

RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO: ANÁLISE DE SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Bruno Leonardo Câmara Carrá*

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Transporte Aéreo. Evolução no Direito Brasileiro. Convenção de Varsóvia. Transporte Aéreo Doméstico e Internacional. Crise do Sistema Varsóvia-Roma. Os Códigos Cíveis e de Defesa do Consumidor. Modalidades de Danos. Responsabilidade Objetiva. Limites Indenizatório e Reparação Integral. A Convenção de Montreal

Keywords: Tort Law. Air Carriage. Evolution through Brazilian Law. The Warsaw Convention. Domestic and International Air Transportation. Warsaw-Rome Crisis. The Brazilian Civil and Consumer Protection Codes. Typology of Damages. Strict Liability. Limitations on Recovery and *restitutio ad integrum*. The Montreal Convention.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL E TRANSPORTE AÉREO (INTRODUÇÃO).



onstituiu a aviação o primeiro manifesto daquilo que Ítalo Calvino chamou de a “era da velocidade”. Era em que vivemos e é, agora, dilatada pelos caminhos da revolução informática. É inegável sua importância em um mundo cada vez mais *globalizado*. Ora servindo à condução de pessoas, ora se prestando ao comércio entre as nações, não se pode mais imaginar

* Doutor em Direito Civil – Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado (em curso) – Universidade de Bolonha (UNIBO). Professor de Direito (FA7) e Juiz Federal

a vida sem seu uso cotidiano.

Essa velocidade, que o tráfego aéreo ajudou a difundir, transformou o sentido de existência e o modo pelo qual o homem passou a administrar seu tempo e mesmo seu pensamento. Remodelou a sociedade, em muitos aspectos para melhor, mas trouxe igualmente graves problemas a enfrentar.¹

Por isso impressionante também são os lamentáveis desastres que produzem quando algo falha. Num plano menor, incidentes outros podem ser menos devastadores, mas igualmente inconvenientes como os casos de extravio de bagagem ou mercadoria e ainda de atrasos ou cancelamento de vôos.

O deslumbre com o tráfego aéreo fez-se acompanhar prontamente da consciência dos riscos inevitáveis de seu uso: os sinistros que acompanhariam seus usufruidores diretos, ou ainda os que, em terra, poderiam ser por ele também afetados.²

O objetivo deste estudo é, assim, fazer uma rápida narrativa da evolução dos institutos que regem a responsabilidade civil no Direito Brasileiro, embora para isso tenha-se de recorrer inicialmente ao Direito Internacional, fornecendo uma quadratura sobretudo legal e jurisprudencial do tema em sua atualidade.

Desde os primórdios da atividade aeronáutica percebeu-se ser fundamental o desenvolvimento um sistema de responsabilização civil, que assegurasse de modo mais ágil a reparação pelos danos causados em razão de seu incomparável potencial lesivo.

Essa preocupação cresceu depois da Segunda Guerra Mundial, quando as aeronaves tornaram-se efetivamente capazes de sobrevoar o mundo inteiro, motivando a edição de várias normas sobre segurança de vôo, como medida preventiva de desastres aéreos.

¹ CALVINO, Ítalo. *Seis Propostas para o Novo Milênio*. Trad. Ivo Barroso. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 53.

² GILDEMEISTER, Alfredo, GILDEMEISTER, Alfredo. *Elementos de Derecho Aeronáutico*. Lima: Universidad del Pacifico, 1974. p. 128.

Já num congresso internacional realizado em Verona, no ano de 1910, a questão da responsabilidade civil do veículo aéreo era colocada, sendo tema recorrente nos congressos de Frankfurt em 1913 e na Conferência Internacional de Direito Privado Aéreo, ocorrida em Paris em 1925.

Por um lado, era imperioso garantir aos indivíduos um modelo de responsabilização que, superando os esquemas convencionais, viabilizasse elementos para uma efetiva e rápida reparação civil.

Por outro, era necessário admitir que a ainda incipiente indústria aérea não poderia alcançar pleno desenvolvimento caso tivesse de suportar pesados ônus, correndo o risco de ver-se alcançada por indenizações vultosas.

Houve inicialmente uma tendência, motivada na proteção de eventuais vítimas, em declarar indenizáveis todos os danos sem tarificação e com o emprego da responsabilidade objetiva, que já vinha sendo utilizada no transporte ferroviário, fosse contratual ou extracontratual o fundamento dela.³

Não tardou, entretanto, a prosperar o discurso inverso que aplicava as linhas mestras da responsabilidade civil do Direito marítimo, baseada na culpa, e ainda com o estabelecimento de topes máximos a cargo do transportador, pelo menos no âmbito contratual.

