrinária dominante, Caio Mario da Silva Pereira¹¹ ensina que “é claro, então, que, se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro da idéia da perda de oportunidade (*perte d'une chance*) e puder situar-se na certeza do dano” .

Passa-se agora ao estudo dos danos morais. Na lição de Aguiar Dias¹², “quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência da lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material”.

Com a entrada em vigor da CF 88, o artigo 5º, inciso X, ganhou nova redação para determinar que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, **assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação**” (grifou-se). Apesar da doutrina dominante já admitir a existência de danos morais antes da entrada em vigor desse dispositivo constitucional, a

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações, volume 11 (arts. 927 a 965)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 322.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 45.

jurisprudência ainda oferecia alguma resistência ao instituto. No entanto, depois de positivado constitucionalmente o direito aos danos morais, não havia mais o que se discutir: o instituto dos danos morais havia se incorporado definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Talvez a grande resistência de tempos passados à responsabilização civil por danos morais fosse devido ao fato de que eles são muito difíceis de serem analisados, quantificados, arbitrados. Quanto vale o dano moral pelo sofrimento resultante da morte de um ente querido? Quanto vale o dano moral pela inscrição indevida em cadastro de maus pagadores?

Sílvio de Salvo Venosa¹³ explica com maestria os contornos do instituto dos danos morais, e como é complicada a sua quantificação:

“Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal. O protesto indevido de um cheque, por exemplo, causará sensível dor moral a quem nunca sofreu essa experiência, mas será particularmente indiferente ao devedor contumaz. A dor psíquica, o vitupério da alma, o achincalhe social terão pesos e valores diversos, dependendo do tempo e do local onde foram produzidos. Wilson Melo da Silva (1969:249) lembra que o dano moral é a dor, “tomado o vocábulo em sua lata expressão. E a fisiologia e a Psicologia não estabelecem diferenciações para ela, salvo no tocante às suas causas. O dano moral abrange também e principalmente os direitos da personalidade em geral, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo etc. Por essas premissas, não há o que se identificar o dano moral exclusivamente com a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser definido em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente.”

¹² DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 992.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit., p. 39.

A condenação em dinheiro por conta dos danos morais funciona como mero lenitivo para a dor sofrida pelo indivíduo, uma vez que é preciso lembrar que o dano imaterial é, à primeira vista, insusceptível de avaliação pecuniária. É de suma importância que, ao arbitrar o valor do dano moral, o julgador atente que a indenização não pode ser fonte de enriquecimento sem causa para quem a pleiteia, nem acarrete a pobreza do causador do dano.

Outro ponto importante a ser destacado é a discussão sobre o cunho punitivo da indenização por danos morais. Apesar de existir corrente minoritária defendendo a aplicabilidade dos chamados “punitive damages” no direito brasileiro, a possibilidade de atribuição de qualquer outro objetivo à indenização, diferente da simples reparação do dano ao ofendido, contraria a letra da lei.

Ora, se é fato incontroverso que a indenização por danos morais traz um caráter compensatório, o mesmo não é de se dizer sobre seu alegado caráter punitivo. Encontrando fortes opositores, esta idéia é obstada por argumentos que refutam de forma integral qualquer possibilidade de se atribuir algum aspecto penal ao dever de indenizar, base da idéia dos danos punitivos.

Além de violar a lei, a aplicação de caráter expiatório à valoração da indenização por danos morais invade campo de atuação do Direito Penal, que é ramo de direito público. Interferindo em matéria de responsabilidade exclusiva do Estado, que se apresenta como único detentor do *jus puniendi*, a aplicação de pena às relações privatísticas não se mostra sensata. Diferencia Tornaghi¹⁴:

¹⁴ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1965. Volume 1, Tomo II. página 125 (grifos nossos) (documento 53)

“Não há entre o delito civil e o delito penal nenhuma diferença intrínseca. A única divergência entre um e outro está exatamente na pena. **No direito privado, restabelece-se o equilíbrio jurídico, violado pelo ato ilícito, com a reparação do dano; no Direito Penal, com a execução da pena**”.

Se de um lado o Estado assumiu a função de aplicar sanção aos culpados para reprimir os atos danosos através da responsabilidade penal, a responsabilidade civil, por outro lado, tende a buscar apenas o ressarcimento do dano. No âmbito do dano privado¹⁵ (Mazeaud et Mazeaud, apud Theodoro Júnior (2000, p.58) *“a vítima não é mais a sociedade inteira, mas um particular. E o particular não pode mais punir; somente a sociedade tem tal direito”*.

Neste mesmíssimo sentido, confirma Espínola Filho¹⁶:

“A idéia de pena privada, que ganhou foros de teoria prestigiada, na atualidade, graças, principalmente, a Hugueney, não satisfaz para fundamento da reparação do dano moral, bastando considerar que, nos casos em que o ato ilícito assume maior gravidade, pelo perigo social dela resultante, a ponto de considerar-se crime, o direito penal intervém, aplicando a pena (pública) ao delinqüente, e então, já estando reprimida criminalmente a ação lesiva, não haveria nenhum motivo para acrescentar a pena corporal ou multa quando seja o caso, a indenização daí só haveria a satisfação do dano nos casos em que a culpa assume aspecto mais leve”.

Outro bem fundamentado argumento que tenta impedir que seja considerado o caráter punitivo dos danos morais é baseado em princípio constitucional: o Princípio da Legalidade, que estatui *nulla poena sine lege*. Este princípio estabelece que nenhuma autoridade tem, pois, o poder de criar pena, senão o legislador, nem de ampliar as penas legalmente instituídas ou de aplicá-las a situações diversas daquelas expressamente previstas pela lei que as cominou.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. Belo Horizonte: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 58.

¹⁶ BRASIL, Avio. *O dano moral no direito brasileiro* – São Paulo : Editora Ávio Brasil, p. 27.

A resistência em imprimir-se caráter punitivo à compensação por danos morais é objeto de longos debates na doutrina alemã, fonte inescandível de vários dos nossos institutos. Também lá, anota Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷, se resiste a dar espaço à tese do caráter punitivo dos danos morais por lesão à ordem pública. Em estudo de caso que versa sobre tal tema, assim registra:

“ (...) De fato, o ordenamento alemão prevê, como consequência de uma ação ilícita, o ressarcimento dos danos, e não o enriquecimento do ofendido. No exame, entendeu a Suprema Corte necessário sublinhar que a função punitiva e a função pedagógica, configuráveis no instituto dos *punitive damages*, são objetivos passíveis somente através do Direito Penal.

Em especial, manifestou seu entendimento no sentido de considerar justo que a *fattispecie* proveniente dos ordenamentos anglo-saxões possa operar no âmbito do Direito Civil, mas não considerou admissível que, em um ordenamento como o germânico, em que o Estado tem o monopólio de aplicar as sanções, um cidadão possa assumir a função do Ministério Público, pretendendo que venham cominadas sanções decorrentes de um ilícito civil, e, pior, que delas se possa beneficiar.”

Tendo-se em vista todo o exposto, conclui-se que o posicionamento majoritário é o de afastar, de forma integral, qualquer possibilidade de se atribuir caráter punitivo à indenização por danos morais, que são meramente compensatórios no direito brasileiro. Contudo, é preciso notar que o STJ já se manifestou sobre o caráter punitivo dos danos morais, assim como alguns tribunais estaduais.

a. 3. Nexo de Causalidade

O nexu causal é um dos elementos indispensáveis para a responsabilização civil. Ele pode ser considerado o liame que une o ato ilícito praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima. Sua análise permite concluir o que deu causa ao dano. Nessa perspectiva, caso sua análise seja inconclusiva, não estará presente ao caso concreto um dos requisitos essenciais para que haja a responsabilização civil.

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional*

Gisela Sampaio da Cruz¹⁸ ensina que o nexo causal possui dupla função, pois, “**por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização**” (grifou-se).

O nexo de causalidade é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil, pois é na sua investigação que desponta sua maior complexidade. Quanto à sua determinação, é preciso antever o seguinte: (i) a dificuldade de sua prova; e (ii) a identificação do ato que constitui a causa verdadeira do dano pleiteado.

São justamente nessas questões, que são anteriores à determinação do nexo de causalidade em uma situação concreta, que entram as mais diversas teorias sobre a causalidade. As teorias visam explicar como se dá o nexo de causalidade: algumas dessas teorias são mais restritas, de forma a beneficiar os réus; e, outras, mais abrangentes, de modo a beneficiar autores. Dentre essas teorias, pode-se citar as seguintes: (i) equivalência dos antecedentes causais; (ii) causa próxima; (iii) causa eficiente; (iv) causalidade adequada; (v) escopo da norma jurídica violada; (vi) ação humana; e (vii) dano direto e imediato.

Ainda segundo Gisela Sampaio da Cruz¹⁹, após a entrada em vigor da CF 88, a teoria do dano direto e imediato é a que prevalece no STF. A redação do artigo 403 do CC seria um dos elementos responsáveis para esse entendimento, vez que estabelece que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, **as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os**

dos danos morais. Rio de Janeiro : Renovar, 2003. p. 255.

¹⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 22.

¹⁹ *Ibid.* p. 123.

lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” (grifou-se).

No entanto, as teorias que analisam a relação de causalidade entre o ato ilícito e o dano estão em constantes revisões e mutações, de modo que a aplicabilidade da teoria do dano direto e imediato não é, de forma alguma, absoluta.

Desde já é preciso notar que, por algumas particularidades, existem certos casos que excluem a responsabilização civil, impedindo a concretização do nexos causal. São eles: (i) fato da vítima; (ii) fato de terceiro; (iii) caso fortuito; (iv) força maior; e (v) a cláusula de não indenizar, no campo contratual. Para melhor utilidade, essas hipóteses serão estudadas, mais adiante.

b. A culpa: o requisito diferenciador entre a responsabilidade subjetiva e objetiva

A maior diferença entre a responsabilidade civil subjetiva e objetiva é a seguinte: enquanto a primeira tem como fundamentos essenciais o ato ilícito culposos²⁰, o dano e o nexos de causalidade, a responsabilidade objetiva tem como fundamentos o ato ilícito, o dano e o nexos de causalidade; ou seja, **a responsabilidade objetiva independe de culpa.** Explica-se.

A idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, em regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa,

²⁰ Vale ressaltar que para alguns autores, tais como Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, o ato ilícito é sempre culposos, pois consideram a culpa como elemento central do ilícito.

de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva²¹. É justamente por isso que os artigos 186 e 927 do CC exigem que o ato ilícito seja culposo. Nesse sentido, a culpa deve ser compreendida de forma ampla, abrangendo a culpa e o dolo.

Nessa exata linha de raciocínio, ao separar os trechos do artigo 186 do CC, pode-se notar que as palavras (i) “ação ou omissão voluntária” correspondem ao dolo, pois traduzem uma intenção em causar o dano; e (ii) “negligência ou imprudência” correspondem à culpa, já que representam uma ausência de cuidado não intencional.

Pode-se concluir dizendo que a responsabilidade civil subjetiva é o dever jurídico sucessivo do agente de se submeter à sanção de reparar o dano causado por seu ato ilícito culposo, desde que haja estabelecido nexo de causalidade²².

Ocorre que, com a evolução da sociedade, o desenvolvimento da indústria, tecnologia e maquinaria, novas situações surgiram. Situações que não poderiam mais ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. Influenciado pelos novos conceitos de responsabilidade civil advindos da França, Itália e Bélgica, que sustentavam uma responsabilidade sem culpa baseada na teoria do risco, o direito brasileiro concebeu uma nova modalidade de responsabilidade civil.

O sustentáculo dessa nova responsabilidade era a chamada teoria do risco. Essa teoria foi adotada pela lei brasileira em diversos casos e positivada no CC no artigo 927, parágrafo único, e no artigo 931, entre outros.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo: Medeiros, 2003. p. 27.

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo: Medeiros, 2003. p. 27.

Nesse sentido ensina Maria Helena Diniz²³:

“como em certos casos a teoria da culpa, que funda a responsabilidade civil na culpa, caracterizada como uma violação de um dever contratual ou extracontratual, não oferece solução satisfatória, devido, p. ex., aos progressos técnicos, que trouxeram um grande aumento de acidentes, a corrente objetivista desvinculou o dever de reparação do dano da idéia de culpa, baseando-se no risco com o intuito de permitir ao lesado, ante a dificuldade da prova da culpa, a obtenção de meios para reparar os danos experimentados. Assim, o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa, e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso de presunção. (...) A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus, ubi commoda, ibi incommoda*). Essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiros. P. ex: é o que ocorre com pessoas que empreendem atividades destinadas à produção de energia elétrica ou de explosivos; à exploração de minas; à instalação de fios elétricos; telefônicos e telegráficos; ao transporte aéreo, marítimo e terrestre; à construção e edificação de grande porte etc.”

Para analisar a modalidade de responsabilidade civil em que se enquadra a responsabilidade civil da companhia aérea no transporte de pessoas e bagagens, é fundamental se debruçar sobre os diplomas legais que regem a matéria, o que será feito no capítulo que se segue.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 50.

3. Um diálogo de fontes: o sistema legal que regula a responsabilidade civil do transportador aéreo

Em primeiro lugar, para analisar com acuidade a questão e proporcionar um estudo amplo sobre o sistema legal que normatiza o transporte aéreo, é necessário dividi-lo de acordo com o espectro de sua territorialidade, ou seja, em (i) internacional; e (ii) nacional.

A responsabilidade civil do transportador aéreo internacional é disciplinada pela Convenção de Varsóvia, de 12 de outubro de 1929, que foi incorporada ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931. A Convenção de Varsóvia foi ratificada por mais de cem países e sofreu algumas emendas. Contudo, com a evolução da doutrina e jurisprudência, a posição majoritária é de que o CDC é aplicável a essas hipóteses.

Já a responsabilidade civil do transportador aéreo nacional encontra seus dispositivos espalhados entre (i) a CF 88; (ii) o CBA; (iii) CDC ; e (iv) CC.

É esse o ensinamento de Antônio Herman V. Benjamim²⁴, que explica inicialmente que:

“Há várias formas de classificação do transporte aéreo. Para os objetivos limitados deste curto estudo, interessa dividi-lo em duas categorias básicas. Primeiro, o transporte aéreo internacional, aquele que liga dois ou mais países. Segundo, o transporte aéreo doméstico, aquele que é prestado no interior de um único país.

A distinção crucial é porque, conforme a modalidade em que se encaixe, o serviço estará regrado ora pela Convenção de Varsóvia (Convenção, a partir de agora), ora pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA, a partir de agora).”

²⁴ BENJAMIM, Antônio Herman V. O Transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro, n. 26, p. 33-44. abr. / jun. 1998.

Como será demonstrado, tanto o transportador aéreo nacional quanto o internacional estão subordinados à CF 88 e ao CDC.

a. Transporte aéreo internacional

Foram muitos os diplomas legais editados sobre o transporte aéreo internacional. Entretanto, a Convenção de Varsóvia, ou o Sistema de Varsóvia, visa disciplinar o transporte aéreo internacional, e em especial, a responsabilização civil do transportador aéreo por danos aos passageiros, bagagens e mercadorias.

a.1. A Convenção de Varsóvia: uma organização da responsabilidade do transportador aéreo a nível mundial

Após o término da 1ª Guerra Mundial, com a evolução da indústria bélica e conseqüentemente do transporte aéreo internacional, surgiu a necessidade de regulamentação do transporte aéreo internacional. Então, após o término da 1ª Guerra Mundial, foi editada a Convenção de Paris, que sanou essa necessidade inicial, estabelecendo diretrizes para a organização do transporte aéreo internacional.

Ocorre que, com a organização dos serviços aéreos internacionais, vieram gigantescos investimentos - na época, investimentos de alto risco, visto que o setor de aviação civil ainda não estava consolidado - elevados índices de sinistro, e transposição de fronteiras internacionais. Sobre isso, Newton Luiz Finato²⁵ leciona que :

“Quando Santos Dumont, em 1906, realizou o primeiro vôo num aparelho mais pesado que o ar, pouco se vislumbrava a possibilidade de que tal engenho se aperfeiçoasse com a eficiência e segurança hoje constatados. (...)”

²⁵ FINATO, Newton Luiz. Contrato de transporte aéreo e a proteção ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro, n. 42, p.173-186. abr. / jun. 2002.

No início do século, a aviação, por incipiente, oferecia muitos riscos. Lowenfeld informa que nos anos de 1925 a 1929 o índice de acidentes era de 45/100.000.000 de passageiros por milha. Em 1965 esse risco diminuiu tremendamente, situando-se em 0,55/100.000.000 passageiros por milha. O primeiro índice expressa a medida de insegurança.

Por volta de 1925, o avião já se integrava entre os demais meios de transporte. Mas os limites de carga não permitiam mais que poucos passageiros com seus pertences pessoais, como malas e baús pesados, pois eram feitos de madeira. Até os passageiros passavam pela balança antes do embarque, as informações sobre capacidade indicavam “3-4 passageiros, conforme o peso”.

Os acidentes e incidentes aéreos eram constantes. E quando ocorriam turbulências e falhas, os passageiros eram obrigados a se desfazer de suas bagagens durante o voo.” (grifou-se)

Assim, com esses novos elementos na ordem mundial, era de suma importância para garantir a segurança jurídica editar norma uniforme sobre a responsabilidade do transportador aéreo quanto a bens, pessoas e bagagens, aplicável em grande parte do território mundial.

Entre 04 (quatro) e 12 (doze) de outubro de 1929, 32 estados participaram de uma reunião em Varsóvia, Polônia, para editar uma convenção sobre a responsabilidade civil do transportador internacional. Daí, nasceram as linhas mestras da chamada Convenção de Varsóvia. Diz-se linhas mestras pois a Convenção de Varsóvia, ou Sistema de Varsóvia, como é chamada por alguns doutrinadores, foi alterada posteriormente por diversos protocolos e convenções.