Naquela ocasião, Alemanha, França, Itália, Bélgica e Hungria adotavam regras de responsabilidade objetiva para a disciplina da matéria em seus respectivos territórios. Áustria, Bulgária, Romênia, Polônia, Turquia, Iugoslávia, Tchecoslováquia e Espanha estabeleciam a presunção da culpa na responsabilidade civil do transporte aéreo de natureza contratual.⁴

Destaque merecem as legislações suíça e soviética da época, que, segundo se diz, admitiam um sistema de responsa-

³ AMBROSINI, Antonio. *Istituzioni de Diritto Aeronautico*. 2. ed. Roma: Ufficio Editoriale Aeronautico, 1940. p. 245.

⁴ PROCHASSON, Roger. *Le Risque de l'Air*. Paris: Pierre Bossuet, [s.d]. p. 121-149.

bilidade civil agravado.⁵

Dentro desse um quadro multifário, formaram-se os primeiros diplomas relativos à responsabilidade civil do transportador aéreo. Como síntese dessa tensão dialética surgiu o chamado sistema de Varsóvia, derivado da Convenção internacional firmada nessa cidade.

2. O SISTEMA DE VARSÓVIA E SUA INFLUÊNCIA.

Foi decisivo para a adoção do modelo de responsabilidade civil que veio a se firmar no plano internacional a falta de maior desenvolvimento técnico da aviação naquele momento. Enrique Mapelli descreveu o sentimento então em voga, e que terminou por prevalecer na Convenção de Varsóvia, da seguinte forma:

(...) Debe admitirse que quien utiliza una aeronave no ignora los riesgos inherentes a un modo de circulación que no ha alcanzado aún el punto de perfección que cien años han proporcionado al ferrocarril. Es, pues, justo no imponerle al transportador una responsabilidad absoluta y liberarlo de toda responsabilidad cuando ha cumplido con las medidas razonables y normales para evitar el daño, esto es, la diligencia exigible del buen padre de familia.⁶

Porém, sempre tratou-se de controvertida questão. Como lembram alguns autores, o texto que serviu de modelo para a Convenção de Varsóvia, ou seja, anteprojeto elaborado pela CITEJA, definia-a na forma objetiva de responsabilidade por vício próprio do aparelho. Terminou sendo substancialmente alterado quando da elaboração do documento final.⁷

A manutenção do sistema de responsabilidade civil sub-

⁵ *Idem ibidem*, p. 134-135.

⁶ MAPELLI, Enrique, MAPELLI, Enrique. *El Contrato de Transporte Aéreo Internacional: comentarios al Convenio de Varsovia*. Madrid: Editorial Tecnos, 1968. p. 183.

⁷ RIESE, Otto; LACOUR, Jean T. *Précis de Droit Aérien International et Suisse*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. p. 270.

jetiva em matéria aeronáutica, embora com culpa presumida, consolidou o acatamento da doutrina do risco do ar, ou risco aéreo.

O risco do ar era a representação dos contratemplos e dos perigos inerentes a esse novo gênero de transporte, que ainda não havia atingido um estágio suficiente de evolução. Por isso mesmo, possibilitaria a exoneração da responsabilidade por parte do transportador, além dos casos força maior, quando comprovado que procedeu com toda a diligência possível dentro do *estado da arte* existente.⁸

Dizia-se que fazer recair sobre o transportador todos os ônus pela atividade aérea, além de inibir o desenvolvimento do setor, redundaria no aumento excessivo dos preços das passagens ou do frete.

O domínio dos céus apresentava-se ainda como uma grande aspiração. A responsabilidade aérea teria, assim, que flexibilizar seus institutos na medida em que tanto o transportador como o usuário terem perfeita consciência dos desconfortos e perigos que corriam. Era essa falta de segurança que estava na raiz da doutrina jurídica de *risco do ar*.

A disciplina do modelo de responsabilidade civil contratual, portanto, não acompanhou integralmente a idéia de *cláusula de segurança* já aceita pela Corte de Cassação francesa. Representativa de verdadeira obrigação de resultado, através dela se dizia que qualquer falha na prestação do transporte importaria, objetivamente, no descumprimento do acordo firmado, com as naturais consequências indenizatórias.⁹

Estabeleceu-se, por conseguinte, um modelo peculiar de responsabilização civil, que, sem abandonar a noção de culpa, modificava-lhe suas elementares tradicionais, tornando-a, na

⁸ BREITLING, Raymond. *Le Droit de l'Air dans la Jurisprudence Française*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, [s.d.], p. 28).