André Uchôa Cavalcanti²⁶ explica que “no plano internacional, o Brasil foi signatário de diversos tratados e convenções sobre o tema (...) A convenção de Varsóvia (1929) cuida basicamente da responsabilidade civil relativa aos viajantes (incluídos nessa categoria os passageiros e os remetentes das mercadorias que remuneram o transportador pelos serviços prestados, além das pessoas transportadas gratuitamente e dos próprios tripulantes). Esta Convenção sofreu algumas modificações, introduzidas pelos tratados de Haia (1955), de Guatemala (1971) e de Montreal (1975)”.

Passa-se agora à análise dos dispositivos centrais dessa Convenção. O seu primeiro artigo define que transporte internacional é aquele cujos pontos de partida e destino, haja ou não interrupção de transporte ou baldeação, estejam situados no território de duas partes contratantes, ou até mesmo no de uma só, com escala prevista em território sujeito à soberania ou autoridade de outro estado, seja ou não contratante. Em outras palavras, isso significa que, para que a Convenção de Varsóvia seja aplicável, o ponto de chegada ou de partida do voo deve ser de um dos países signatários da Convenção de Varsóvia.

Também insta salientar que o artigo primeiro da Convenção de Varsóvia também estabeleceu como diretriz, além da aplicação da Convenção de Varsóvia a todo transporte internacional de pessoas, bagagens ou mercadorias, efetuados por aeronave, mediante remuneração, **também aos transportes por aeronave efetuados gratuitamente por empresa de transportes aéreos.**

Segundo Sérgio Cavalieri Filho ²⁷, “a responsabilidade do transportador aéreo prevista na Convenção de Varsóvia é subjetiva, com culpa presumida, conforme se extrai do seguinte dispositivo que determina que “O transportador não será responsável se provar que tomou, e tomaram os seus prepostos, todas as medidas necessárias para que se não produzisse o dano, ou que lhes não foi possível tomá-las” (art. 20, n.1).”

Assim, a Convenção de Varsóvia determinava primordialmente a imposição de regime de responsabilidade subjetiva (com presunção de culpa – art. 20, alínea 1), limitada e com proibição expressa de inserção de

²⁶ CAVALCANTI, André Uchoa. Op. cit., p. 10.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 340.

cláusulas convencionais, de modo a eximir ou reduzir os limites indenizatórios nela fixados.

No entanto, Marco Fábio Morsello pontua que o artigo 20 da Convenção de Varsóvia foi alterado pelo artigo 18, inciso I, do Protocolo Adicional nº 04 de Montreal, que está atualmente em vigor no Brasil. Nesse ponto, impôs-se ao transportador regime de responsabilidade objetiva em alguns casos particulares²⁸.

Talvez a maior peculiaridade da Convenção de Varsóvia seja o seu artigo 22, que estabelece **tetos limitados de indenização**. Porém, em conformidade com o artigo 25 da mesma Convenção, a limitação deixaria de existir passando a indenização a ser fixada com base no direito comum em casos de dolo ou culpa grave do transportador.

b. Transporte aéreo nacional/ doméstico

O Sistema de Varsóvia não foi criado para disciplinar o transporte aéreo doméstico de pessoas, bagagens e bens. Como vimos no item interior, o Sistema de Varsóvia surgiu da necessidade de regulamentar, em âmbito mundial, a responsabilidade de uma indústria que nascia. No entanto, alguns países estenderam as normas da Convenção de Varsóvia, de modo que a mesma possui aplicabilidade no ordenamento interno. Esse é o exato caso da França.

O Brasil preferiu editar normas próprias, assim como a maioria dos países signatários da Convenção de Varsóvia. Passou por diversos diplomas até se consolidar no Código Brasileiro de Aeronáutica, ainda vigente, e seguidor do sistema de responsabilidade limitada.

b.1. O Código Brasileiro de Aeronáutica e a política de fixação de limites para as indenizações em âmbito nacional

As normas internacionais a respeito do transporte aéreo foram incorporadas ao direito brasileiro de forma gradual, em contraponto com a legislação nacional, que estava a todo vapor. Antônio Herman V. Benjamim²⁹ explica com profundidade como se deu essa passagem:

“No Brasil, o tratamento jurídico da aviação civil, nos passos do transporte marítimo e ao contrário do que sucedeu com o transporte terrestre, veio de fora para dentro, sob a bandeira internacional da unificação e uniformização. No entanto, ordens constitucionais novas e legislações internas – tanto gerais, como especializadas (proteção do consumidor) – ajustam a configuração jurídica do transporte aéreo à realidade e necessidades de cada nação, em particular limitando, quando não expurgando, privilégios outorgados pela anciã normatização internacional e expandindo os direitos da parte vulnerável, na relação jurídica de consumo.

Alguns países, inibidos pela dimensão pequena de seu território, não puderam desenvolver uma regulamentação interna própria para o transporte aéreo. Não é o caso do Brasil, que tem seu Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), de 19.12.1986.” (grifou-se)

A título de curiosidade, historicamente a legislação brasileira do transporte aéreo ocorreu por meio do Decreto nº 16.983, de 22.07.1925, o Decreto nº 20.914, de 06.01.1932, o Decreto-lei nº 483, de 08.06.1938 (conhecido como “Código Brasileiro do Ar de 1938”), Decreto-lei nº 32, de 18.11.1966 (conhecido como “Código Brasileiro do Ar de 66”), Decreto-lei 234, de 28.02.67, Lei nº 5.710, de 07.10.1971, Lei 6.296, de 15.10.1975, Lei 6.350, de 07.07.1976, Lei 6.833, de 30.09.1980 e Lei nº 6.997, de 07.06.1982.

Em um determinado momento, buscou-se a organização dessa legislação em um único documento. Assim surgiu o atual Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 7.565 de 19.12.1986, que rege todo transporte em

²⁸ MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 56.

²⁹ BENJAMIM, Antônio Herman V. Op. cit. p. 37.

que os pontos de partida, intermediário e de destino estejam situados em território nacional.

José da Silva Pacheco³⁰ ensina que o termo aeronáutico utilizado para nomear o Código Brasileiro de Aeronáutica coaduna-se com qualificativo correlacionado com a navegação aérea, ao passo que o termo do ar corresponderia a mais do que se pretendia disciplinar, uma vez que o ar é suscetível de diversas formas de utilização. O doutrinador também delinea com maestria a matéria abrangida pelo Código Brasileiro de Aeronáutica:

“Assim, em resumo, o atual Código compreende os assuntos designados nos seus onze títulos e, dentro de cada um deles, as questões são classificadas em capítulos e, no âmbito destes, em seções, abrangendo todos a *matéria aeronáutica*:

- a) expressa ou tacitamente deixada pelas diversas convenções internacionais para o direito interno de cada país;
- b) objeto de normas ou procedimentos recomendados, pela OACI relacionadas a aeronave, pessoal aeronáutico, aerovias, infra-estrutura, serviços auxiliares e facilidades à navegação aérea;
- c) constante de regras das Convenções internacionais que, por sua relevância, deve, também, ser objeto da legislação na esfera interna;
- d) apenas discutida nos foros internacionais sem obter total adesão dos Estados, mas de importância no âmbito interno;
- e) já cogitada nos dois anteriores Códigos, nas leis e decretos-leis e, por falta de leis, em portarias apesar de criar e motivar direitos e obrigações;
- f) sugerida por órgãos e entidades da Administração Federal, Estadual e Municipal, associações de classe empresarial e de empregados, institutos, professores, juizes e estudiosos, cuja relação está publicada na Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto q que, de um modo ou de outro, carecesse de normas de repercussão nas relações dos diversos agentes entre si ou com a autoridade pública ou com terceiros;
- g) tida como relevante no direito comparado;
- h) de relevância, discutida nas três últimas Conferências de Transporte Aéreo da OACI, a partir de 1977, nas cinco Conferências de Aviação Civil, realizadas no Brasil e nos Seminários de Aviação Civil de 1972 e de 1979.”

³⁰ PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.16.

Em suma, o Código Brasileiro de Aeronáutica regula o transporte aéreo doméstico, que é aquele que compreende os pontos de chegada, partida e intermediários dentro do território nacional. Dessa forma, o transportador aéreo também é responsável pelos procedimentos de embarque e desembarque dos passageiros. Mas em que realmente consiste o embarque e desembarque?

De acordo com o § 1º do artigo 233 do CBA, operação de embarque é a que se realiza desde quando o passageiro, já despachado no aeroporto, transpõe o limite na área destinada ao público em geral e entra na respectiva aeronave, abrangendo o percurso a pé, por meios mecânicos ou com a utilização de viaturas.

Já a operação de desembarque, em conformidade com o § 2º do artigo 233 do CBA, inicia-se com a saída de bordo da aeronave e termina no ponto de interseção da área interna do aeroporto e da área aberta ao público em geral. Os dispositivos pertinentes à responsabilidade civil estão elencados nos artigos 246 a 279 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Sobre a responsabilidade civil disciplinada no Código Brasileiro de Aeronáutica, Marco Fábio Morsello³¹ ensina que:

“Inicialmente, não se adotou a presunção de culpa, prevista na Convenção de Varsóvia, na medida em que, mesmo diante da comprovação de adoção de diligências impositivas, ou de que não era possível adotá-las, subsistiria o dever de indenizar. Vislumbra-se, pois, adoção de responsabilidade objetiva, nas searas contratual e extracontratual. Sérgio Cavalieri Filho preleciona, ademais, que da análise do art. 256 do referido diploma legal emerge presunção de responsabilidade do transportador, nas hipóteses de dano evento morte ou lesão a passageiro, com fulcro em acidente ocorrido durante a execução do contrato, na medida em que, nos termos do § 1º, a, somente a culpa exclusiva da vítima e seu estado de saúde caracterizador do dano poderiam elidir o dever de indenizar”. (grifou-se).

³¹ MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 82.

No entanto, os princípios que regem a responsabilidade do transportador disciplinada no Código Brasileiro de Aeronáutica não divergem dos consagrados pela Convenção de Varsóvia. Isso porque há a fixação de limite de indenização nas hipóteses de dano a passageiros, cargas e bagagens. Para o caso de atraso por período acima de 4 (quatro) horas, por exemplo, há a possibilidade de endosso da passagem ou reembolso. É claro que, no período do atraso, cabe ao transportador arcar com as despesas de transporte, alimentação e transporte de passageiro, independentemente de responsabilização civil, como disciplinam os artigos 230 a 231 do Código Brasileiro de Aeronáutica³².

Além disso, em conformidade ao artigo 229 do Código Brasileiro de Aeronáutica³³, para os cancelamentos de vôo, restitui-se o valor pago pelo passageiro.

Recepcionando os dispositivos da Convenção de Varsóvia, o CBA também estabeleceu que é preciso observar que tais limites de indenização seriam modificados apenas em casos de dolo ou culpa grave do transportador e seus prepostos, como dispõe o artigo 272 do Código Brasileiro de Aeronáutica³⁴.

³² Art. 230. “Em caso de atraso da partida por mais de 4 (quatro) horas, o transportador providenciará o embarque do passageiro, em vôo que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, se houver, ou restituirá, de imediato, se o passageiro o preferir, o valor do bilhete de passagem”. Art. 231. “Quando o transporte sofrer interrupção ou atraso em aeroporto de escala por período superior a 4 (quatro) horas, qualquer que seja o motivo, o passageiro poderá optar pelo endosso do bilhete de passagem ou pela imediata devolução do preço”.

³³ Art. 229. O passageiro tem direito ao reembolso do valor já pago do bilhete se o transportador vier a cancelar a viagem.

³⁴ “Art. 272. Nenhum efeito terão os dispositivos deste Capítulo sobre o limite de responsabilidade quando: I - o dano resultar de dolo ou culpa grave do explorador ou de seus prepostos; II - seja o dano causado pela aeronave no solo e com seus motores parados; III - o dano seja causado a terceiros na superfície, por quem esteja operando ilegal ou ilegitimamente a aeronave.”

Outra semelhança entre o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia é a de que a responsabilidade civil do transportador aéreo se estende aos passageiros que viajem gratuitamente. Assim, além dos passageiros que viajem de forma gratuita, os empregados, diretores, e outros, podem pleitear indenização em caso de acidente, sem exclusão de eventual indenização por acidente de trabalho. Trata-se de grande vantagem para quem não paga o preço do bilhete aéreo.

Também outro grande avanço foi o fato de o Código Brasileiro de Aeronáutica, assim como a Convenção de Varsóvia, vedar a inserção de cláusula de não indenizar e limitar parâmetros abaixo dos fixados por lei. Essa medida protege o passageiro de possíveis abusos e demonstrações de má-fé de companhias aéreas. Esse entendimento encontra-se positivado no artigo 247 do Código de Brasileiro de Aeronáutica, disposto abaixo:

“Art. 247. É nula qualquer cláusula tendente a exonerar de responsabilidade o transportador ou a estabelecer limite de indenização inferior ao previsto nesse capítulo, mas a nulidade de cláusula não acarreta a do contrato, que continuará regido por este código (art. 10)”.

Apesar de não ser o objeto desse estudo, cumpre apontar que na seara extracontratual, a responsabilidade civil do transportador aéreo pelos danos causados a terceiros na superfície é objetiva, como preceitua o artigo 268 do Código Brasileiro de Aeronáutica:

“Art. 268. O explorador responde pelos danos a terceiros na superfície, causados, diretamente, por aeronave em voo, ou manobra, assim como por pessoas ou coisa dela caída ou projetada”.

Ainda fora do escopo desse estudo, em caráter adicional, é preciso dizer que o artigo 269 do Código Brasileiro de Aeronáutica perdeu sua eficácia com a entrada em vigor da CF 88. Vejamos, primordialmente, o inteiro teor do artigo mencionado:

“Art. 269. A responsabilidade do explorador estará limitada:

I - para aeronaves com o peso máximo de 1.000kg (mil quilogramas), a importância correspondente a 3.500 (três mil e quinhentas) OTN - Obrigações do Tesouro Nacional;

II - para aeronaves com peso superior a 1.000kg (mil quilogramas), a quantia correspondente a 3.500 (três mil e quinhentas) OTN - Obrigações do Tesouro Nacional, acrescida de 1/10 (um décimo) do valor de cada OTN – Obrigações do Tesouro Nacional por quilograma que exceder a 1.000 (mil).

Parágrafo único. Entende-se por peso da aeronave o autorizado para decolagem pelo certificado de aeronavegabilidade ou documento equivalente.”

Apesar do artigo 272 afastar a responsabilidade limitada em casos de dolo ou culpa grave do transportador e seus prepostos, o artigo 269 do Código Brasileiro de Aeronáutica (que é de 1986) estabelece a responsabilidade limitada por danos ocasionados a terceiros. Entretanto, em 1988, com a entrada em vigor da CF 88, o artigo 37, § 6º, estendeu às pessoas jurídicas de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, responsabilidade objetiva, idêntica à do Estado, pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causaram a terceiros.

Vejamos o inteiro teor desse artigo:

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

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

Como a CF 88 não fixou teto para limites de indenização e as empresas aéreas são concessionárias de serviços públicos, tem lugar a responsabilidade ilimitada. Isso porque a norma constitucional não pode ser restringida por norma inferior, que é com ela incompatível e anterior. Assim, o artigo 269 do Código Brasileiro de Aeronáutica perdeu sua eficácia com a entrada em vigor a CF 88.

É exatamente essa a explicação de Sílvio de Salvo Venosa³⁵ para o dispositivo:

“No que toca os danos ocasionados por terceiros, decorrentes do transporte aéreo, o Código Brasileiro de Aeronáutica, no art. 269, estabelece os limites para indenização a terceiros na superfície. Sérgio Cavalieri Filho (2000:239) observa que esse preceito já fora revogado pelo art. 37, § 6º, da Constituição federal. De fato, esse dispositivo estabeleceu que o risco administrativo, responsabilidade objetiva, às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, de forma idêntica às entidades de administração direta, com relação aos danos causados a terceiros.

A Constituição não estabeleceu, portanto, qualquer limite para a indenização por responsabilidade da administração. Como as empresas aéreas são concessionárias de serviço público, estão sujeitas à regra desse dispositivo constitucional.”

b.2. O Código de Defesa do Consumidor: uma mudança radical de conceitos

É inequívoco que o transporte aéreo configura-se em uma prestação de serviço à sociedade. Entretanto, muito se discutiu sobre a aplicabilidade do CDC ou não à responsabilização civil do transportador, por conta dos outros diplomas específicos que já regulavam a matéria. Esse confronto de regras aplicáveis será feito mais adiante.

A preocupação em regular as relações de consumo não data de agora, e sim de séculos, afinal, a produção e comercialização de bens e serviços sempre existiu. Existem regras de proteção ao consumidor presentes desde o Código de Hamurabi, um dos mais antigos códigos conhecidos pelo Direito. Posteriormente, durante a Idade Média, existiam registros de normas que impunham penas vexatórias para adulteradores de substâncias comercializadas³⁶.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit., p. 160.

³⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 22.

Note-se que, até essa época, os fornecedores possuíam contato direto com os consumidores, de modo que esses eram perfeitamente identificáveis. Segundo Hélio Zaguetto Gama³⁷, “o consumidor conhecia os fornecedores de sua vila, aldeia ou cidade e podia escolher aquele em que confiasse e melhor lhe atendesse. A produção, por sua vez, era feita de modo artesanal, permitindo ao fornecedor maior controle sobre ela”.

Ocorre que, com a revolução industrial, o surgimento do processo de mecanização e outros avanços, o consumidor passou a não ter o contato pessoal que possuía com o fornecedor. O contato entre ambos era feito via reconhecimento de marcas e ao comerciante final. Assim, o consumidor foi ficando cada vez mais frágil, diante da inequívoca dificuldade em encontrar o fornecedor por trás de toda a maquinaria e prestações de serviço.

Marcelo Kokke Gomes³⁸ traz para os tempos de hoje a antiga realidade da relação de consumo após a revolução industrial:

“Produzir significa gerar, criar, fabricar. A produção somente ganhou sistemacidade e continuidade a partir da Revolução Industrial, tornando-se especializada e direcionada verdadeiramente para o mercado. Anteriormente, a amplitude da produção cingia-se a uma determinada região, sendo que se operava na maioria das vezes sob encomenda, o consumo gerava a produção. Ulteriormente a situação inverteu-se, a produção gerava o consumo, instigando-o. O Direito voltava-se prioritariamente para o instituto da produção, renegando a segundo plano o consumo como uma mera consequência desta. desta forma, entende-se a tão pouca ênfase dada ao consumidor.” (grifou-se)

Por conta dessa injusta fragilidade e desigualdade, começaram a surgir manifestações a fim de assegurar os direitos dos consumidores. Tais manifestações podem ser consideradas, inclusive, como uma evolução da moralidade nas relações sociais. Alguns juristas norte-americanos da década de 60 foram os precursores dos chamados “Direitos do Consumidor”, e em especial, o advogado Ralph Nader, que preparou um relatório sobre a falta

³⁷ GAMA, Hélio Zaguetto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1.

³⁸ GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

de segurança dos veículos vendidos ao público que ocasionavam muitos acidentes.

Logo depois, em 15 de março de 1962, o Presidente John Kennedy fez um discurso no congresso norte-americano sobre a ausência de proteção jurídica aos consumidores. Esse discurso foi um grande marco sobre as condições dos consumidores naquele tempo, e fez com que o interesse pela matéria crescesse abruptamente.

O discurso foi tão significativo que mesmo passados 45 (quarenta e cinco) anos, permanece sendo a grande referência na luta da sociedade globalizada pelos direitos do consumidor. É o que demonstra o trecho retirado de artigo de jornal³⁹:

“A primeira vez em que o “Dia Mundial do Consumidor” foi comemorado foi em 15 de março de 1983. A data foi escolhida por conta de um famoso e diferenciado discurso feito, no mesmo dia, só que em 1962, pelo então presidente dos Estados Unidos John Kennedy. Em discurso no plenário, Kennedy ressaltou pela primeira vez que todo consumidor tinha direito essencialmente à segurança, à informação, à escolha e de ser ouvido.

“A partir desse momento reconheceu-se a figura do consumidor e foram traçados os seus direitos básicos. E o tema começou a ser definido como uma área que merecia ser defendida. Isso provocou debates em vários países e estudos sobre a matéria, sendo, por isso, considerado um marco na defesa dos direitos dos consumidores”, explica Selma do Amaral, assistente da Direção do Procon-SP.”

Em um primeiro momento, o interesse sobre a proteção ao consumidor se materializou no Brasil na CF 88, que inseriu em seu artigo 5º, inciso XXXII a defesa do consumidor entre os seus direitos fundamentais:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

³⁹ TEIXEIRA, Maíra. *O dia do consumidor*. Disponível em <http://blog.estadao.com.br/blog/advdefesa/?p=5929&more=1&page=2>. Acesso em 15 de mai. 2007.

XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do Consumidor”.

Dois anos depois da entrada em vigor da CF 88, o Código de Defesa do Consumidor passou a fazer parte do nosso ordenamento jurídico, e configurou a materialização de valores e direitos que a sociedade já ansiava há tempos.

Gustavo Tepedino⁴⁰ aponta que “A vigência do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, em particular tem sido fecunda na experiência brasileira: os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações, que não encontravam lugar, nem expressa nem implicitamente, no Código Civil, remodelam a atuação da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial que integram o conteúdo do estado Social de Direito delineado pelo constituinte”.

Antes da vigência do CDC, a proteção do comprador resumia-se à garantia por conta de vícios redibitórios. O CDC fez com que o fornecedor voltasse a ficar ao alcance do consumidor, gerando uma relação de equilíbrio entre as partes, e também, uma relação de segurança jurídica. O CDC compensou a desigualdade econômica do consumidor frente ao fornecedor atribuindo-lhe direitos quanto ao seu consumo.

Para gerar esse equilíbrio, o CDC adotou como base a teoria do risco do empreendimento, que consagra que aquele que exerça atividade no mercado de consumo, independentemente de culpa, tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos. Dessa forma, o risco de consumo não seria mais assumido pelos

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira*. Revista Jurídica, Porto Alegre, n.278, p.5-21, Dez. / 2000.

consumidores. Quem arcaria com o risco nessa relação jurídica seria o fornecedor.

A responsabilidade objetiva por conta da existência de defeito está visivelmente positivada nos artigos 12 e 14 do CDC. Vejamos:

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

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.” (grifou-se).

Assim, a responsabilidade no CDC é (i) objetiva, pois independe de culpa; e (ii) ilimitada, devido à ausência de estipulação de teto para indenizações, prevalecendo o princípio da reparação integral.

Importa destacar que a relação de consumo disciplinada no CDC terá como partes o fornecedor, definido no artigo 3º do CDC, e o consumidor, definido no artigo 2º do CDC. O objeto da relação entre as partes deve ser sempre o consumo final de produtos ou serviços, conforme disciplinam os parágrafos 1º e 2º do artigo 3º do CDC:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

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.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º 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.”

Mas para o escopo do presente trabalho, é preciso fazer a seguinte pergunta: qual é o âmbito da aplicação do CDC? Sérgio Cavalieri Filho⁴¹ opina sobre essa questão com maestria:

“O Código do Consumidor realmente fez foi criar uma sobre-estrutura jurídica multi-disciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorrer relação de consumo. Usando de uma figura, diria que o Código fez um corte horizontal em toda a extensão da ordem jurídica existente, permeando a sua disciplina por todos os ramos do Direito Público e Privado, contratual e extracontratual, material e processual. E assim entendo porque, tendo o CDC, como vimos, estabelecido uma disciplina única e uniforme para todas as relações de consumo, necessariamente terá que ser aplicada em toda e qualquer área de Direito onde elas ocorrem”. (grifou-se).

Porém, é preciso ressaltar que não há uma uniformização integral a respeito da matéria. Alguns defendem que o CDC consiste em lei geral, e portanto, seria inaplicável em áreas específicas do Direito, e outros, como Sérgio Cavalieri Filho, afirmam que o CDC revogou dispositivos de leis especiais que colidem com o CDC, diante da existência de uma relação de consumo. Esse conflito será examinado mais adiante; por ora, é preciso atentar aos dispositivos que regem o transporte no Código Civil em vigor.

c. O Código Civil de 2002 e a controvérsia sobre os transportes

O contrato de transporte não foi regulado pelo Código Civil de 1916. Ele recebeu apenas algumas considerações entre os artigos 99 a 118 do Código Comercial revogado. O Código Civil de 2002, em vigor atualmente, inovou nesse sentido.

É preciso dizer que o artigo 732 do CC gerou muita polêmica por sua disposição de que “Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e dos tratados e convenções internacionais”.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 359.

Entende-se que o novo Código Civil admite a aplicabilidade do Sistema de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica. O Código de Defesa do Consumidor não estaria nesse rol, pois não precisa de qualquer chancela. Nesse sentido, pontua de forma aprofundada Gustavo Tepedino⁴² :

“O CC não afasta, naquilo que não contrarie suas disposições, a incidência das leis especiais. Dentre as leis especiais avocadas pelo dispositivo, contudo, não se pode incluir o CDC, cuja aplicação imperativa independe, à evidência, de remissão efetuada por lei ordinária. O diploma de proteção do consumidor, com efeito, não traduz lei especial cuja incidência dependa da autorização legislativa, sendo norma de ordem pública, informada por princípios constitucionais que impõe sua aplicação desde que se caracterize a relação de consumo.

Diante da disciplina codificada, que se limita a regular tipos contratuais, deve o intérprete garantir a unidade do ordenamento jurídico, à luz da ordem pública constitucional, de modo a compatibilizar os dispositivos do CDC com o CC. Nesta direção, não se poderia considerar revogado todo o arsenal de tutela do consumidor, inspirado na solidariedade constitucional, pelo simples fato de introduzir-se regulamentação codificada para certos tipos contratuais.

Portanto, nem mesmo “a supremacia do Código Civil sobre leis especiais, proclamada por dispositivos pontuais (v.g. art. 732), seria suficiente a garantir-lhe preeminência interpretativa sobre a tutela do consumidor, assegurada no rol das garantias fundamentais da República, como cláusula pétrea e matéria de ordem pública interna (art. 5º, XXXII)”.

Na hipótese de transporte de passageiros, resta evidente a verificação de uma relação de consumo na qual o transportador profissional assume a posição de fornecedor (CDC, art 3º)”, ao passo que o usuário se enquadra na noção de consumidor (art. CDC, 2º; nesse sentido, Cláudia Lima Marques, *Contratos*, p. 174). Já o transporte gratuito (CC, art. 736, caput) não se submete ao CDC, eis que não se trata de atividade remunerada fornecida no mercado de consumo (CDC, art. 3º, § 2º), sendo, portanto, disciplinado pelo direito comum (Alberto do Amaral Júnior, *O Código do Consumidor*, p. 72).

Da mesma forma, a codificação de 2002 não elide, no que for compatível com os seus ditames, a aplicabilidade dos tratados e convenções internacionais, como é o caso da Convenção de Varsóvia, de 12 de outubro de 1929 (ratificada pelo Brasil pelo Decreto 20.704 de 24 de novembro 1931 e modificada pelo Protocolo de Haia, de 1955, bem como pelos Protocolos da Guatemala de 1971 e de Montreal de 1975), relativa ao transporte aéreo e do Código Brasileiro de Aeronáutica. Este, segundo entendimento predominante, restringe-se ao transporte em território nacional, ao contrário daquela convenção, que se aplica aos vôos internacionais (José Gabriel Assis de Almeida, *Jurisprudência Brasileira*, pp. 4-5).”

⁴² TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado*: Conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 522.

d. Conflito de normas: a real responsabilidade civil da companhia aérea no transporte de pessoas e bagagens

É evidente que a atividade do transporte aéreo pode gerar danos, e, dependendo do local da ocorrência desses danos, haverá discussão sobre a aplicabilidade ou não da (i) Convenção de Varsóvia, (ii) Código Brasileiro de Aeronáutica, ou (iii) Código de Defesa do Consumidor. Isso, quando o dano for fruto de relação de consumo, uma vez que as relações tipicamente comerciais (entre companhias, companhia aérea e cliente comercial e etc), permanecem sobre o regime do Código Civil, Código Comercial, Convenção e Código Brasileiro de Aeronáutica.

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa⁴³, “Dúvidas não há de que a Convenção e o Código Aeronáutico persistem em vigor em tudo que diz respeito ao transporte aéreo internacional e nacional, sua estrutura, organização, serviços aéreos, segurança, aeronaves etc. A questão é efetivamente saber se a indenização tarifada dos dois diplomas se aplica ao consumidor. E nesse aspecto, nossa conclusão tende pela negativa”.

Caso, por exemplo⁴⁴, um passageiro sofra dano durante o transporte internacional realizado em rota internacional entre países signatários da Convenção de Varsóvia, o legislador poderia aplicar o CDC – norma posterior, geral e regulamentadora das relações de consumo; ou, a Convenção de Varsóvia – tratado que reúne as normas regulamentadoras da responsabilidade civil do transporte aéreo a nível internacional.

Já em um exemplo de viagem dentro do território nacional, o julgador poderia aplicar tanto o CDC – norma posterior, geral e regulamentadora das relações de consumo – quanto o CBA, lei especial que regula o transporte aéreo doméstico.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 156.

Para avaliar qual é o diploma legal aplicável nesses tipos de casos, é preciso responder a duas perguntas. No conflito entre (i) Convenção de Varsóvia e CDC; e (ii) CDC e CBA, qual diploma legal prevalece? Para responder essas perguntas e entender o real funcionamento da responsabilidade civil das companhias aérea no transporte de pessoas e suas respectivas bagagens e mercadorias, é preciso aprofundar esse debate, o que será feito a seguir.

d.1. O diálogo entre a Convenção de Varsóvia e o Código de Defesa do Consumidor

Duas correntes opostas travaram um debate sobre essa questão: (i) dualista, que sustenta que como o CDC apóia o princípio da indenização integral, possíveis limitações estariam vedadas; e (ii) monista, que aduz que no conflito entre lei interna e tratado prevaleceria o último, ou seja, a Convenção de Varsóvia.

Um dos muitos ilustres defensores da primeira corrente, que é a majoritária, Antônio Herman V. Benjamin⁴⁵, explica que, no Brasil, ao contrário do que ocorre em outros países, por conta de expressa permissão constitucional, a regra é a submissão dos tratados ao teste de constitucionalidade. Isso porque, no nosso sistema, os tratados só podem se afastar da Constituição Federal para ampliar garantias, jamais riscá-las ou inviabilizá-las.

O mesmo doutrinador também ressalta que o Código de Defesa do Consumidor nasceu de expressa determinação constitucional, e que, cause ou não problemas ao Direito Internacional, o STF firmou a posição de que é possível a revogação de tratado firmado pelo Brasil, pois quando os tratados

⁴⁴ CAVALCANTI, André Uchoa. Op. cit. p. 54.

são incorporados ao ordenamento nacional tornam-se *the supreme law of the land*, ficando subordinados à CF 88.

Sérgio Cavalieri Filho⁴⁶, outro doutrinador de peso, é também favorável ao primeiro grupo. Em seus ensinamentos, defende que:

“No embate entre as duas correntes que situam os tratados internacionais em face do Direito Positivo dos países que os firmarem – monista, que dá primazia ao Direito Internacional, e dualista, que atribui a prevalência ao Direito Interno – a nossa Suprema Corte, desde o julgamento do RE 80.004, que se desenrolou de fins de setembro de 1975 a meados de 1977, firmou entendimento no sentido de que a Convenção, embora tenha aplicabilidade no Direito Interno Brasileiro, não se sobrepõe às leis do País. Logo, em face do conflito entre tratado e lei posterior, prevalece esta última, por representar a última vontade do legislador, embora o descumprimento do plano internacional possa acarretar conseqüências.”

Desde então – e o Supremo Tribunal Federal ainda não mudou a sua posição -, parece-me não mais existir nenhuma sustentação para a tese do primado do direito internacional, pelo quê entendo também não mais ter aplicação entre nós a indenização limitada prevista na Convenção de Varsóvia. **Ademais, a Constituição de 1988 colocou os tratados no mesmo plano da lei ordinária ao dispor, no seu art. 105, III, “a”, que cabe recurso especial contra decisão que contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência. Ora, se os tratados tivessem status de lei constitucional o recurso cabível em tais hipóteses seria o extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, e não o especial.** Sobre o tema voltaremos a falar quando tratarmos da indenização limitada prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica.

A jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça inicialmente inclinou-se no sentido da prevalência da Convenção de Varsóvia, por entender que a lei superveniente, de caráter geral (o Código de Defesa do Consumidor), não afasta as disposições especiais contidas no tratado (3ª T., Resp 58.736-MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em dezembro/1995).

Posteriormente, entretanto, **o entendimento da nossa Corte Superior de Justiça firmou-se em sentido contrário, a partir das posições assumidas principalmente pelos eminentes Mins. Paulo Costa Leite, Carlos Alberto Direito e Ruy Rosado de Aguiar”** (grifou-se).

Nesse mesmo sentido, são as seguintes decisões:

“Responsabilidade Civil. Transportador. Limitação de Indenização. Código de defesa do Consumidor. Convenção de Varsóvia. Editada lei específica, em atenção à Constituição (art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de

⁴⁵ BENJAMIM, Antônio Herman V.. Op. cit., p. 42.

⁴⁶ Ibid. p. 341.

relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. Havendo antinomia, o previsto em tratado perde eficácia prevalecendo à lei interna posterior que se revela com ele incompatível. Recurso conhecido e não provido”⁴⁷.

“Responsabilidade civil. Transporte aéreo internacional. Extravio de bagagem – Perda de malas contendo valores pessoais e sentimentais – Transtornos evidenciados ocasionando os mais diversos sentimentos para a parte, bem como o desconforto provocado pelo ato - Pedido de reparação deferido com baseado no disposto do art. 5º , X da CF e não com lastro na Convenção de Varsóvia que, aliás, não se refere a tal verba embora não a exclua – Indenizatória parcialmente procedente – Recurso Improvido”⁴⁸.

É possível encontrar vestígios da posição adversa na doutrina e até mesmo na jurisprudência. Rui Stoco⁴⁹ afirma que “sendo a Convenção de Varsóvia lei interna específica sobre transporte aéreo e dispondo o Código de Defesa do Consumidor genericamente sobre as relações de consumo e serviços, não regulamentando inteiramente a matéria de que trata aquela, subsume-se à perfeição ao disposto no § 1º do art. 2º da lei de Introdução do Código Civil (DL 4.657/42), de modo que a lei posterior só revoga a anterior quando expressamente o declare ou quando regulamente inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

Alguns julgadores dividem o mesmo entendimento de Rui Stoco. Vejamos:

“Responsabilidade Civil. Transporte aéreo internacional – Atraso de voo acarretando incômodo e aborrecimento aos passageiros – Danos morais e materiais indenizáveis, ficando sujeita sua reparação, entretanto, aos limites tarifados da Convenção de Varsóvia – Inadmissibilidade de cumulação entre a indenização por dano moral e um valor fixado isoladamente a título de “multa tarifada” – Impossibilidade, ainda, de confusão entre a reparação de danos mediante indenização de valor tarifado e suposta multa, a ser aplicada independentemente de qualquer dano – Arts. 19 e 22 do mencionado Tratado Internacional – Recurso da transportadora provido em parte”⁵⁰.