⁹ ESMEIN, Paul. L'Obligation et la Responsabilité Contractuelles. In: *Le Droit Privé Français au Milieu du XXe. Siècle*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. t. II. p. 110.

realidade, muito próxima da noção quase normativa da *faute de service* proveniente do Direito administrativo galês.¹⁰

A consagração do risco do ar e da responsabilidade subjetiva do transportador é destacada pela fórmula constante de seu art. 20 da Convenção de Varsóvia, segundo a qual o condutor não responde civilmente se comprovar que ele, ou seus prepostos tomaram todas as medidas necessárias para que o dano não se produzisse, ou, então, que não lhe foi possível tomá-las.

Antonio Ambrosini, entretanto, questiona como será possível a comprovação de que o transportador procedeu com as cautelas necessárias para evitar acidente no transporte. Quase de forma irônica, diz ser questão das mais difíceis. Nada obstante, seugere que:

Deve tuttavia dirsi che quando il vettore ha fatto partire l'automobile in buono stato di navigabilità, comprovato dal relativo certificato e da una attenta ispezione avanti la partenza; con un equipaggio regolarmente e munito di regolari brevetti e licenze; con a bordo i combustivi e lubrificanti necessari al viaggio, in condizioni meteorologiche normali e non proibitive; allora deve dirsi che il vettore ha preso le misure necessarie, che ha cioè soddisfatto al suo normale dovere di previdenza prechè il viaggio si svolga regolarmente.¹¹

Diferentemente da responsabilidade contratual, a responsabilidade do transportador por danos a terceiros na superfície, ou por abalroamento, consolidou-se na forma objetiva.

¹⁰ “La noción genérica de la “culpa”, al proyectarse sobre determinados sectores de la realidad social, presenta formas peculiares que reflejan las condiciones particulares de la actividad dañosa. Así, la aviación civil cuya complejidad es notoria, requiere poner en movimiento un complejo de elementos tecnológicos que reducen la relevancia de la persona de existencia visible como ente generador de consecuencias jurídicas. [...] Tal planteamiento, destaca la dimensión del “riesgo aeronáutico”, de considerable influencia en las formulaciones iniciales de la responsabilidad del transportador. [...] Ambas partes “conocen” al momento de concertar el contrato los perjuicios que pueden derivar de la utilización de este medio de comunicación, aceptando conscientemente el plexo de sus derechos y obligaciones.” (COSENTINO, Eduardo T. *Regimen Jurídico del Transportador Aéreo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 67-68).

¹¹ AMBROSINI, Antonio, *op. cit.*, p. 251.

Aqui, dominou a orientação de que o terceiro, por não haver contratado, ou seja, por não haver assumido uma parcela de qualquer risco aeronáutico, bem como por obter qualquer vantagem com a utilização do espaço, não poderia ter sua reparação reduzida pela comprovação de que houve suficiente esmero do transportador para não produzir o dano.¹²

Deveriam incidir os mesmos ditames de justiça social que fomentaram a construção da responsabilidade sem culpa, com base no fato da coisa. Desse modo, o transportador, pelo risco que criou a terceiros, seria chamado a responder objetivamente.

Relativamente ao montante da indenização, a mesma idéia de risco do ar serviu para que fosse concebida uma cláusula geral limitadora da responsabilidade do transportador aéreo, quer fosse o dano causado dentro de uma relação contratual, quer não.

O princípio era basicamente o mesmo. A incipiência da nova modalidade de transporte somada ao receio de que a inexistência de uma forma de limitar ou padronizar eventuais indenizações pudesse pôr em xeque o desenvolvimento da indústria aérea fez com que se estabelecesse um sistema de tarifação.¹³

Por motivos bastantes óbvios, tornou-se necessária a disciplina da responsabilidade civil do tema em nível internacional. Isso não apenas ocorreu, como ainda determinou a própria orientação dos modelos nacionais que se seguiram. Divide-se, assim, o estudo da responsabilidade civil no transporte aéreo em dois planos: o internacional e o nacional.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL.

¹² FRAGALI, Michele. FRAGALI, Michele. *Principii di Diritto Aeronautico*. Padova: CEDAM, 1930. p. 232.

¹³ GILDEMEISTER, Alfredo, *op. cit.* p. 128.

A Convenção de Varsóvia (Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional), de 12 de outubro de 1929¹⁴, foi, por quase todo um século, o documento que regulamentou o transporte aéreo contratual, nada obstante tenha o texto original sofrido significativas alterações ao longo de suas sete décadas de existência.

A partir do artigo 17, a Convenção regulamenta a responsabilidade civil do transportador aéreo, sendo três os princípios que dão conformidade ao chamado sistema de Varsóvia:

a) Responsabilidade subjetiva – embora sendo o conceito de culpa mais aproximado do *faute de service*;

b) Presunção de culpa do transportador no caso de dano aeronáutico;

c) Limitação da responsabilidade civil, aceitando-se, com isso, a tese de que a atividade aeronáutica envolvia um risco, o qual deveria ser suportado também em parte pelo usuário dessa espécie de transporte.¹⁵

A Convenção teve de ser atualizada para acompanhar as novas tendências do transporte aéreo. Houve verdadeira crise mundial com sua denúncia por parte dos Estados Unidos em razão dos limites muito baixo de responsabilização, defasados ao longo do tempo. Varsóvia foi objeto das seguintes emendas:

a) pelo Protocolo de Haia, de 1955, promulgado no Brasil através do Decreto nº 56.463/65, destinado a dobrar o valor original do limite de responsabilidade, além de introduzir outras reformas, como a que reestruturou seu art. 20;

b) pelos Protocolos adicionais de Montreal de nº 1, 2 e 4, todos de 1975 (promulgados no Brasil através do Decreto nºs 2.860/98 e 2.861/98.

A responsabilidade civil teria aplicabilidade sob qual-

¹⁴ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931.

¹⁵ COQUOZ, Raphaël, *Le Droit Privé International Aérien: exposé systématique et critique*. Paris: Editions Internationales, 1938. p. 69.

quer uma das formas de transporte contratual definidas na Convenção, ou seja, nos casos de danos que acometessem as pessoas e as coisas transportadas.

No art. 17 estão dispostas as hipóteses de responsabilidade civil do transportador aéreo relativamente ao transporte de pessoas, sendo reparáveis os danos que causem “morte, ferimento ou qualquer outra lesão corpórea sofrida pelo viajante”, caso o acidente tenha ocorrido “a bordo da aeronave, ou no curso de quaisquer operações de embarque ou desembarque”.

No art. 18 fixam-se as hipóteses de responsabilidade do transportador por destruição, perda ou avaria da bagagem despachada, ou de mercadorias, sempre se limitando o dano ao período de execução do contrato de transporte aéreo.

Finalmente, a Convenção trata da responsabilidade do transportador nos casos de atraso, incidindo a sanção tanto no transporte de passageiros, bagagem, ou mercadoria (art. 19). Por demora, entende-se o atraso no cumprimento do transporte aéreo.¹⁶

Finalmente, o art. 22 da Convenção trazia os tão controvertidos limites de responsabilidade do transportador no transporte de passageiros (alínea 1), no de bagagem ou carga (alínea 2), e em relação à bagagem de mão (alínea 3).

Garantia-se ao usuário, entretanto, a possibilidade de ampliar o limite da responsabilidade, desde que através de acordo especial ou, no transporte de mercadorias, mediante a declaração de interesse na entrega, com o pagamento de eventual taxa suplementar (alínea 4).

No caso de transporte de pessoas, a redação original falava em cento e vinte mil Francos Poincaré por passageiro. O Protocolo de Haia dobrou o valor para duzentos e cinquenta mil Francos Ouro.¹⁷

¹⁶ FOGLIA, Ricardo A.; MERCADO, Angel R. *Derecho Aeronáutico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [s.d]. p. 155.

¹⁷ Cf. ANDRADE, Alessandra. O Colapso do Sistema de Varsóvia. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, vol. 76, p. 25-32, mar. 1999.

Com a edição dos Protocolos de Montreal, foi substituída a unidade monetária, passando-se do Franco Poincaré para os Direitos Especiais de Saque. O Protocolo de Montreal nº 1 elevou o limite para 8.300 DES, o de nº 2 para 16.600 DES e o de nº 3 (que não entrou em vigor no plano internacional) para 100.000 DES no caso de danos à pessoa.

Finalmente, o Protocolo de Montreal de nº 4 manteve o limite da indenização, no transporte de carga ou bagagem, em 17 DES por quilograma, ou, caso o país não seja membro do Fundo Monetário Internacional, a 250 unidades monetárias, correspondentes a sessenta e cinco miligramas e meio de ouro ao título de novecentos milésimos de metal fino, por quilograma da coisa transportada.

A principal vantagem com a utilização dos Direitos Especiais de Saque, definidos pelo Fundo Monetário Internacional a partir de uma cesta formada pelas cinco moedas de maior reflexo na economia mundial (o Dólar americano, os então Marco alemão e Franco francês, o yen japonês e a Libra esterlina) é a maior estabilidade do valor da reparação, evitando-se, assim, sua defasagem.¹⁸

Por outro lado, as relações extracontratuais decorrentes de um acidente aeronáutico eram disciplinadas por diplomas de âmbito nacional até que veio a ser editada a Convenção de Roma, 07 de Outubro de 1952, para Unificação de Certas Regras Relativas aos Danos Causados por Aeronaves a Terceiros na Superfície.