“Responsabilidade civil. Transporte aéreo – Atraso em voo internacional e extravio momentâneo de bagagem – demonstração de que o contrato deixou de

⁴⁷ STJ, RESP n. 169000/RJ, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, Brasília, 04 abr. 2000.

⁴⁸ 1º TACSP, AS 0898082-7, Rel. Tércio Negrato, São Paulo, 15 fev. 2000.

⁴⁹ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 214.

⁵⁰ 1º TACSP, AS 0913050-3, Rel. Ulisses do Valle Ramos, São Paulo, 25 jul. 2000.

ser cumprido a contento – discussão apenas sobre o valor da indenização – Aplicação da Convenção de Varsóvia e não do decreto-lei nº 97.505/89 – Indenizatório Procedente – Recurso improvido”⁵¹.

Recentemente, em março de 2006, o STF chocou o pacífico entendimento majoritário sobre o assunto. Em polêmica decisão, a atual Presidente Ministra Ellen Gracie entendeu ser aplicável o prazo decadencial da Convenção de Varsóvia em detrimento ao prazo do CDC:

“PRAZO PRESCRICIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99).

2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos.

3. Recurso provido.”⁵²(grifou-se).

Antes mesmo de STF decidir nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já manifestava o mesmo entendimento:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. PREVALÊNCIA DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. DECADÊNCIA. PRAZO BIENAL - ARTS. 29, DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL E ART. 317, I, DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA - RECONHECIMENTO

Decai do seu direito o passageiro de transporte aéreo que deixa de aforar ação de indenização por extravio de bagagem, após o decurso do prazo bienal previsto no art. 29, da Convenção de Varsóvia e no art. 317, I, da lei 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), contado da data em que a aeronave chegou a seu destino.”⁵³(grifou-se).

Nota-se que o artigo 178 da CF dispõe que: “*A lei disporá sobre a*

⁵¹ 1º TACSP, AS 0916018-0, Rel. Sebastião Alves Junqueira, São Paulo, 25 jul. 2000.

⁵² STF, RE n.297.901-5/RN, Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília, 31 mar. 2006.

*ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, **quando à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade***” (grifou-se).

Ou seja, a interpretação do texto constitucional feita na decisão mencionada foi taxativa: o transporte internacional rege-se pelos acordos firmados pela União. No caso específico do transporte aéreo internacional, considerou-se regido pela Convenção de Varsóvia, com redação dada pelo protocolo de Haia de 1955.

A propósito do prazo decadencial para exercício do direito potestativo pelo passageiro lesado, o artigo 29 da Convenção da Varsóvia assinala que “**A ação de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada, ou do dia em que a aeronave devia ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte.**” (grifou-se).

Porém, apesar de tudo que foi dito sobre a possível prevalência da Convenção de Varsóvia em detrimento do CDC, feita por parte da doutrina, no embate entre os mesmos, prevalece o último na maior parte das vezes, uma vez que (i) desde o julgamento do RE 80.004 na Suprema Corte, firmou-se o entendimento de que, embora a Convenção de Varsóvia tenha aplicabilidade no Direito Interno Brasileiro, não se sobrepõe às leis do País; (ii) a Constituição 88 colocou os tratados no mesmo plano da lei ordinária; e (iii) a partir das posições assumidas principalmente pelos eminentes Mins. Paulo Costa Leite, Carlos Alberto Direito e Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, firmou-se sólido posicionamento nesse sentido.

d.2. O diálogo entre o Código Brasileiro de Aeronáutica e o Código de Defesa do Consumidor

⁵³ TJMG, AC n.2000000292812-9/000-1, Des. Relator José Antônio Braga, Minas Gerais, 01 abr.2000.

Como vimos em capítulo anterior, o CBA estipula indenização limitada para os casos em que há responsabilidade civil do transportador aéreo. Entretanto, o próprio CBA trouxe exceções a essa premissa: em casos de dolo ou culpa grave do transportador e seus prepostos, as indenizações deixam de ser limitadas.

Em 1988, dois anos após a entrada em vigor do CBA, a CF 88, em seu artigo 37, § 6º, estendeu às pessoas jurídicas de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, responsabilidade objetiva, idêntica à do Estado, pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Nesse diapasão, o artigo 5º, inciso X, da CF não fixou teto para limites de indenização. Conclui-se que como as empresas aéreas são concessionárias de serviços públicos, passou a funcionar o regime de responsabilidade objetiva e ilimitada.

Isso porque a norma constitucional não pode ser restringida por norma inferior, que é com ela incompatível e anterior. Assim, as limitações de indenização estipuladas pelo Código Brasileiro de Aeronáutica perderam sua eficácia com a entrada em vigor a CF 88.

O CDC repetiu tais artigos da CF 88, prevendo a responsabilidade ilimitada e conseqüente reparação integral em casos de responsabilidade civil. Vejamos:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

(...)

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código." (grifou-se).

Nota-se então, que o CBA limita a renúncia aos direitos que o CDC assegura ao consumidor, e é justamente por isso que o segundo deve prevalecer. Cláudia Lima Marques⁵⁴ defende veementemente essa posição majoritária na doutrina, ao sustentar que “se o Tratado ou Lei retira, limita ou impõe a renúncia aos direitos ao consumidor, neste caso a aplicação do CDC assegura ao consumidor, neste caso a aplicação do CDC é determinada pelo fato de ser o corpo de normas que assegura, segundo os

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Consumidor*. São Paulo, n° 03, p. 183, 1992.

novos parâmetros e valores orientadores, eficácia ao mandamento constitucional de proteção ao consumidor. Assegura-se, em última análise, através da norma do art. 7º do CDC, a aplicação da norma que mais favorece o consumidor”.

Abre-se aqui um parêntesis para pontuar que no CDC, a responsabilidade limitada só tem lugar em casos em que existam relações de consumo entre fornecedor e consumidor (pessoa jurídica), em conformidade ao artigo 51, I, parte final.

Confrontando-se o CBA e o CDC, verifica-se que ambos consistem em leis nacionais, porém, o CDC é posterior ao CBA. O entendimento dominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é o de que em casos de antinomia, deve prevalecer o CDC.

O STJ, em acórdão de recurso especial 55 confirmador desse entendimento majoritário, decidiu que “Em ação de reparação de danos por violação de bagagem não se aplica a indenização tarifada do CBA, mas o Código de Defesa do Consumidor”.

É evidente que, como sempre no Direito, há o posicionamento minoritário. Um exemplo do mesmo é o raciocínio do doutrinador Luís Camargo Pinto Carvalho⁵⁶, que defende que “sendo o Código de Consumidor *lei geral* e o Aeronáutico *lei especial*, aquela não revoga esta, exceto se outra for a intenção inequívoca do legislador”.

⁵⁵ STJ, RESP n. 394519/RO, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, 21 mar. 2002.

⁵⁶ CARVALHO, Luís Camargo Pinto. O Código do Consumidor e o Direito Aeronáutico. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.80, n. 673, p. 47-49, nov. 1991.

Eros Roberto Grau⁵⁷ também compartilha desse entendimento em artigo polêmico, ao dizer que:

“Ninguém contesta que a *lex specialis* prevalece sobre a *lex generalis*. Trata-se de chave de abóbada do sistema jurídico, indispensável a sua lógica: a lei especial deve prevalecer sobre a geral porque disciplina de forma diferenciada situações específicas que, por algum motivo, devem ser afastadas da incidência da regra geral¹³. Tratando-se de dois suportes fáticos diversos (um da regra geral e outro da regra específica), não há contradição entre eles; uma situação fática subsumir-se-à a uma ou a outra hipótese normativa, jamais às duas, concomitantemente.

É certo, portanto, que estão em vigor tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Convenção de Varsóvia e os preceitos considerados do Código Brasileiro de Aeronáutica; no entanto, ao caso concreto, haverá de ser aplicada apenas a norma específica, porque essa supremacia, como vimos, impõe-se como imperativo necessário à manutenção da lógica do sistema. (...)

Daí a conclusão de que há de ser afastada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso de que se trata, nele devendo prevalecer a Convenção de Varsóvia, os Protocolos de Haia e de Montreal e a Lei 7.565/86” (grifou-se)

A esse respeito, Sérgio Cavalieri Filho fecha com brilhantismo a discussão, ensinando que “não vale argumentar que o Código do Consumidor, por ser lei posterior, não derogou o Código Brasileiro de Aeronáutica, de natureza especial e anterior – *lex posterior generalis non derogat priori speciali* – porque essa regra, além de não ser absoluta não tem aplicação no caso em exame. E assim é porque o Código do Consumidor, em observância a preceito constitucional (Constituição Federal, art. 5º, XXXII), veio implantar uma Política Nacional de Relações de Consumo, vale dizer, estabeleceu uma ordem jurídica uniforme e geral destinada a tutelar os interesses patrimoniais e morais de todos os consumidores, bem como o respeito à sua dignidade, saúde e segurança (Código de Defesa do Consumidor, art. 4º). Ao assim fazer, disciplinou não só aquilo que ainda não estava disciplinado como, ainda, alterou a disciplina que já existia em leis especiais, vale dizer, concentrou em um

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. Transporte aéreo de passageiros; dano moral causado a passageiro: prevalência do Código Brasileiro de Aeronáutica sobre o Código de defesa do Consumidor.

único diploma a disciplina legal de todas as relações contratuais e extracontratuais do mercado de consumo brasileiro. E, se nessa nova ordem jurídica, nessa consolidação de princípios a respeito do consumidor, não foram excepcionados privilégios a respeito do consumidor, não foram excepcionados privilégios previstos em leis anteriores, não mais condizentes com a atual realidade social, é forçoso concluir que o objetivo da nova lei foi, justamente, eliminá-los. Em conclusão: é impertinente a regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, porque, tratando-se de relações de consumo, o Código do Consumidor é lei própria, específica e exclusiva; a lei que estabeleceu a Política Nacional de Relações de Consumo, consolidando em um só diploma legal todos os princípios pertinentes à matéria, em razão de competência que lhe foi atribuída pela própria Constituição Federal. E, na matéria de sua competência específica, nenhuma outra lei pode a ele (Código) se sobrepor ou subsistir. Pode apenas coexistir naquilo que com ele não for incompatível.”⁵⁸

4. Principais hipóteses de responsabilização civil do transportador aéreo quanto aos passageiros e suas bagagens

Apesar da responsabilidade civil do transportador aéreo abranger em seu espectro os cuidados relativos aos (i) passageiros e bagagens; (ii) empregados; (iii) terceiros; e (iv) remetentes de mercadorias, o objeto desse estudo restringe-se à análise da primeira de responsabilização civil, que inclusive, se ramifica em muitas, como veremos a seguir.

Isso porque a responsabilidade civil do transportador aéreo relativa aos seus passageiros e respectivas bagagens é uma das mais incidentes e corriqueiras nos dias atuais. Na maior parte das vezes, esse tipo de responsabilidade deriva de contrato; a concessão de transporte aéreo gratuito configura uma exceção, e por isso, não será analisada nesse estudo.

O contrato de transporte aéreo, seja nacional ou internacional, é contrato, e, portanto, se subsume aos requisitos estipulados na realização de contratos: capacidade dos agentes, objeto lícito e forma defesa em lei. Nesse ponto, pode-se dizer que existe uma unidade entre o Sistema de Varsóvia e o CBA, pois ambos citam como documentos formalizadores do contrato o bilhete de passagem, a nota de bagagem e o conhecimento aéreo.

Os dispositivos regulamentadores dos deveres contratuais dos transportadores aéreos, a nível internacional e nacional, respectivamente, são os seguintes:

“Artigo primeiro

(1) Aplica-se a presente Convenção a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou mercadorias, efetuado por aeronave, mediante remuneração. Aplica-se igualmente aos transportes por aeronave efetuados gratuitamente por empresa de transportes aéreos.

(2) Denomina-se "transporte internacional", nos termos da presente Convenção, todo transporte em que, de acordo com o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto do destino, haja ou não interrupção de transporte, ou baldeação, estejam situados no território de duas Altas Partes Contratantes, ou mesmo no de uma só, havendo escala prevista em território sujeito à soberania, mandato ou autoridade de outro Estado, seja ou não Contratante. O transporte, que, sem tal escala, se efetuar entre territórios sujeitos a soberania, mandato ou autoridade da mesma Alta Parte Contratante, não se considera internacional, nos termos desta Convenção.

(3) Para os efeitos da presente Convenção, considera-se um só transporte, ainda quando o executem, sucessivamente, vários transportadores, o que as partes ajustarem como uma operação somente, seja num só contrato, seja numa série deles; e não perderá esse transporte o caráter de internacional por isso que um só contrato, ou uma série deles, se tenha de executar, integralmente, em território sujeito à soberania, mandato ou autoridade da mesma. Alta Parte Contratante.” (Convenção de Varsóvia – grifou-se)

“Art. 222. Pelo contrato de transporte aéreo, obriga-se o empresário a transportar passageiro, bagagem, carga, encomenda ou mala postal, por meio de aeronave, mediante pagamento.

Parágrafo Único. O empresário, como transportador, pode ser pessoa física ou jurídica, proprietário ou explorador da aeronave.

Art. 223. Considera-se que existe um só contrato de transporte, quando ajustado num único ato jurídico, por meio de um ou mais bilhetes de passagem, ainda que executado, sucessivamente, por mais de um transportador.” (CBA – grifou-se)

Os contratos de transporte aéreo em tela são **(i) bilaterais**, pois existem obrigações para ambas as partes; enquanto o passageiro tem a obrigação de pagar pela passagem, o transportador se obriga pelo seu transporte, com segurança, ao destino contratado; **(ii) onerosos**, uma vez que exige pagamento, contra-prestação pecuniária; **(iii) comutativos**, pois consistem em trocas de prestações equivalentes e exigíveis de imediato; **(iv) consensuais**, pois é suficiente o consentimento entre as partes; **(v) de adesão**⁵⁹, pois suas cláusulas são impostas sem discussão prévia; e **(vi) de**

⁵⁹ Orlando Gomes ensina que “o transporte, tanto de pessoas quanto de carga, constitui, hoje, atividade profissional que se realiza, de regra, sob forma de contrato de adesão”. GOMES, Orlando. *Contratos*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 370.

resultado, já que a obrigação do transportador é a de conduzir o passageiro até o destino contratado com segurança e a salvo.

Nesse sentido, Álvaro Couri Antunes Sousa⁶⁰ explica alguns dos conceitos e as características do contrato de transporte aéreo de passageiros e seus pertences:

“O contrato de transporte consiste no fornecimento de serviço prestado pelo empresário, no qual se compromete a conduzir em seu veículo o passageiro e seus pertences, até o lugar de destino, mediante uma contraprestação pecuniária. (...)

O contrato de transporte aéreo tem como características principais: o consenso (manifestação convergente de vontades), a bilateralidade (institui direitos e obrigações para ambos os contratantes), a onerosidade (implica em oferta de vantagem mediante uma contraprestação, via de regra, pecuniária).

Sublinhe-se, ainda, outra característica comum em todos os contratos de massa, e que aqui também se faz presente, qual seja, o pacto de adesão, no qual o consumidor para poder adquirir o bem da vida, é, não raro, submetido às normas preestabelecidas e impostas pelo contrato.

A toda evidência, o contrato de transporte aéreo constitui obrigação de resultado, obrigando-se, pois, o transportador a conduzir a pessoa com seus pertences com segurança e eficiência até seu lugar de destino. Tanto é assim que o art. 232 da Lei 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica) estatui que “a execução do contrato de transporte aéreo de passageiro compreende as operações de embarque e desembarque, além das efetuadas a bordo da aeronave”.

André Uchôa Cavalcanti⁶¹ explica que “para que se apure a responsabilidade civil das partes, é mister que se perceba a fase de execução do contrato para cada um dos contratantes nele envolvidos, pois é justamente durante a execução do contrato que pode resultar a lesão de seus direitos. Antes do momento de se executar o contrato não há conduta, elemento essencial para caracterização da responsabilidade civil. Concluindo: sem contrato, não há como falar de responsabilidade

⁶⁰ SOUSA, Álvaro Couri Antunes. *Overbooking: responsabilidade civil do transportador aéreo à luz do Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 89, p. 65-75, maio. 2000.

⁶¹ CAVALCANTI, André Uchôa. Op. cit., p. 130.

contratual; e sem que se inicie a fase de execução do contrato, não podemos falar de conduta e, portanto, em responsabilidade civil”.

Assim, os danos ao passageiro e sua respectiva bagagem ocorrem durante a execução do contrato de transporte aéreo, devendo o transportador aéreo indenizá-los. Como vimos no capítulo 3, o CDC vem sendo o diploma mais usado para fixar a valoração de indenizações de cunho integral, em detrimento da Convenção de Varsóvia e do CBA.

Vejamos agora os principais danos que ocorrem aos passageiros que contrataram onerosamente o transportador aéreo.

4.1. A responsabilidade do transportador aéreo quanto aos seus passageiros

a. Atraso

Sendo o contrato de transporte aéreo considerado como de resultado, um dos deveres mais importantes do transportador aéreo é o de cumprir com os horários estipulados pelas partes, cumprindo com o dever de pontualidade. Esse dever está positivado nos seguintes artigos:

“Art. 19. Responde o transportador pelo dano proveniente do atraso no transporte aéreo de viajantes, bagagem ou mercadorias.

Art. 20. No transporte de passageiros e de bagagem e no caso de dano ocasionado por atraso no transporte de mercadoria o transportador não será responsável, se provar que tomou ou tomaram seus prepostos, todas as medidas necessárias para que não produzisse o dano, ou lhes não foi possível tomá-las.” (Convenção de Varsóvia – grifou-se).