Mais tarde, essa Convenção incorporou-se ao Protocolo de Bruxelas, de 29 de setembro de 1938, que foi aprovado em Roma, aos 7 de outubro de 1952. No Brasil, foram essas atualizações aprovadas pelo Decreto legislativo nº 15, de 28 de novembro de 1961, e promulgadas pelo Decreto nº 52.019, de 20 de maio de 1963, sendo esse o texto vigente do Convênio.

A grande contribuição dada pela Convenção de Roma

¹⁸ Cf. COSENTINO, Eduardo, *op. cit.* p. 88-89.

foi, a exemplo da de Varsóvia para o transporte contratual, a de fornecer uma uniformização das regras de responsabilização civil extracontratual no âmbito do transporte aéreo internacional, entendido como tal a indenização devida a terceiros vitimados em superfície, inclusive por colisão de aeronaves.

O art. 1º da mencionada Convenção informa que a responsabilidade para com terceiros pela aeronave em vôo ou em manobras de chegada ou de partida é objetiva. O dano causado por uma aeronave em vôo, às pessoas e aos bens que se achem na superfície, dá direito à reparação pela simples prova da existência do dano e de que esse provém da aeronave.

Nas palavras de Ricardo Foglia e Angel Mercado, “basta aqui que o sujeito vitimado demonstre que o dano suportado é o resultado da passagem de uma máquina (aeronave), seja produzido (aquele dano) por essa mesma aeronave, seja ocasionado por um objeto ou coisa caída dela”.¹⁹

Como Varsóvia, o art. 9º da Convenção de Roma delimita a responsabilidade extrajudicial do explorador da aeronave às hipóteses nela limitadas, salvo quando o transportador tenha procedido de forma dolosa, intencional ou deliberada a fim de produzir o evento prejudicial.

A Convenção de Roma fixa valores globais de responsabilidade em relação ao peso da aeronave, embora dando um valor máximo de indenização em razão da vítima, quer pelos danos pessoais que sofra, quer pelos bens que lhe sejam avariados ou destruídos em decorrência do acidente.

Preceitua, então, o art. 11 da Convenção de Roma, com as mudanças incluídas pelo Protocolo de Montreal de 1978,²⁰ que:

1. Sem prejuízo do disposto no Artigo 12, a quantia da indenização pelos danos reparáveis segundo o Artigo I, a cargo do conjunto de pessoas responsáveis, de acordo com a presente

¹⁹ FOGLIA, Ricardo; MERCADO, Angel. *Op. cit.* p. 157..

²⁰ Cujá função, igualmente, foi a de substituir a referência ao franco, constante da redação original da Convenção de Roma, pelos Descontos Especiais de Saque.

Convenção não excederá por aeronave e acidente a:

- a) 300.000 Direitos Especiais de Saque, para as aeronaves cujo peso não exceda 2.000 quilogramas;
 - b) 300.000 Direitos Especiais de Saque mais 175 Direitos Especiais de Saque por quilograma que passe dos 2.000 quilogramas para aeronaves que pesem mais de 2.000 e não excedam a 6.000 quilogramas;
 - c) 1.000.000 Direitos Especiais de Saque mais sessenta e dois ponto cinco Direitos Especiais de Saque por quilograma que passe de 6.000, para aeronaves que pesem mais de 6.000 e não ultrapassem 30.000 quilogramas;
 - d) 2.500.000 Direitos Especiais de Saque mais 65 Direitos Especiais de Saque por quilograma que passe de 30.000, para aeronaves que pesem mais de 30.000 quilogramas.
- 2) A indenização no caso de morte ou lesões não ultrapassará 125.000 Direitos Especiais de Saque por pessoa falecida ou acidentada.
- 3) “Peso” significa o peso máximo autorizado para decolagem pelo certificado de aeronavegabilidade, excluindo-se o efeito do gás ascensional, quando utilizado.

Vale dizer, os prejuízos pessoais (morte ou lesão) sofridos por alguém em decorrência de um acidente aéreo serão sempre limitados a cento e vinte e cinco mil Direitos Especiais de Saque. Mas se, além disso, bens são atingidos a indenização será integral, se inferior ao limite tarifado, ou a ele limitada.

Se concorrerem várias vítimas e o valor individual das reparações ultrapassar o limite global, a indenização de cada uma será proporcionalmente diminuída até esse limite, cuja definição, como visto, dependerá do peso da aeronave. Nessa hipótese, a Convenção de Roma criou um complexo sistema de repartição e preferências, conforme a natureza do crédito.²¹

²¹ “Art. 14. Se a importância das indenizações fixadas exceder o limite da responsabilidade aplicada segundo as disposições desta Convenção, as seguintes regras serão observadas, tendo em conta o previsto no parágrafo 2º do Artigo 11: a) Se as indenizações se referem somente ao caso de morte ou lesão, ou somente a danos aos bens, serão tais indenizações reduzidas em proporção aos seus valores respectivos; b) se as indenizações se referem tanto a morte ou lesões quanto a danos aos bens, a quantidade a distribuir se rateará preferentemente entre as indenizações por morte ou lesões. O remanescente da quantia total a distribuir, se existir, será rateado entre as

Havendo, todavia, ação ou omissão deliberada do explorador ou seus prepostos, realizada com a intenção de provocar os danos, a responsabilidade do explorador será ilimitada (art. 12).