“Art. 230. Em caso de atraso da partida por mais de 4 (quatro) horas, o transportador providenciará o embarque do passageiro, em vôo que oferecerá serviço equivalente para o mesmo destino, se houver, ou restituirá, de imediato, se o passageiro o preferir, o valor do bilhete de passagem.

Art. 231. Quando o transporte sofrer interrupção ou atraso em aeroporto de escala por período superior a 4 (quatro) horas, qualquer que seja o motivo, o passageiro

poderá optar pelo endosso do bilhete de passagem ou pela imediata devolução do preço.

Parágrafo único. Todas as despesas decorrentes da interrupção ou atraso da viagem, inclusive transporte de qualquer espécie, alimentação e hospedagem, correrão por conta do transportador contratual, sem prejuízo da responsabilidade civil.” (CBA – grifou-se)

Pela leitura desses artigos depreende-se que a Convenção de Varsóvia adotou o regime de responsabilidade subjetiva com culpa presumida, enquanto o CBA adotou o regime de responsabilidade objetiva. Porém, como vimos no capítulo anterior, com a vigência do CDC, a responsabilidade do transportador aéreo passou a ser objetiva e incondicionada a limitações, em respeito ao princípio constitucional da reparação integral.

Nas palavras de André Uchôa Cavalcanti⁶², “após a vigência do CDC, tal responsabilidade passou a ser objetiva e não mais subjetiva com presunção de culpa. Dispõe o art. 14 do CDC: *O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços...* Assim, mesmo que o transportador demonstra ter agido com o devido cuidado, o simples atraso dá causa à indenização, excluídas apenas a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros”.

a.1. Atraso na partida

A Convenção de Varsóvia não é específica na regulamentação de procedimentos a serem adotados pelo transportador aéreo em casos de atraso, pois, nos termos de seu artigo 19, limita-se a dizer que “Responde o transportador pelo dano proveniente do atraso no transporte aéreo de viajantes, bagagem ou mercadorias”.

⁶² CAVALCANTI, André Uchoa. Op. cit., p. 144.

Já o CBA, em seu artigo 230, determina que caso o transportador aéreo deixe de embarcar o passageiro (evidentemente, o passageiro que tiver comprado bilhete e confirmado a reserva) (i) no horário previamente pactuado; ou (ii) após decorridas 4 horas do horário pactuado, seja obrigado por lei a providenciar outro voo de mesmo destino, ou restituir o valor pago pela passagem.

Além disso, o transportador aéreo precisa arcar com todas as despesas do passageiro que sofrer atraso. As mais comuns são as de alimentação e transporte, mas existem casos em que medicamentos e roupas de frio são também necessários.

Porém, cabe aqui uma pergunta. Como é possível definir o que é um atraso relevante no decorrer da partida de um voo?

Essa dúvida acometia as empresas aéreas, que no intuito de buscar uma solução para controlar os limites abrangentes da pontualidade do contrato, procuraram órgãos controladores do transporte aéreo para responder a essa pergunta. Antônio Henrique Browne Rego⁶³ explica que o DAC – Departamento de Aviação Civil – considera como atrasados aqueles voos que saiam de seus pontos de origem a partir do 16º minuto após o horário estipulado de decolagem. Contudo, se os mesmos alcançarem seus destinos até no máximo 30 minutos após o horário previsto de chegada, não se enquadrarão como atrasados.

Em outras palavras, caso um voo decole com atraso, mas chegue em seu destino na hora pactuada, o consumidor não pode requerer indenizações, uma vez que inexistente dano. Embora essa premissa seja verdadeira, muitas vezes consumidores tentam se locupletar do patrimônio

⁶³RÊGO, Antônio Henrique Browne. *Um estudo sobre: overbooking, atraso de voo, extravio de bagagem*. Rio de Janeiro: Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias, março 1999, p. 27.

das companhias aéreas, desejando obter vantagem financeira da qual não possuem direito.

O STJ vê de forma mais técnica e profunda a questão envolvendo a responsabilidade civil por atraso na partida. No acórdão do Resp 283.860⁶⁴ - que é citado em praticamente todos os acórdãos sobre atraso dessa corte especial – o atraso de 07 (sete) horas na partida é considerado não significativo, devido à (i) grande maquinaria necessária para garantir o transporte aéreo; (ii) preocupação quanto à segurança dos passageiros; e (iii) comodidade providenciada aos passageiros pelo transportador aéreo.

Tal acórdão diz exatamente o seguinte:

“CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATRASO DE VÔO NÃO SIGNIFICATIVO (SETE HORAS). DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. CDC.

I. Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, as hipóteses de indenização por atraso de voo não se restringem às situações elencadas na Convenção de Varsóvia.

II. Demora, todavia, de apenas sete horas, portanto não significativa e que ocorreu em aeroporto dotado de boa infra-estrutura, a afastar a caracterização de dano moral, porque, em verdade, não pode ser ele banalizado, o que se dá quando confundido com mero percalço, dissabor ou contratempo a que estão sujeitas as pessoas em sua vida comum.

III. Recurso especial conhecido e provido. Ação improcedente.

(...)

Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, não está mais a indenização adstrita às hipóteses da Convenção de Varsóvia ou do CBA, o que, de outro lado, não impede que na apuração do valor se possa, eventualmente, adotar alguns dos critérios neles estabelecidos, como parâmetro.

Entendo que pelas características do transporte aéreo, notadamente o de passageiros, que envolve regras rígidas de segurança da aeronave, condições climáticas, aeroportos e a operação como um todo, dependente de toda uma

⁶⁴ STJ, RESP n. 283.860/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Brasília, 12 nov. 2002.

infra-estrutura que extrapola, visivelmente, o próprio âmbito da atividade-fim prestada pela companhia, merece ele algum tempero no que concerne ao atraso.

Exigir-se pontualidade na aviação é desconhecer, por completo, essas circunstâncias, muito próprias, do transporte aéreo, que detém, de outro lado, desempenho bastante satisfatório no que tange à segurança e ao tratamento dispensado aos passageiros, no geral.

A própria substituição de aeronave, em caso de defeito, não é simples nem imediata, pela inexistência de equipamento reserva, já que a imobilidade de um avião, dado o seu altocusto, não comporta tal procedimento.

De outra parte, quando se verifica o atraso, o passageiro dispõe de instalações cômodas para aguardar o voo, tanto no aeroporto, como em hotéis próximos, disponibilizados pelas empresas aéreas, se assim o desejar o cliente, e transporte por táxi.

Assim, tenho que um atraso, ainda que por algumas horas, não gera direito a indenização por dano moral, sob pena de sua banalização, já que impossível considerar-se como dor, sofrimento, desespero ou grave angústia o sentimento por que passa o passageiro em tal situação, minimizada pelas atenuantes acima descritas e em favor da segurança, inclusive da população em terra.

O caso dos autos, essa é exatamente a situação, porquanto a espera se deu no Aeroporto Internacional de Salvador, inquestionavelmente um dos mais confortáveis do país, dotado de todo um sistema de segurança, razoável entretenimento, opções de alimentação e conforto, a afastar, data máxima vênia, a possibilidade de lesão moral pela espera, ainda que incômoda.” (grifou-se)

Em outro caso, o STJ pôde analisar a responsabilidade civil do transportador aéreo em uma partida que demorou 15 (quinze) horas. Nesse caso⁶⁵, o STJ entendeu que a autora, na condição de passageira, teria sofrido aflição que extrapolaria o que se tem considerado como aborrecimento rotineiro. Vejamos:

⁶⁵ STJ, RESP n. 221.215/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Brasília, 07 mai. 2002.

“Assim, tenho que um atraso, ainda que por algumas horas, não gera direito a indenização por dano moral, sob pena de sua banalização, já que impossível considerar-se como dor, sofrimento, desespero, ou grave angústia o sentimento por que passa a passageiro em tal situação, minimizada pelas atenuantes acima descritas e em favor da segurança, inclusive da população em terra.

Não é esse, entretanto, o caso dos autos.

Aqui, o atraso foi longo – 15 horas – e mesmo em caso de reposição de peça ou de aeronave, não se pode eximir a responsabilidade da empresa pelo fato, já que, dada a grande demora, a aflição causada á passageira extrapolava, substancialmente, o que se tem considerado como mero percalço comum na vida das pessoas, gerando direito à indenização.

Com relação ao quantum do ressarcimento, ele foi estabelecido pelo Tribunal a quo, confirmando a sentença monocrática, em 5.000 (cinco mil) francos poincaré, hoje equivalentes a 332 (trezentos e trinta e dois) DES – Depósitos Especiais de Saque, parâmetro que se considera razoável, salvo situações agravantes excepcionais, aqui não configuradas do que se extrai da narrativa do acórdão.”
(grifou-se)

Pode-se concluir que a jurisprudência dominante vem seguindo os passos cuidadosamente traçados pelo STJ, de forma a garantir a indenização por danos morais a passageiros com atraso relevante na partida (critério subjetivo que depende do arbítrio do magistrado), tendo em vista as condições que regem o transporte aéreo e o cuidado dispensado ao passageiro que sofre o atraso. É claro que na comprovação de danos decorrentes do atraso, ainda que esse seja mínimo, é cabida a indenização, mediante comprovação dos danos.

a.2. Atraso na escala

Da mesma forma do que examinamos em relação ao atraso na partida, a Convenção de Varsóvia não faz menção específica ao atraso na

escala. Já o CBA prevê este problema em seus artigos 231, 256, inciso II, e 257:

“Art. 231. Quando o transporte sofrer interrupção ou atraso em aeroporto de escala por período superior a quatro horas, qualquer que seja o motivo, o passageiro poderá optar pelo endosso do bilhete de passagem ou pela imediata devolução do preço.

Parágrafo único. Todas as despesas decorrentes da interrupção ou atraso da viagem, inclusive transporte de qualquer espécie, alimentação e hospedagem, correrão por conta do transportador contratual, sem prejuízo da responsabilidade civil.

Art. 256. O transportador responde pelo dano decorrente:

I - de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque;

II - de atraso do transporte aéreo contratado.

§ 1º O transportador não será responsável:

- a) no caso do item I, se a morte ou lesão resultar, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro, ou se o acidente decorrer de sua culpa exclusiva;
- b) no caso do item II, se ocorrer motivo de força maior ou comprovada determinação da autoridade aeronáutica, que será responsabilizada.

§ 2º A responsabilidade do transportador estende-se:

- a) a seus tripulantes, diretores e empregados que viajarem na aeronave acidentada, sem prejuízo de eventual indenização por acidente de trabalho;
- b) aos passageiros gratuitos, que viajarem por cortesia.

Art. 257. A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN.

§ 1º Poderá ser fixado limite maior mediante pacto acessório entre o transportador e o passageiro.

§ 2º Na indenização que for fixada em forma de renda, o capital par a sua constituição não poderá exceder o maior valor previsto neste artigo”. (grifou-se)

Assim, devido à demora na escala, o passageiro chegará com atraso no destino contratado, o transportador aéreo, sem prejuízo de outras indenizações, fica obrigado, pelo teor dos artigos mencionados acima, a (i) oferecer ao passageiro o pagamento por suas despesas, ou, alternativamente (ii) reembolsar o valor pago pelo bilhete aéreo.

Em conclusão, apesar da Convenção de Varsóvia e CBA terem limitado o valor da indenização em casos de responsabilidade do transportador aéreo para atrasos em escala, tais limites restaram inaplicáveis diante da vigência do CDC.

b. “Overbooking”

O “overbooking” pode ser considerado como um fenômeno típico do mercado de transporte aéreo, que somente existe porque o nosso legislador, ao regular essa atividade, preferiu dotar o bilhete aéreo, instrumento que corporifica o serviço de transporte aéreo, de menor rigidez do que a maioria dos serviços contratados pelos consumidores na vida social. Esclareça-se.

Devido às características particulares do transporte aéreo (alto preço dos bilhetes, grande número de vôos e imprescindibilidade da atividade sob o ponto de vista estratégico), a regulação de aviação civil não penaliza o passageiro que, por alguma razão (atraso, esquecimento, trânsito etc.) não se apresenta para o *check in* e embarque no horário estipulado no bilhete aéreo. Na maior parte dos serviços, o normal seria o consumidor perder o valor pago, tendo em vista que o serviço foi disponibilizado regularmente, porém somente não foi usufruído por causa atribuível exclusivamente ao passageiro (excludente de responsabilidade do artigo 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor).

Seria, *mutatis mutandis*, o que ocorre quando se compra um bilhete para uma peça de teatro ou uma ópera. O consumidor vai até o teatro, escolhe o assento que melhor lhe convém (muitas vezes, há grande variação de preço, como no transporte aéreo) e compra o bilhete. Se, no dia do espetáculo, o consumidor não vai ou chega muito atrasado, amarga o prejuízo, pois aquele assento não poderia ser utilizado por ninguém mais além dele. O teatro não permite que, com o bilhete não utilizado, o consumidor possa assistir o espetáculo em outro dia de exibição. A mesma

idéia se aplica para o transporte rodoviário. Não se apresentando o passageiro, ele perde o valor pago pela passagem.

Não é o que ocorre no serviço de transporte aéreo. Caso o consumidor não se apresente a tempo para o embarque no voo originalmente contratado, a transportadora o reacomoda no primeiro voo disponível com mesmo destino, mesmo que o atraso do consumidor decorra de fato atribuível única e exclusivamente ao próprio.

E essa impontualidade (ou simples não aparição) para embarque ocorre em um índice altíssimo. É o denominado “no-show”. Certamente, sob o ponto de vista financeiro, seria muito mais interessante às Companhias Aéreas que o Estado-regulador as tivesse permitido simplesmente reter o valor pago pelos passageiros responsáveis pelo “no-show”.

Se isso fosse possível, o “no-show” não teria nenhum efeito nas finanças dos transportadores aéreos. Se o passageiro havia pago o bilhete aéreo, confirmado a reserva, mas não apareceu, nada mais justo seria do que o transportador aéreo não arcar com o prejuízo decorrente da omissão do passageiro. Afinal, esse transportador aéreo poderia efetivamente contar com a firmeza da reserva efetuada e confirmada pelo passageiro.

Pois bem, não é assim que é regulado o serviço de transporte aéreo. Como visto, devido ao preço elevado dos bilhetes e ao interesse governamental de incentivar a demanda de transporte aéreo, a regulação abre a possibilidade de o passageiro responsável pelo “no-show” utilizar o seu bilhete em outro voo diverso do originalmente contratado. Essa possibilidade preconizada pelo legislador tem um preço: o “overbooking”.

Como as Companhias Aéreas não podem reter o preço pago pelos

passageiros que não aparecem para o embarque no voo originalmente contratado, mas, ao contrário, têm o dever de realocá-los no primeiro voo disponível com o mesmo destino, em contrapartida, o agente regulador permite que as Companhias Aéreas realizem um número de reservas maior do que o de assentos. Em outras palavras, realizem “overbooking”.

O “overbooking” não é, portanto, uma prática injustificável ou opressora das Companhias Aéreas, buscando lucros astronômicos, como se tem propagado. Muito pelo contrário. O “overbooking” é autorizado pelo Departamento de Aviação Civil – DAC, por meio do artigo 22 e seguintes da Portaria nº 676/GC-5, de 13 de novembro de 2000:

“Art. 22. Quando o transportador cancelar o voo, ou este sofrer atraso, ou, ainda, houver preterição por excesso de passageiros, a empresa aérea deverá acomodar os passageiros com reserva confirmada em outro voo, próprio ou de congêneres, no prazo máximo de 4 (quatro) horas do horário estabelecido no bilhete de passagem aérea.

§ 1o Caso este prazo não possa ser cumprido, o usuário poderá optar entre: viajar em outro voo, pelo endosso ou reembolso do bilhete de passagem.

§ 2o Caso o usuário concorde em viajar em outro voo do mesmo dia ou do dia seguinte, a transportadora deverá proporcionar-lhe as facilidades de comunicação, hospedagem e alimentação em locais adequados, bem como o transporte de e para o aeroporto, se for o caso.

§ 3o Aplica-se, também, o disposto neste artigo e seus parágrafos quando o voo for interrompido ou sofrer atraso superior a 4 (quatro) horas em aeroporto de escala.” (grifou-se).

Se, por um lado, a certeza de embarque representa uma grande comodidade para os passageiros, a prática pode tornar-se ruína às Companhias Aéreas e, em última análise, ao próprio setor de transporte aéreo, atividade pública e estratégica para toda nação. Assim, como forma de garantir a lotação mínima das aeronaves, sob pena de operar em constante e enorme prejuízo na prestação de serviços, às Companhias Aéreas é permitido realizar reservas em número superior à quantidade de assentos. Trata-se, por conseguinte, de medida equitativa e lícita levada a efeito pelas Companhias Aéreas em prol da manutenção do equilíbrio

econômico-financeiro de suas operações.

Assim, sob esse raciocínio, é possível defender que inexistente defeito no serviço do transportador aéreo em casos de “overbooking”, atraindo a excludente de causalidade prevista no artigo 14, §3º, I, do CDC.

Porém, não é esse o raciocínio adotado pela doutrina e jurisprudência, que vem condenando as companhias aéreas por danos ocasionados aos consumidores em decorrência do “overbooking”.

Isso porque predomina o conceito de “overbooking” como a “consciente atividade de contratar do transportador aéreo que exorbita de sua real e efetiva capacidade de proporcionar acomodamento a todos os passageiros numa determinada aeronave em determinado voo, culminando com a exclusão de alguns deles. Em outras palavras, a empresa de transporte aéreo, mesmo ciente de que celebra contratos de consumo com contingente de pessoas superior à capacidade de ocupação da aeronave, aceita o risco de vir a causar frustrações à legítima expectativa dos consumidores de embarcar no voo contratado, almejando, com isso, reduzir a taxa de desistência e aumentar o lucro”⁶⁶.

Para a doutrina e jurisprudência – que é, inclusive, dominante sobre a matéria – o “overbooking” consiste em prática manifestamente abusiva, serviço defeituoso, violação do princípio da boa-fé objetiva e da legítima expectativa do consumidor.

O ilustre doutrinador Álvaro Couri Sousa explica que:

“A fim de reduzir o número de voos com assentos parcialmente preenchidos, as companhias aéreas instituíram a prática, hoje corrente, de vender passagens aéreas em quantidade superior ao número de assentos existentes no avião,

⁶⁶ SOUSA, Álvaro Couri Antunes. Op. cit., p. 67.

buscando assim, auferir maior lucro.

Conseqüentemente, tal procedimento conduz o transportador a assumir os riscos pela prestação de serviço defeituoso caso todos aqueles que contrataram com o transportador compareçam ao aeroporto para embarcar, já que, certamente, todos irão querer obter preferência para embarque. Os que não forem contemplados, certamente, terão direito a ressarcir-se não apenas dos danos materiais como também, e sobretudo, dos danos morais, por ter a companhia oferecido serviços que de antemão sabia não poder cumprir.

Várias companhias, prudentemente, vêm adotando a seguinte conduta: ao fazer o check in, verificando a grande probabilidade de ocorrer o *overbooking*, oferecem aos passageiros vantagens para que não embarquem, tais como bônus, milhas de viagem e hospedagem gratuita em hotéis.

Nestes casos, tem o passageiro a faculdade de aceitar ou não a oferta, jamais se admitindo sua imposição ao consumidor, pois, desta forma, estar-se-ia diante de modificação unilateral do contrato de transporte e, portanto, nula e manifestamente abusiva, à luz do disposto no art. 39 do CDC, respondendo o transportador por todos os danos materiais e morais provenientes desta conduta.

Sucedee, entretanto, que algumas outras companhias aéreas vêm agindo com total descaso perante o consumidor, quando não raro o despreza, fazendo-o amargar horas de espera em saguões de aeroportos, colocando-os em aeronaves cujas rotas são excessivamente mais longas do que aquelas contratadas, demonstrando absoluto desrespeito ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

O contrato de consumo deve balizar-se precipuamente pela boa-fé dos contratantes quando da celebração da avença. O consumidor, ao celebrar um contrato de transporte aéreo com a companhia, adquire a legítima expectativa de que o outro contratante cumprirá fielmente sua obrigação na data apazada. Caso assim não fosse, de certo procuraria outra empresa que lhe oferecesse as condições desejadas.⁶⁷

O STJ se posicionou de maneira cristalina sobre o tema quando apreciou o RESP 481.931/MA⁶⁸, em que reverteu acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Maranhão com base no artigo 22, § único, do CDC, que dispõe o seguinte:

“Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.”

⁶⁷ SOUSA, Álvaro Couri Antunes. Op. cit. p. 72.

⁶⁸ STJ, RESP n. 481.931/MA, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, 17 jun. 2003.

O acórdão reformado havia entendido que o “overbooking” “não configura dano material ou moral, por tratar-se de procedimento reconhecido e autorizado pelo Ministério da Aeronáutica (Lei nº 7.565/86 e Portaria 957/89), mormente quando não evidenciado prejuízo de qualquer ordem originado desse fato”. O STJ modificou esse acórdão com a seguinte fundamentação:

“O r. acórdão recorrido afirmou que o impedimento de embarque em razão da prática de overbooking não é causa de dano indenizável, mas comportamento permitido pela legislação.

Tenho que esse fundamento aceito pela r. Câmara não se sustenta diante do que consta do CDC, uma vez que há evidente descumprimento do contrato celebrado entre a empresa aérea e seu passageiro, mediante a emissão da passagem. No caso dos autos, o autor não foi embarcado no voo previsto e isso certamente lhe trouxe transtorno, como é da experiência comum. Ao que consta, não embarcou no mesmo dia.

Houve violação ao disposto no art. 2, § único, do CDC, que deveria ter sido aplicado e não o foi. A situação é de atraso de voo, hipótese seguidamente examinada neste Tribunal, conforme se vê dos precedentes citados pelo recorrente, causa de dano indenizável.” (grifou-se)

Apesar do “overbooking” ser fenômeno diverso do atraso, acaba ocasionando, na prática, os mesmos efeitos que o último. Dessa forma, muitas vezes os magistrados tratam o “overbooking” como atraso. Assim, a Segunda Turma do STJ tem entendido que, em casos de “overbooking”, o dano moral fica caracterizado apenas pela prova do atraso de voo em si e pela experiência comum.⁶⁹

Tanto é assim que alguns acórdãos do STJ⁷⁰ entendem que a indenização tarifada para atrasos de voo estipulada na Convenção de Varsóvia pode ser considerada como parâmetro de indenização, embora esse não seja o diploma legal aplicável, que no caso, é o CDC. As recentes indenizações para “overbooking” estão entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)

⁶⁹ STJ, RESP n. 567.158/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Brasília, 25 nov. 2003.

e R\$ 6.000,00 (seis mil reais)⁷¹.

4.2. A responsabilidade do transportador aéreo quanto às bagagens de seus passageiros

Ao transportar pessoas, o transportador aéreo também assume o contrato acessório de transportar suas bagagens. Nesse sentido, ambos os contratos encontram-se atrelados. Para saber qual é o exato escopo do contrato de transporte de bagagens, é preciso, primeiramente, definir o que é bagagem.

Segundo José da Silva Pacheco⁷², bagagem é palavra do francês *bagage*, e não se confunde com carga, motivo porque é regulada em seção especial. Constitui-se do conjunto de objetos de uso pessoal dos passageiros acondicionados em malas ou valises de mão.

Em seu estudo sobre a responsabilidade civil no transporte aéreo, Marco Fábio Morsello⁷³ compila definições de contrato de transporte de bagagem, feitas por dois autores estrangeiros, a saber:

“Eduardo T. Consentino assevera que o contrato de transporte de bagagens é “aquele, em virtude do qual, uma das partes se obriga a transportar do ponto de partida ao ponto de destino, conjuntamente com o passageiro, seus pertences pessoais, adequados para a sua comodidade e uso, durante a viagem”. Ademais, para o mesmo autor, trata-se de contrato consensual, bilateral, formal, porém sem caráter *ad solemnitatem*. Carece de onerosidade, na medida em que tem vinculação e origem no transporte de passageiros⁷⁴.

(...)

Assim, sufragamos a definição efetuada por Luis Tapia Salinas, o qual, estribando-se no entendimento de Gay de Montellá, define o contrato de

⁷⁰ STJ, Ag RG n. 588.172/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Brasília, 16 dez. 2004.

⁷¹ STJ, RESP n. 628.828/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Brasília, 20 abr. 2004.

⁷² PACHECO, José da Silva. Op. cit., p. 431.

⁷³ MORSELLO, Marco Fábio. Op. cit., p. 206-207.

⁷⁴ COSENTINO, Eduardo T. *Régimen jurídico del transportador aéreo*. Buenos Aires: Abedelo-Perrot, 1986. p. 189.

transporte de bagagens como aquele “mediante o qual uma empresa de transporte aéreo ou um simples transportador se obriga, em virtude de um contrato de transporte de passageiro, firmado anterior ou simultaneamente com aquele, a transladar de um lugar ao outro e por via aérea, a bagagem do passageiro referido, abarcando aquela despachada, bagagem de mão, bem como eventual excesso de peso, superador de franquia, nas condições pactuadas pelas partes”⁷⁵.

A comprovação do contrato acessório de bagagem é feita pelo documento de nota de bagagem, onde deve constar o número do bilhete de passagem, trajeto de viagem (compreendendo os pontos de partida e destino), peso da bagagem, nome do transportador aéreo, entre outras informações.

Assim, o transportador aéreo é obrigado (i) a transportar, com segurança, o passageiro e suas respectivas bagagens até destino contratado; (ii) entregar a nota de bagagem e o bilhete de passagem, com informações detalhadas sobre o percurso e outras informações relevantes; (iii) embarcar e desembarcar o passageiro e suas bagagens no horário contratado.

A responsabilidade civil do transportador aéreo relativa a bagagens está prevista nos artigos (i) 18, 19 e 26, da Convenção de Varsóvia; e (ii) 260, do CBA:

“Artigo 18

1) Responde o transportador pelo dano decorrente da destruição, perda ou avaria de bagagem despachada, desde que o fato que causou o dano haja ocorrido durante o transporte aéreo.

2) Responde o transportador pelo dano decorrente da destruição, perda ou avaria sob a condição única de que o fato que causou o dano haja ocorrido durante o transporte aéreo.

3) Entretanto, o transportador não será responsável se provar que a destruição, perda ou avaria da mercadoria resultar exclusivamente de um ou mais dos fatos seguintes:

a) natureza ou vício próprio da mercadoria;

⁷⁵ SALINAS, Luis Tapia. *Curso de derecho aeronáutico*. Barcelona : Bosch, 1980.

- b) embalagem defeituosa da mercadoria feita por pessoa que não o transportador ou seus prepostos;
- c) ato de guerra ou conflito;
- d) ato da autoridade pública executado em relação com a entrada, saída ou trânsito da mercadoria.

4) Transporte aéreo, para o efeito dos itens precedentes é o período durante o qual a bagagem ou as mercadorias se acham sob a guarda do transportador, seja em aeroporto, seja a bordo da aeronave, seja em qualquer outro lugar, em caso de pouso fora do aeroporto.

5) O período do transporte aéreo não abrange nenhum transporte terrestre, marítimo ou fluvial, efetuado fora do aeroporto. Todavia, quando na execução do contrato de transporte aéreo se efetuar quaisquer desses transportes para carregamento, a entrega ou baldeação, presume-se que o dano resultou de fato ocorrido durante o transporte aéreo, salvo prova em contrário.

(...)

Artigo 19

Responde o transportador pelo dano proveniente do atraso no transporte aéreo de viajantes, bagagem ou mercadorias.

Artigo 26

1) Salvo prova em contrário, presumem-se entregues em bom estado, e de conformidade com o documento de transporte, as mercadorias e bagagem que o destinatário haja recebido sem protesto.

2) Em caso de avaria, deverá o destinatário encaminhar o seu protesto ao transportador logo após a verificação da avaria, isto é, o mais tardar, dentro do prazo de sete dias para a bagagem e de quatorze dias para as mercadorias, a contar do respectivo recebimento.

O protesto pelo atraso deverá ser feito, o mais tardar dentro de vinte e um dias, a contra daquele em que a bagagem ou mercadoria, haja sido posta à disposição do destinatário.

3) Todo e qualquer protesto se formulará mediante ressalva exarada no documento de transporte, ou mediante qualquer outro escrito, expedido dentro do prazo previsto para esse protesto.

4) Não havendo protesto dentro dos prazos previstos, não se admitirão ações contra transportador senão em caso de fraude deste.”

“Art. 260. A responsabilidade do transportador por dano, conseqüente da destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou conservada em mãos do passageiro, ocorrida durante a execução do contrato de transporte aéreo, limita-se ao valor correspondente a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, por ocasião do pagamento, em relação a cada passageiro.”

Da leitura dos artigos transcritos, depreende-se que existem quatro

hipóteses de responsabilidade civil do transportador aéreo quanto a bagagens: a destruição, perda, avaria e atraso na entrega das bagagens.

Com a grande circulação de pessoas e bagagens que ocorre no mundo globalizado atual, os transportadores aéreos ficam responsáveis pelo tráfego de gigantescas quantidades de bagagens diariamente. Por isso, os transportadores aéreos, cada vez mais, vêm tentando fazer desse processo o mais cuidadoso possível, por meio de diversos procedimentos de segurança.

Mesmo com todo esse cuidado, diante do grande volume de bagagens transportadas, é quase impossível garantir que algumas bagagens não sofram danos.

Os danos que a bagagem do passageiro pode sofrer nesse percurso são os seguintes⁷⁶:

Tipo de Dano	Definição
<u>Destruição</u>	Danificação definitiva, que torna o objeto imprestável para uso.
<u>Perda</u>	Desaparecimento, extravio, ainda que parcial ou temporário.
<u>Avaria</u>	Danificação, deterioração, estrago, podendo ser definitivo ou temporário.
<u>Atraso na entrega</u>	A bagagem é entregue ao passageiro no destino contratado com atraso.

André Uchôa Cavalcanti⁷⁷ explica com propriedade os meandros da responsabilidade civil do transportador aéreo relativa a bagagens:

⁷⁶ CAVALCANTI, André Uchôa. Op. Cit. P. 154.

⁷⁷ CAVALCANTI, André Uchôa. Op. cit., p. 154-155.

“A Convenção de Varsóvia, em seu artigo 18, estabelece que o transportador responderá pelo dano ocasionado por destruição, perda ou avaria de bagagem despachada, desde que o fato que causou o dano haja ocorrido durante o transporte aéreo, definido este como o período durante o qual a bagagem [...] se acham sob a guarda do transportador, seja no aeroporto, seja a bordo da aeronave, seja em qualquer outro lugar, para o caso de pouso fora do aeroporto (alínea 4, do artigo 19). Considera-se, também, que o período de transporte aéreo não abrange transporte terrestre, marítimo ou fluvial, efetuado fora de aeródromo. Todavia, se na execução do contrato de transporte aéreo se utilizar qualquer destes transportes, para o carregamento, entrega ou a baldeação, presume-se que o dano resultou de fato ocorrido durante o transporte aéreo, salvo prova em contrário (alínea 5 do mesmo artigo 18).

A Convenção de Varsóvia dispunha, em seu art. 20, alínea 2, que se exime de culpa o transportador que, no transporte de bagagem ou mercadoria, provar que o dano proveio de erro de pilotagem, de condução da aeronave ou de navegação, e que, a todos os demais respeitos, tomou, e tomaram os seus prepostos, as medidas necessárias para que não se produzisse o dano. Todavia, tal dispositivo foi suprimido pelo art. X da Convenção de Haia/1955, incorporado ao direito interno pelo Decreto nº 56.463/65, que por sua vez foi substituído pelo artigo II do protocolo adicional nº 2, promulgado pelo Decreto 2.860 de 07.12.98.

Podemos notar, então, que com a supressão da alínea 2 do artigo 20 da Convenção de Varsóvia, a responsabilidade por perda, destruição ou avaria de bagagem passou de subjetiva a objetiva, uma vez que, antes, o transportador podia alegar ter tomado todas as providências para que o evento danoso não se operasse. Agora, regula a questão apenas o artigo 18 que, no item 3, estabelece como excludentes da responsabilidade o vício da própria mercadoria, a embalagem defeituosa feita por pessoa que não o transportador, que em ambos os casos traduziria o fato da vítima, além do ato de guerra e do ato de autoridade pública executado em relação com a entrega, saída ou trânsito de mercadoria, espelhando estas duas hipóteses, fatos de terceiro. Neste aspecto, portanto coincidem os princípios emposados pelo CDC e pela Convenção. Mas alertamos para o fato de que não é qualquer fato de terceiro que elide a responsabilidade do transportador, como se poderia inferir da simples leitura do item II, parágrafo 3/ do artigo 14 do CDC. Como defendemos a aplicação da regra mais benéfica para o consumidor, valem apenas os fatos de terceiros elencados na lei especial citada acima.

O Código Brasileiro de Aeronáutica apresenta, no artigo 260, texto semelhante ao contido no mencionado artigo 18 da Convenção e, em vista deles, o transportador apenas será responsabilizado, conforme José da Silva Pacheco, se ocorrer: a destruição, perda ou avaria durante a execução do contrato de transporte aéreo (art. 234, § 1º); protesto do passageiro (art. 234, § 5º); não tenha havido a exoneração da responsabilidade do transportador (art. 264) e a habilitação ou comprovação de legitimidade (arts. 252 a 255). Não haverá indenização, segundo o mesmo autor, se ocorrer um dos fatos previstos no art. 264, com relação às malas ou valises intactas (art. 265), se o dano for anterior ou posterior à execução do contrato (§ 1º do art. 234), se não houver protesto (§ 5º do art. 234) e, por fim, se a bagagem for recebida sem protesto (§ 4º do art. 234).

O atraso na entrega da bagagem não consta da Seção IV, “Da responsabilidade por danos à bagagem”. Entretanto, o art. 261 do CBA determina aplicar, no que couber, o disposto na seção relativa à responsabilidade por danos à carga aérea (arts. 262 a 266 do CBA), sendo o atraso contemplado no art. 262, atinente à

responsabilidade por danos à carga, que é objetiva. Observe-se que o atraso não causa, em verdade, dano à bagagem ou à carga, mas pode causa-lo ao passageiro, em razão de não poder manipula-las no momento em que já deveriam estar em seu poder.

O atraso também encontra guarida no art. 19 da Convenção de Varsóvia: responde o transportador pelo dano proveniente do atraso do transporte aéreo de viajante, bagagem ou carga [grifo nosso]. Embora o artigo 20 da Convenção de Varsóvia estabeleça a responsabilidade subjetiva, com culpa presumida, nos casos de atraso, acreditamos prevalecer a responsabilidade objetiva imposta pelo art. 14 do CDC.

Assim, ocorrendo algumas das hipóteses (atraso, destruição, perda ou avaria da bagagem) em vôos domésticos, o dano conseqüente seria indenizado até o limite correspondente de 150 ONTs por passageiro, conforme o art. 260 do CBA, que inclui tanto a bagagem despachada quanto a conservada nas mãos do passageiro. Não se prevê, no art. 260, a faculdade de fazer declaração especial de valor da bagagem. Contudo, por força do disposto no art. 261, e tendo em vista o estabelecido nos arts. 263, 257 § 1º, e 234, § 2º, pode-se admitir a referida declaração também no tocante à bagagem.

(...)