A Convenção de Roma aplica-se também sobre o abalroamento aéreo, ou choque de aeronaves no ar.

Diz seu art. 7º, com efeito, que se duas ou mais aeronaves em vôo colidirem ou se em suas evoluções perturbarem uma à outra e daí resultarem danos que dêem direito à indenização, ou ainda se ambas causarem danos a terceiros, serão os respectivos exploradores solidariamente obrigados à reparação, mas cada qual dentro dos limites previstos no acima transcrito art. 11.

Ao contrário do sistema de Varsóvia, a Convenção de Roma editou cláusula contemplando a exclusividade de jurisdição do país do local do dano para conhecer do litígio, salvo acordo firmado entre os contendores para ingresso da ação qualquer outro Estado contratante (art. 20, item 1 da Convenção de Roma).

Além de Varsóvia e Roma uma última Convenção Marco foi editada para disciplinar o transporte aéreo. Trata-se da Convenção de Montreal que teve como efeito prático a revogação da Convenção de Varsóvia relativamente à forma e à tarifação da responsabilidade.

Dela, entretanto, herdou as linhas mestras, razão pela qual os autores passaram a chamar o sistema de responsabilização civil no transporte aéreo contratual de sistema *Varsóvia-Montreal*.

A Convenção já vigora no plano internacional desde 2003 quando obteve o número mínimo de trinta partes aderentes. No Brasil, vige desde 28 de setembro de 2006, quando foi publicado o Decreto nº. 5.910 que a internalizou.

O sistema de Montreal inova ao estabelecer um modelo

bifronte (*two-tier system*) de responsabilização, matéria que se encontra disposta no art. 21 dessa derradeira Convenção.

Trata-se, em resumo, de um regime de responsabilidade em dois níveis. A responsabilidade será objetiva até o limite de 100.000 DES (cerca de 135.000 dólares). Acima desse valor, ele continua fundamentado na culpa, sempre presumida e com a novidade da retirada da tarifação.

A responsabilidade do transportador no que exceder 100.000 DES, por passageiro, poderá, nada obstante, ser elidida se ele provar que: a) o dano não se deveu à negligência ou outro ato ou omissão de sua parte ou de seus prepostos ou agentes; ou b) o dano causado se deveu unicamente à negligência ou outro ato ilícito ou omissão de uma terceira parte.²²

O aumento dos topes indenizatórios constituía-se em um antigo anseio de alguns países, capitaneados pelos Estados Unidos da América, mas que sempre sofreu forte e óbvia resistência das empresas aéreas e de alguns países europeus, onde tem sede muitas das companhias seguradoras.

No Conferência da IATA sobre Responsabilidade Civil ocorrida em Washington em junho de 1995, por exemplo, houve a proposta de aumento dos topes indenizatórios para o valor de 250.000 DES, além de compensação adicional quando as conseqüências assim o exigissem (*punitive damages*), gerando fortes críticas em ambos os casos.

A Convenção, entretanto, esquivou-se de fazer referência a toda uma série de danos ou supostos lesivos como os *punitive damages*, o *overbooring* e ainda ao *dano moral puro*, mercê do uso da expressão limitadora *bodily injury* (lesão corporal) como o fez a Convenção de Varsóvia.

No que se relaciona aos danos à bagagem e à carga, a responsabilidade é aparentemente objetiva. As excludentes do

²² ANDRADE, Alessandra. Derradeira Esperança para o Transporte Aéreo Internacional. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, vol. 78, p. 5 e 7, nov. 1999.

art. 18 da Convenção cuidam de situações como o vício da própria carga, a culpa exclusiva da vítima e eventos com natureza de caso fortuito ou força maior, não aludindo, portanto, a qualquer fator de ordem subjetiva.

No caso de atraso, entretanto, retorna a Convenção de Montreal aos termos de Varsóvia ao pronunciar que o explorador do serviço não será responsável se provar “que ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medidas”.

Desse modo, limita-se o ressarcimento: a) a 4.150 DES, no caso de atraso no transporte de pessoas (art. 22, item 1); b) a 1.000 DES por passageiro, no transporte de bagagem, nos casos de destruição, perda, avaria ou atraso, salvo declaração especial de valor de entrega (art. 22, item 2); c) a 17 DES por quilograma de carga, por destruição, perda, avaria ou atraso da carga, no transporte de mercadorias, ressalvando-se também a existência de declaração especial (art. 22, item 3).

Em caso de destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de qualquer objeto que ela contenha, para determinar a quantia que constitui o limite de responsabilidade do transportador, somente se levará em conta o peso total do volume ou volumes afetados.

Seguindo o prospecto já constante de Varsóvia, o art. 22, item 5, declara que também não serão aplicáveis as disposições relativas à limitação da responsabilidade no transporte de pessoas, bem como no de bagagem, se provado o dolo do transportador ou de seus prepostos, ou, pelo menos, que eles agiram de forma temerária.

Entusiasta da Convenção de Montreal, a exemplo da expressiva maioria da doutrina estrangeira, Michel Folliot ressalta que através dela o Direito Aeronáutico veio finalmente a consagrar a responsabilidade baseada no risco, velha reivindicação dos advogados das vítimas, que repudiavam o fato de a

aviação comercial ser a única modalidade de transporte que não lhe admitia.

Contudo, continua aquele autor, não se teria perdido de vista a velha ideia do *risco do ar* percam os níveis de segurança jurídica necessários ao equilíbrio econômico das empresas aéreas, sobretudo em face das vultosas quantias indenizatórias a que ficam submetidas em território norte-americano.²³

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO DOMÉSTICO.

A Lei nº 7.565, de 19 de Dezembro de 1986, denominada de Código Brasileiro de Aeronáutica cuida do transporte aéreo em âmbito doméstico, ou seja, não internacional. O diploma disciplina tanto a responsabilidade contratual como extracontratual, como fazia seu antecessor, o Código Brasileiro do Ar.

Seguindo a sistemática da Convenção de Varsóvia de 1929, disciplinou, no âmbito das relações contratuais: a) a responsabilidade por danos ao passageiro (morte, lesão ou simplesmente o atraso – art. 256); b) a responsabilidade por danos à bagagem (destruição, perda ou extravio), tanto a despachada como a conservada em mão do passageiro (art. 260) e; c) a responsabilidade por danos à carga (atraso, perda, destruição ou avaria – art. 262).

O Direito brasileiro consagra também a regra da responsabilidade limitada. Contudo, o art. 248 do CBA proclama que nos casos de dolo ou de culpa grave do transportador, ou de seus prepostos, a reparação civil se fará de forma integral, sem limitação de “quantum”.

Nada obstante, assinala o CBA que a prova de que os

²³ FOLLIO, Michel. La Modernisation du Système Varsovien de Responsabilité du Transporteur: la conférence internationale de Montreal. *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, Paris, Pedone, n. 212, p. 425, dec. 1999.

prepostos estavam no exercício de suas funções caberá à vítima (art. 248, § 2º).

Os limites de responsabilidade fixados pelo Código Brasileiro de Aeronáutica estão expressos em Obrigações do Tesouro Nacional – OTN. Como as OTN foram extintas, em teoria deve-se tomar por referência os valores dados pelo CBA até o dia da extinção da OTN e em seguida corrigi-los até o momento do pagamento, segundo Tabela divulgada periodicamente pelo Poder Judiciário para a liquidação dos débitos judiciais.²⁴

Os valores definidos pelo Código Brasileiro de Aeronáutica são: a) no caso de morte ou lesão corporal, até 3.500 OTN (art. 257, primeira parte); b) no caso de atraso no transporte de passageiros, até 150 OTN (art. 257, segunda parte); c) no caso de atraso, destruição, perda ou avaria da bagagem, até 150 OTN (art. 26); d) no caso de atraso, perda, destruição ou avaria de carga, até 3 OTN por quilograma (art. 262).

Já no relativo à responsabilidade extracontratual, o Código Brasileiro de Aeronáutica permaneceu, no geral, fiel ao sistema empregado pela Convenção de Roma, tratando a matéria através de seus arts. 268 a 272, vindo o art. 269 a dispor sobre os limites globais de responsabilidade do transportador aéreo.²⁵

Já quanto ao abalroamento aéreo, o Código Brasileiro de Aeronáutica, teceu considerações mais específicas que a

²⁴ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. p. 340.

²⁵ “Art. 269. A responsabilidade do explorador estará limitada: I – para aeronaves com peso máximo de 1.000 (hum mil) quilogramas à quantia correspondente a 3.500 (três mil e quinhentos) OTN (Obrigações do Tesouro Nacional); II – para aeronaves com peso superior a 1.000 (hum mil) quilogramas, à quantia correspondente a 3.500 (três mil e quinhentos) OTN (Obrigações do Tesouro Nacional), acrescida de 1/10 (hum décimo) do valor de cada OTN (Obrigações do Tesouro Nacional) por quilograma que exceder a 1.000 (hum mil). Parágrafo único. Entende-se por peso da aeronave o autorizado para a decolagem pelo certificado de aeronavegabilidade ou documento equivalente”.