Apesar de afastados todos estes dispositivos limitadores das indenizações contidos na lei especial em razão da aplicabilidade do CDC, vale a pena que se façam algumas considerações. Todos os valores ali estipulados tinham por escopo ressarcir o passageiro do valor dos objetos que portam ou despacham. Mas, em caso de perda, avaria, destruição ou atraso pode não ser apenas a falta dos objetos o único dano. Para um passageiro que não possua um disquete contendo um programa de computador para aplicação imediata da sua empresa, em razão de sua destruição pelo transportador aéreo, o prejuízo não se restringe ao programa, mas pode alcançar o atraso da implementação deste, que também merecerá reparação, desde que comprovado.” (grifou-se)

Marco Fábio Morsello⁷⁸ ressalta que “malgrado os diplomas internacionais apenas insiram responsabilidade limitada do transportador, que se coaduna com o dano material, inexistente, com fulcro na força normativa da Constituição e na interpretação da lei conforme àquela, vedação de inclusão do dano moral no mesmo pedido de ressarcimento, máxime em se considerando a viabilidade de cumulação de ambas as figuras, nos termos da Súmula 37 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Por via de conseqüência, uma vez configurados os pressupostos do dano moral, cuja reparação se encontra

⁷⁸ MORSELLO, Marco Fábio. Op. Cit. P. 216.

consubstanciada no ordenamento constitucional vigente, *ex vi* do que preceitua o art. 5º, V e X, não prospera a argumentação fulcrada na pretensa proibição da referida inclusão, à luz do Sistema de Varsóvia e da Convenção de Montreal.”

Ao pleitear indenização moral pela perda da bagagem no retorno ao Brasil, ou seja, no regresso para sua residência, é importante notar que há entendimento consolidado do STJ que, em tais hipóteses, afirma não acarretar em danos morais. Senão, vejamos:

“Dano moral. Extravio de bagagem. Retorno ao local de residência. Precedentes da Terceira Turma.

Já decidiu a corte que não se justifica a ‘reparação por dano moral apenas porque a passageira, que viajara para a cidade em que reside, teve o incômodo de adquirir roupas e objetos pessoais’ (REsp nº 158.535/PB, Relator para o acórdão o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 09/10/2000; no mesmo sentido: REsp nº 488.087/RJ, da minha relatoria, DJ 17/11/2003).

Recurso especial conhecido e provido”⁷⁹(Grifou-se)

“Transporte aéreo. Código Brasileiro de Aeronáutica. Código de Defesa do Consumidor. Extravio de bagagem.

Aplicam-se as normas que regulam as relações de consumo e não aquelas limitadoras da responsabilidade, próprias do transporte aéreo, quando a espécie não envolva o chamado risco do ar.

não se justifica a reparação por danos moral apenas porque a passageira, que viajara para a cidade em que reside, teve o incômodo de adquirir roupas e objetos perdidos. Hipótese que não se equipara à julgada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 172.720.”⁸⁰ (grifou-se)

“Responsabilidade Civil. Extravio de bagagem. Danos materiais e morais. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Retorno ao local de residência. Precedente da Terceira Turma.

Já está assentado na Seção de Direito Privado que o código de Defesa do Consumidor incide em caso de indenização decorrente de extravio de bagagem.

⁷⁹ STJ, RESP n. 740.073/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, publicado no Diário de Justiça de 06 mar. 2006.

⁸⁰ STJ, RESP n. 158.535/PB, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, publicado no Diário de Justiça de 09 de out. 2000.

O fato de as notas fiscais das compras perdidas em razão do extravio estarem em língua estrangeira, não desqualifica a indenização considerando a existência de documento nacional de reclamação coma indicação dos artigos perdidos ou danificados que menciona os valores respectivos, cabendo à empresa provar em sentido contrário, não combatida a inversão do ônus da prova acolhida na sentença.

Precedente da terceira Turma decidiu que não se justifica ‘a reparação por danos moral apenas porque a passageira, que viajara para a cidade em que reside, teve o incômodo de adquirir roupas e objetos perdidos’

Recurso especial conhecido e provido, em parte”⁸¹ (grifou-se)

Isso porque, já de volta à sua residência, o passageiro teria a seu dispor outras roupas e objetos de uso pessoal, fazendo com que o dano causado pela ausência de seus objetos contidos na bagagem passasse despercebido. Porém, cumpre ressaltar que esse juízo deve ser feito caso a caso, pois nada impede que alguns bens contidos na bagagem possam acarretar dano moral ao passageiro.

⁸¹ STJ, RESP 158.535/PB, Rel. Ministro Eduardo Toledo, Brasília, publicado no Diário de Justiça de 09 de out. de 2000.

5. Excludentes de responsabilidade

O ato ilícito é um dos elementos essenciais para que exista a responsabilização civil⁸². Assim, se o agente não tiver cometido ato ilícito, inexistirá responsabilização. É importante fazer esse raciocínio, pois, muitas vezes, se imputa um evento a um determinado agente, mas ao analisá-lo mais atentamente, percebe-se que o ato que deu causa ao evento danoso decorre de (i) fato exclusivo da vítima; (ii) fato de terceiro; e (iii) caso fortuito ou força maior.

Como se sabe, tais circunstâncias são chamadas de excludentes de responsabilidade, pois excluem a responsabilidade daquele que aparentemente havia ocasionado o dano. Examinaremos a seguir as principais excludentes de responsabilidade que ocorrem em casos que envolvam a responsabilidade civil do transportador aéreo.

a . Fato exclusivo da vítima

O nome dessa excludente de responsabilidade - fato exclusivo da vítima - é praticamente auto-explicativo. Sua ocorrência está prevista tanto nas legislações especiais sobre o transporte aéreo quanto no CDC.

A Convenção de Varsóvia prevê o fato exclusivo da vítima em seus artigos 18, item 3, alínea b, e a Convenção de Roma, nos artigos 21, itens 1 e 2. Já o CBA admite o fato exclusivo da vítima como excludente de responsabilidade nos artigos 256, § 1º, alínea a, 264, inciso II, alínea b, e 268, § 2º, inciso IV.

⁸² Para alguns doutrinadores, o conceito de ato ilícito está diretamente ligado à culpa, não sendo, portanto, essencial para a responsabilidade objetiva.

Em conformidade às legislações especiais aqui citadas, o CDC, também exonera a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços em casos de culpa exclusiva da vítima (artigo 14, § 3º, inciso II, do CDC).

Porém, cabe aqui uma ressalva: em caso de concorrência de causas, isto é, no caso da participação da vítima para o evento danoso, mesmo que haja defeito do produto ou serviço, a doutrina e jurisprudência vêm admitindo a reparação integral do dano pelo fornecedor.

Nesse sentido, André Uchôa Cavalcanti⁸³ ensina que “nas relações de consumo, a doutrina vem admitindo a reparação integral pelo fornecedor, em caso de concorrência de causas, ou seja, no caso de defeito do produto ou serviço e da participação da vítima no evento danoso⁸⁴, tendo em vista a expressão exclusiva atribuída como qualidade à conduta da vítima para o caso de exclusão. Assim, resta como mais benéfica a aplicação do CDC, levando-se em conta a interpretação mencionada da doutrina, que, a nosso ver, revoga os dispositivos contrários referidos acima das convenções de Varsóvia e de Roma. Vale a pena o registro do que dispõe o artigo 21, item 1, da Convenção de Varsóvia: *1) No transporte de passageiros e de bagagem, se o transportador provar que o dano foi causado por culpa da pessoa lesada ou que esta para ele contribuiu, o tribunal poderá, em conformidade com a sua lei, excluir ou atenuar a responsabilidade do transportador.* Curiosas as expressões “poderá” e “em conformidade com a sua lei”, que faz com que se admita a aplicação das regras contidas no CDC, no caso de concorrência de causas aqui estudado.”

Os transportadores aéreos não podem ser responsabilizados, assim, por fato exclusivo da vítima. Muitos são os passageiros que tentam extrair vantagem pecuniária dos transportadores aéreos, sob o argumento de que o

⁸³ CAVALCANTI, André Uchôa. Op. Cit. P. 208.

transportador não teria realizado o transporte em segurança, com a transferência de localização do passageiro são e salvo.

Nessa perspectiva, cada vez mais os transportadores aéreos evitam transportar pessoas doentes, que não estão em condições de viajarem sentadas. Mesmo tomando todas as cautelas, os transportadores aéreos são processados. Contudo, a jurisprudência prova que os julgadores possuem discernimento para determinar como se fará a resolução da controvérsia.

Um exemplo incontestável dessa afirmativa é o acórdão da apelação cível nº 2005.001.4787⁸⁵, julgada e provida por maioria pela 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, na qual o Desembargador Relator Rudi Loewenkron examinou ação indenizatória proposta por passageira contra a Gol Transportes Aéreos Ltda.. Segundo a passageira, o transportador aéreo a teria impedido de viajar, por conta de suas graves enfermidades. Em brilhante análise, o Relator considerou a excludente de responsabilidade do fato da vítima:

“Trata-se de Ação Indenizatória, ajuizada por Terezinha da Silva Gomes em face de Gol Transportes Aéreos Ltda., objetivando em síntese, indenização por dano material e moral decorrente da conduta do preposto da Ré que a impediu de viajar em seu avião para realizar uma cirurgia em Curitiba.

Na sentença de fls. 131/132, o juiz julgou parcialmente procedente o pedido e condenou a Ré a pagar a Autora indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 e a restituir a Autora puramente o valor de R\$ 1.138,50 pagos pelas passagens aéreas, todas as quantias atualizadas monetariamente acrescidas de juros legais de 0,5% ao mês e ainda ao pagamento de custas e honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da condenação. (...)

Inicialmente cumpre salientar que a responsabilidade civil das companhias aéreas em relação a seus passageiros é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo de natureza objetiva.

A negativa de embarque da Autora no Vão da empresa-ré, pelo que se observa das provas dos autos, se deu em razão de encontrar-se a Autora naquela

⁸⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 196.

⁸⁵ TJRJ, AC n. 2005.001.47897, Rel. Desembargador Rudi Loewenkron, Rio de Janeiro, 05 dez. 2005.

oportunidade acometida de fortes dores, não tendo condições de cumprir o exigido pela empresa, em relação a segurança de seus passageiros.

É que, pretendia a Autora no momento do embarque, ser removida em uma maca, o que não foi comunicado à empresa na hora da compra das passagens, pois como consta no documento de fls. 09, o solicitado para o momento do embarque foi tão-somente uma cadeira de rodas.

Ao chegar ao Aeroporto, verificou o funcionário da Empresa-Ré estar a Autora em uma ambulância, acometida de fortes dores, e dizendo que teria que viajar deitada ou em pé, não sendo permitido, por questões de segurança. Primeiro por não possuir a aeronave condições apropriadas para a remoção de pessoas portadora de grave enfermidade, necessitando de cuidados especiais e, segundo, como já mencionado, por questões de segurança, não só para ela-Autora, mas para os demais passageiros.

Ficou claro que faltou a Autora, no momento da compra dos bilhetes, informar a empresa-Ré suas reais condições de saúde. (...)

Diverso do afirmado pelo nobre julgador monocrático na sentença apelada, entende este Relator não ter havido no caso em exame, descumprimento de contrato por parte da Ré. Muito pelo contrário.

A atitude da Autora, sim, em omitir seu real estado de saúde, é que se entende como má-fé, pois tentou embarcar em uma aeronave em precário estado de saúde, podendo ter sido agravado durante o Voo, devido a falta de acomodação adequada do avião, que não é próprio para transportes de pessoas no estado em que se encontrava a Ré, configurando, assim, uma das responsabilidades, que é o fato exclusivo da vítima, que se caracteriza quando sua conduta é causa direta e determinante do evento. Na lição do eminente professor Sérgio Cavaliere “Se o comportamento do usuário é a única causa do acidente de consumo, não há como responsabilizar o produtor ou fornecedor, por ausência de nexo de causalidade entre sua atividade e o dano.

A conta de tais considerações, prove-se o recurso para julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial, condenando-se a Autora em custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.” (grifou-se)

Dessa forma, o fato exclusivo da vítima é uma forte excludente de responsabilidade civil do transportador aéreo.

b. Fato exclusivo de terceiro

Não se pode atribuir responsabilidade por um dano a alguém se foi um terceiro o seu causador. Essa é a explicação para a excludente de responsabilidade do fato de terceiro.

Marcelo Kokke Gomes⁸⁶ ensina que “o acidente de consumo pode ser provocado por um terceiro, alguém alheio à relação de consumo. Assim, terceiro é qualquer pessoa estranha à relação de consumo, não engloba, portanto, o comerciante. A simples existência de ato de terceiro que contribua para com o dano não ilide a responsabilidade do fornecedor, sendo sim hipótese de responsabilidade solidária. Se acionado, o fornecedor será responsável pelo ressarcimento, mas poderá, posteriormente exercer o direito de regresso. Para que possa excluir a responsabilidade do fornecedor, é preciso que o ato de terceiro rompa totalmente com o nexo de causalidade entre o dano e a atividade do fabricante, produtor ou importador”.

Estranhamente, a legislação especial inseriu o fato de terceiro no rol de excludentes de responsabilidade em apenas uma hipótese. André Uchôa Cavalcanti⁸⁷ disserta com brilhantismo sobre o tema:

“Trazendo a temática para o objeto de nosso estudo, percebemos que a legislação especial não contemplou o fato de terceiro como excludente da responsabilidade do transportador aéreo.

Vejamos, por exemplo, o CBA: o artigo 256, que trata da responsabilidade por danos aos passageiros, determina que o transportador não será responsável, no caso de morte ou lesão, se estas resultarem do estado de saúde do passageiro, ou se o acidente decorrer de sua culpa exclusiva (art. 256, § 1º, alínea a). Esta é a única excludente, não havendo menção para as hipóteses de morte ou lesão decorrente de fato de terceiro. No caso de atraso (item II do art. 256), admite-se a força maior ou comprovada determinação de autoridade aeronáutica, que será responsabilizada (art. 256, § 1º, alínea b). Temos aqui um fato de terceiro, qual seja, a determinação (fato) da autoridade aeronáutica (terceiro diante da relação entre transportado e transportador). Aparentemente, este fato de terceiro, e só este, deve ser considerado excludente. No transporte de bagagem ou carga dá-se o mesmo. Verificando todas as hipóteses que excluem a responsabilidade contidas no art. 264 do CBA, encontraremos apenas o ato de autoridade pública referente à carga (art. 264, II, alínea d) como fato de terceiro. Quanto aos terceiros na superfície, o artigo 268, § 2º, III do CBA exclui a responsabilidade do transportador no caso da aeronave ser operada por terceiro, não preposto nem dependente, que tenha iludido a razoável vigilância exercida sobre o aparelho. Observe-se que todas estas regras externam determinações similares da

⁸⁶ GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade Civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 209.

⁸⁷ CAVALCANTI, André Uchoa. Op. cit., p. 205.

Convenção de Varsóvia (art. 18, item 3, e art. 21, itens 1 e 2) e da Convenção de Roma (artigos 4º e 5º).”

O CDC, em seu artigo 14, §3º, inciso II, inseriu em seu rol de excludentes de responsabilidade o fato exclusivo de terceiro. Por isso, o CDC é mais favorável ao fornecedor de serviços de transporte aéreo do que as próprias legislações especiais.

Então, o fato de terceiro pode ser considerado como excludente de responsabilidade em ocasiões em que não haja determinação expressa na legislação especial?

Há quem defenda que não, como o próprio autor, que aduz que “complica-se o quadro quando tratamos da incidência, no transporte aéreo, das regras do CDC, pois este admite o fato exclusivo de terceiro para excluir a responsabilidade do fornecedor (art 14, § 3º, II). Temos que admitir que o CDC, neste ponto, torna-se mais benéfico para o fornecedor dos serviços de transporte aéreo, prejudicando os passageiros, os remetentes de mercadorias e os terceiros em terra. Seria esta a intenção do legislador? Acreditamos que não. Aqui, também, temos como aplicável a regra do artigo 7º do CDC: os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária (...). Concluimos, portanto, que as hipóteses de exclusão da responsabilidade do transportador por fato de terceiro estão restritas àquelas elencadas nas leis especiais, que compõe *numeros clausus*, embora tenham sido revogados, pelo CDC, seus artigos que determinam a limitação das indenizações.”

c. Caso Fortuito e Força Maior

A regra geral da responsabilidade civil está capitulada no artigo 393, *caput*, do CC, que prevê que o caso fortuito e a força maior, excluem a

referida responsabilidade do contratante faltoso.

O mesmo diploma legal prevê, em capítulo específico sobre contrato de transporte de pessoas, que a força maior exclui a responsabilidade do transportador por descumprimento de horários e itinerários:

“Art. 737 - O transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos sob pena de responder, salvo motivo de força maior.” (grifou-se)

Não obstante ser a responsabilidade civil do transportador aéreo enquadrada na modalidade objetiva, ou seja, prescinde do exame de culpa do transportador na caracterização do dever de reparar danos, em linha com as regras estatuídas nos artigos 393 e 737 do Código Civil, o contrato de transporte não é infenso ao caso fortuito e a força maior como causas exonerativas da responsabilidade do transportador.

Seguindo a mesma orientação, o CBA exclui a responsabilidade do transportador por atraso no voo por força de caso fortuito ou força maior. Assim dispõe o CBA:

“Art. 256. O transportador responde pelo dano decorrente:

(...)

II – de atraso do transporte aéreo contratado.

§ 1º - O transportador não será responsável:

(...)

b) no caso do item II, se ocorrer motivo de força maior ou comprovada determinação de autoridade aeronáutica, que será responsabilizada.” (grifou-se)

O artigo 20 da Convenção de Varsóvia também ilide a responsabilidade do transportador por motivo de atraso provando ter tomado as medidas necessárias para não produção do dano.

No que diz respeito à responsabilidade do transportador aéreo de acordo com o disposto no CDC, cumpre destacar a incidência das duas excludentes de responsabilidade previstas nos incisos I e II do artigo 14,

parágrafo 3º, do CDC:

“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.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” (grifou-se)

Sérgio Cavalieri Filho resume de forma notável o entendimento que tem prevalecido em nosso direito a respeito do caso fortuito, e sua ramificação em interno e externo, como causa que libera o fornecedor de qualquer responsabilidade:

“Entende-se por fortuito interno fato imprevisível, e por isso inevitável, que se liga à organização da empresa, que se relaciona com os riscos da atividade empresarial desenvolvida pelo transportador. O estouro de um pneu do ônibus, o mal súbito do motorista etc., são exemplos de fortuito interno, por isso que, não obstante acontecimentos imprevisíveis, estão ligados à organização do negócio explorado pelo transportador. (...)

O fortuito externo é também fato imprevisível e inevitável, mas estranho à organização do negócio. É o fato que não guarda nenhuma ligação com os riscos da empresa, como fenômenos da natureza – tempestades, enchentes etc. Duas são as características do fortuito externo: autonomia em relação aos riscos da empresa e inevitabilidade, razão pela qual alguns autores o denominam (sic) de força maior.”⁸⁸ (grifou-se)

No entanto, nem sempre os nossos tribunais entendem que a prova de caso fortuito ou força maior pelo transportador obsta sua responsabilização em reparar eventuais danos. Senão vejamos:

“Responsabilidade civil – Transporte aéreo – Indenização – Pretensão ao recebimento em decorrência de prejuízos causados pela ré, face atraso ocorrido na partida da aeronave – Descabimento – Ocorrência de motivo de força maior a impedir que a aeronave decolasse – Ação improcedente – Recurso

⁸⁸ CARVALHO FILHO, Sérgio. A Responsabilidade no Transporte Terrestre de Passageiro à Luz do Código do Consumidor. *RDTJRJ*, Rio de Janeiro, v.25, p. 40, out./dez., 1995.

desprovido.”⁸⁹

“Consumidor. Transporte aéreo. Atraso em voo. Perda de conexão. Força maior. Rompimento do nexo de causalidade. Dano moral inexistente. 1. Trata-se de relação de consumo, ex vi do disposto nos arts. e 3º do Código de Defesa do Consumidor, posto referir-se ao contrato de transporte aéreo. 2. **O transporte aéreo, pela grandeza de seu porte**, possui características próprias, inclusive com observância de normas internacionais, mesmo em se tratando de voos domésticos, **necessitando de autorização da torre de controle dos aeroportos para que possam iniciar os procedimentos de pouso e decolagem, a fim de oferecer a necessária segurança a seus passageiros**. 3. Encerrada a instrução probatória, **restou comprovada a ocorrência do rompimento do nexo causal, posto que o atraso no voo inicial, ocorreu por motivo de força maior**. 4. Desprovidimento do recurso”⁹⁰

Passa-se agora à análise da principal causa de caso fortuito e força maior diante da responsabilização civil do transportador aéreo internacional.

No âmbito do transporte internacional, pode-se dizer que o tráfego aéreo nos aeroportos norte-americanos é rigidamente controlado pela Federal Aviation Administration – FAA, agência vinculada ao U. S. Department of Transportation – DOT do Governo Norte-Americano. A FAA equivale ao nosso Departamento de Aviação Civil (ou, futuramente, à Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC) e o DOT tem atribuições equivalentes ao nosso Ministério dos Transportes.

As determinações de controle de tráfego aéreo do FAA devido aos problemas operacionais, falta de teto e intenso fluxo de aeronaves em aeroportos, assim como as condições meteorológicas, são exemplos típicos de situações cujo controle foge por completo do domínio dos transportadores aéreos. Sob o prisma jurídico, a ordem de atraso no voo emanada pelo FAA se caracteriza como “fato do príncipe”.

⁸⁹ 1ª TAC-SP, Apelação cível 410667, 2ª Câmara, Relator Juiz Bruno Netto, julgado em 03.05.1989.

⁹⁰ 8º Câmara Cível do TJ-RJ, Apelação cível 2004.001.33046, Relatora Des. Leticia Sardas, julgado em 29/03/2005.

Porém, em conformidade à jurisprudência pacífica do STJ⁹¹, esse conceito é transportado para a responsabilidade civil contratual, assumindo a roupagem de caso fortuito e de força maior.

Várias são as razões que podem levar o FAA a impedir que aeronaves decolem ou aterrissem nos horários programados: mau tempo, operações aeroportuárias, pesado volume de tráfego aéreo etc. A comunicação da FAA com as companhias aéreas se faz em tempo real por meio do programa do denominado “Air Traffic Control Program - ATC” (“Programa de Controle de Tráfego Aéreo”).

Assim devido à ocorrência de mau tempo nos Estados Unidos, muitas vezes o FAA a atrasa a decolagem e o pouso de centenas aviões nos aeroportos do país, interferindo diretamente no horário de decolagem de diversos vôos. É inegável que os transportadores aéreos não podem desobedecer as ordens de segurança de tráfego, visando a segurança dos passageiros e evitando acidentes.

Ainda que os transportadores aéreos possuíssem a autonomia de permitir a decolagem de seus vôos, mesmo contra a clara orientação do Programa de Controle de Tráfego Aéreo, uma atitude nesse sentido seria temerária, configurando ato de profunda e deliberada irresponsabilidade. Isso porque os transportadores aéreos jamais poderiam privilegiar o horário em detrimento da segurança de seus passageiros.

Dessa forma, é incontestável que nesses casos, o atraso de vôo tem como única causa direta e imediata as determinações do FAA, que, devido

⁹¹ Por exemplo, no REsp n.º 42.882/SP, assentou-se que “caracterizando a medida governamental *factum principis*, é de ser considerado como força maior motivadora da dissolução do vínculo contratual, impondo-se, em consequência o retorno ao *status quo ante*, com devolução das parcelas pagas, de molde a evitar o enriquecimento sem causa.” Também no REsp n.º 33.268/MG, fixou-se que “em face da intervenção coativa nos contratos, reveladora do *factum principis* e caracterizadora da força maior, ocorreu a ruptura ex vi legis da avença original”

aos problemas climáticos insuperáveis, impede a regular decolagem de vôos no horário programado, não tendo os transportadores aéreos em nenhuma medida concorrido para tanto. Ocorre então, o chamado fato de terceiro.

6. Conclusão

O presente estudo analisou as principais hipóteses de responsabilização civil da companhia aérea quanto aos passageiros e suas bagagens, observando assim (i) as modalidades de responsabilidade civil existentes; (ii) o diálogo dos diplomas legais que regulam o transporte aéreo; e (iii) recorrentes causas de exclusão de responsabilidade civil do transportador aéreo.

Vimos que a maior diferença entre a responsabilidade civil subjetiva e objetiva é a de que a primeira tem como fundamentos essenciais o ato ilícito culposos, o dano e o nexo de causalidade, enquanto a responsabilidade objetiva tem como fundamentos o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade; ou seja, a responsabilidade objetiva independe de culpa. Então, para saber qual modalidade seria aplicável ao transporte aéreo, analisamos os diplomas legais que regem esse serviço.

Foram muitos os diplomas legais editados sobre o transporte aéreo internacional. Entretanto, a Convenção de Varsóvia, ou o Sistema de Varsóvia, disciplinou o transporte aéreo internacional, e em especial, a responsabilização civil do transportador aéreo por danos aos passageiros, bagagens e mercadorias. Para que a Convenção de Varsóvia seja aplicável, o ponto de chegada ou de partida do vôo deve ser de um dos países signatários da Convenção de Varsóvia.

A CV determinava primordialmente a imposição de regime de responsabilidade subjetiva com presunção de culpa e estabelecia tetos limitados de indenização. Porém, em conformidade com o artigo 25 da mesma Convenção, a limitação deixaria de existir passando a indenização a ser fixada com base no direito comum em casos de dolo ou culpa grave do transportador.

Alguns países estenderam as normas da Convenção de Varsóvia, de modo que a mesma possui aplicabilidade no ordenamento interno quanto ao transporte doméstico. Esse é o exato caso da França. O Brasil preferiu editar normas próprias, assim como a maioria dos países signatários da Convenção de Varsóvia. Passou por diversos diplomas até se consolidar no Código Brasileiro de Aeronáutica, ainda vigente, e seguidor do sistema de responsabilidade limitada.

Com o surgimento do CDC, muito se discutiu sobre a sua aplicabilidade ou não à responsabilização civil do transportador, por conta dos outros diplomas específicos que já regulavam a matéria. Tal aplicabilidade causaria grande rebuliço uma vez que a responsabilidade no CDC é (i) objetiva, pois independe de culpa; e (ii) ilimitada, devido à ausência de estipulação de teto para indenizações, prevalecendo o princípio da reparação integral. Não há uma uniformização integral a respeito da matéria. Alguns defendem que o CDC consiste em lei geral, e portanto, seria inaplicável em áreas específicas do Direito, e outros, como Sérgio Cavaliere Filho, afirmam que o CDC revogou dispositivos de leis especiais que colidem com o CDC, diante da existência de uma relação de consumo.

O que é incontestável é que o transporte aéreo pode gerar danos, e, dependendo do local da ocorrência desses danos, haverá discussão sobre a aplicabilidade ou não da (i) Convenção de Varsóvia, (ii) Código Brasileiro de Aeronáutica, ou (iii) Código de Defesa do Consumidor. Isso, quando o dano for fruto de relação de consumo, uma vez que as relações tipicamente comerciais (entre companhias, companhia aérea e cliente comercial e etc), permanecem sobre o regime do Código Civil, Código Comercial, Convenção e Código Brasileiro de Aeronáutica.

Para avaliar qual é o diploma legal aplicável nesses tipos de casos, é preciso responder a duas perguntas. No conflito entre (i) Convenção de Varsóvia e CDC; e (ii) CBA e CDC, qual diploma legal prevalece? No embate entre os mesmos, prevalece o último na maior parte das vezes.

Também vimos que os contratos de transporte aéreo em tela são **(i) bilaterais**, pois existem obrigações para ambas as partes; enquanto o passageiro tem a obrigação de pagar pela passagem, o transportador se obriga pelo seu transporte, com segurança, ao destino contratado; **(ii) onerosos**, uma vez que exige pagamento, contra-prestação pecuniária; **(iii) comutativos**, pois consistem em trocas de prestações equivalentes e exigíveis de imediato; **(iv) consensuais**, pois é suficiente o consentimento entre as partes; **(v) de adesão**⁹², pois suas cláusulas são impostas sem discussão prévia; e **(vi) de resultado**, já que a obrigação do transportador é a de conduzir o passageiro até o destino contratado com segurança e a salvo.

Sendo o contrato de transporte aéreo considerado como de resultado, um dos deveres mais importantes do transportador aéreo é o de cumprir com os horários estipulados pelas partes, cumprindo com o dever de pontualidade, devendo o atraso relevante ser indenizado.

Além disso, ao estudarmos o “overbooking”, vimos que a doutrina e jurisprudência majoritárias o definem como prática manifestamente abusiva, serviço defeituoso, violação do princípio da boa-fé objetiva e da legítima expectativa do consumidor.

Aprendemos que ao transportar pessoas, o transportador aéreo também assume o contrato acessório de transportar suas bagagens. Nesse

sentido, ambos os contratos encontram-se atrelados. Assim, o transportador aéreo é obrigado (i) a transportar, com segurança, o passageiro e suas respectivas bagagens até destino contratado; (ii) entregar a nota de bagagem e o bilhete de passagem, com informações detalhadas sobre o percurso e outras informações relevantes; (iii) embarcar e desembarcar o passageiro e suas bagagens no horário contratado.

Com a grande circulação de pessoas e bagagens que ocorre no mundo globalizado atual, os transportadores aéreos ficam responsáveis pelo tráfego de gigantescas quantidades de bagagens diariamente. Por isso, os transportadores aéreos, cada vez mais, vêm tentando fazer desse processo o mais cuidadoso possível, por meio de diversos procedimentos de segurança. E é claro que caso exista dano, há possibilidade de indenização.

Como o ato ilícito é um dos elementos essenciais para que exista a responsabilização civil, se o agente não tiver cometido ato ilícito, inexistirá responsabilização. É importante fazer esse raciocínio, pois, muitas vezes, se imputa um evento a um transportador aéreo, mas ao analisá-lo mais atentamente, percebe-se que o ato que deu causa ao evento danoso decorre de (i) fato exclusivo da vítima; (ii) fato de terceiro; e (iii) caso fortuito ou força maior.

⁹² Orlando Gomes ensina que “o transporte, tanto de pessoas quanto de carga, constitui, hoje, atividade profissional que se realiza, de regra, sob forma de contrato de adesão”. GOMES, Orlando. *Contratos*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 370.

Bibliografia

BENJAMIM, Antônio Herman V. O Transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro, n. 26, p. 33-44. abr. / jun. 1998

BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. São Paulo : Editora Ávio Brasil 1944. 184 p.

CARVALHO, Luís Camargo Pinto. O Código do Consumidor e o Direito Aeronáutico. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.80, n. 673, p. 47-49, nov. 1991.

CARVALHO FILHO, Sérgio. A Responsabilidade no Transporte Terrestre de Passageiro à Luz do Código do Consumidor. *RDTJRJ*, Rio de Janeiro, v.25, p. 40 out./dez., 1995.

CAVALCANTI, André Uchôa. *Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 341 p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo: Medeiros, 2003. 503 p.

COSENTINO, Eduardo T. *Régimen jurídico del transportador aéreo*. Buenos Aires: Abedelo-Perrot, 1986. 387p.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 388 p.

DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1176 p.

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 598 p.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001. 400 p.

FINATO, Newton Luiz. Contrato de transporte aéreo e a proteção ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro, n. 42, p.173-186. abr. / jun. 2002.

GAMA, Hélio Zaguetto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 205 p.

GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade Civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 294p.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 635 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações, volume 11 (arts. 927 a 965)*. São Paulo: Saraiva, 2003. 587 p. v.11

GRAU, Eros Roberto. Transporte aéreo de passageiros; dano moral causado a passageiro: prevalência do Código Brasileiro de Aeronáutica sobre o Código de defesa do Consumidor. *Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, n. 28, p.22-26. 2005

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Consumidor*. São Paulo, n. 03, p. 183. 1992.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003. 356 p.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006. 522 p.

NUNES, Luiz Antonio Rizatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. 716 p.

PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 682 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 350 p.

RÊGO, Antônio Henrique Browne. *Um estudo sobre: overbooking, atraso de vôo, extravio de bagagem*. Rio de Janeiro: Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias, março 1999. 69 p.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 7v.

SOUSA, Álvaro Couri Antunes. Overbooking: responsabilidade civil do transportador aéreo à luz do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 89, p. 65-75, maio. 2000.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 1348 p.

TAPIA SALINAS, Luis . *Curso de derecho aeronáutico*. Barcelona: Bosch, 1980.

TEIXEIRA, Maíra. *O dia do consumidor*. Disponível em <http://blog.estadao.com.br/blog/advdefesa/?p=5929&more=1&page=2>. Acesso em 15 de maio 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n.278, p.5-21, Dez. / 2000.

TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 765 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 3v.

_____. *Dano Moral*. Belo Horizonte: Editora Juarez de Oliveira, 2000. 329 p.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. Volume 1, Tomo II

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 4ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. 7v.

WIKIPEDIA. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dcaro>> . Acesso em 02 jun. 2007.

Jurisprudência

STJ, RESP n. 169000/RJ, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, Brasília, 04 abr. 2000.

1º TACSP, AS 0898082-7, Rel. Tércio Negrato, São Paulo, 15 fev. 2000.

1º TACSP, AS 0913050-3, Rel. Ulisses do Valle Ramos, São Paulo, 25 jul. 2000.

1º TACSP, AS 0916018-0, Rel. Sebastião Alves Junqueira, São Paulo, 25 jul. 2000

STF, RE n.297.901-5/RN, Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília, 31 mar. 2006.

TJMG, AC n.2000000292812-9/000-1, Des. Relator José Antônio Braga, Minas Gerais, 01 abr.2000.

STJ, RESP n. 394519/RO, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, 21 mar. 2002.

TJMG, AC n.2000000292812-9/000-1, Des. Relator José Antônio Braga, Minas Gerais, 01 abr.2000.

STJ, RESP n. 394519/RO, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, 21 mar. 2002.

STJ, RESP n. 283.860/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Brasília, 12 nov. 2002.

STJ, RESP n. 221.215/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Brasília, 07 mai. 2002.

STJ, RESP n. 481.931/MA, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, 17 jun. 2003.

STJ, RESP n. 567.158/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Brasília, 25 nov. 2003.

STJ, Ag RG n. 588.172/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Brasília, 16 dez. 2004.

STJ, RESP n. 628.828/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Brasília, 20 abr. 2004.

STJ, RESP n. 740.073/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, publicado no Diário de Justiça de 06 mar. 2006

STJ, RESP n. 158.535/PB, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, publicado no Diário de Justiça de 09 de out. 2000.

STJ, RESP 158.535/PB, Rel. Ministro Eduardo Toledo, Brasília, publicado no Diário de Justiça de 09 de out. de 2000.

TJRJ, AC n. 2005.001.47897, Rel. Desembargador Rudi Loewenkron, Rio de Janeiro, 05 dez. 2005.

1ª TAC-SP, Apelação cível 410667, 2ª Câmara, Relator Juiz Bruno Netto, julgado em 03.05.1989.

8º Câmara Cível do TJ-RJ, Apelação cível 2004.001.33046, Relatora Des. Leticia Sardas, julgado em 29/03/2005.