Convenção de Roma, seguindo, contudo, suas diretrizes principais. Explicitou em seu art. 276, a propósito, quais serão os danos acobertados pela colisão, sendo eles: a) os causados a pessoas e coisas a bordo da aeronave (art. 276, I); b) os sofridos pela aeronave abalroada (art. 276, II); c) os prejuízos decorrentes da privação do uso da aeronave abalroada (art. 276, III); d) os danos causados a terceiros, na superfície (art. 276, IV).

Uma explicação se faz necessária. Diferentemente do que uma leitura mais apressada do dispositivo poderia sugerir, a menção feita no art. 276, I, como informa José da Silva Pacheco, tem aplicação nos casos em que a pessoa a bordo da aeronave acidentada não tivesse relação contratual com o respectivo explorador.²⁶

O art. 275 do CBA, entretanto estatui norma menos benéfica à vítima do acidente, diz que “no abalroamento em que haja culpa concorrente, a responsabilidade dos exploradores é solidária, mas proporcional à gravidade da falta”.

Discrepa no ponto da Convenção de Roma, que não fala nem de culpa do transportador, pois lhe outorga o caráter objetivo, e nem de solidariedade proporcional à gravidade da falta de cada um dos transportadores, porquanto destaca que “cada uma das aeronaves será considerada como tendo causado o dano”, sempre que houver co-autoria na geração do acidente.

Nada obstante, merece elogio o CBA por ter estabelecido um Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (arts. 86 a 93), adiantando-se em pelo menos uma década à tendência em voga de implementar medidas preventivas, ou mesmo precautórias, no âmbito dos institutos da responsabilidade civil.²⁷

²⁶ PACHECO, José da Silva. PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 455.

²⁷ Sobre a importância da prevenção (que não e deve confundir com precaução) para a Responsabilidade Civil, bem como os meios de dar-lhe operacionalidade, cf: LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*.

3. A SUPERAÇÃO DO SISTEMA VARSÓVIA-ROMA.

Durante bom tempo a disciplina da responsabilidade civil no transporte aéreo no Direito brasileiro foi realizada dentro das diretrizes traçadas pelo Sistema Varsóvia-Roma. Sem embargo, a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor, o monolítico Sistema de Varsóvia foi largamente afetado, vindo a ruir em não muito tempo.

É que não apenas o Código de Defesa do Consumidor passou a tratar de aspectos do contrato de transporte aéreo. A edição do Código Civil de 2002, que também dedicou toda uma seção sobre o tema, acarretou, como efeito prático, a existência de profundas antinomias entre ambos os sistemas.

Três pontos merecem aqui especial destaque: a reformulação da regra da responsabilidade subjetiva do transportador, a eventual supressão dos topes indenizatórios e a extensão dos danos originariamente previstos.

3.1. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA COMO REGRA.

Logo de início, a lógica de responsabilidade civil que domina o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990) é o da reparação através do regime objetivo, como evidenciam seus artigos 12 e 22.

Aceitou a legislação de defesa ao consumidor a teoria do risco como regra geral, objetivando a responsabilidade civil sob sua alçada. A única sabida exceção é a do § 4º, do art. 14, que preceitua continuar a reger-se pela *culpa* a responsabilidade civil dos profissionais liberais.

Ainda que diante de conduta irrepreensível, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, o transportador poderia vir a ser responsabilizado na condição de fornecedor do servi-

ço. Essa solução vai, entretanto, de encontro ao sistema de Varsóvia (mas não ao de Roma) e, de conseguinte, ao do Código Brasileiro de Aeronáutica, conforme visto.

O problema residiu justamente aí. Seira aplicável o Código protecionista ao invés da regulamentação específica? Sim, foi a resposta dada, sendo ponto já pacificado tanto pela doutrina como pela jurisprudência.²⁸

O Superior Tribunal de Justiça durante algum tempo permaneceu resistente, invocando ora a primazia do tratado sobre a lei no caso do transporte internacional, ora a especialidade do assunto.²⁹ Terminou, finalmente, por admitir a incidência do Código de Defesa do Consumidor nessas hipóteses.

São apontados como os precedentes que reposicionaram a orientação daquele Tribunal Superior sobre o assunto, os julgamentos dos Recursos Especiais nº 158.535/PB e 169.000/RJ, concluídos ambos na sessão de 04 de abril de 2000, por sua Terceira Turma. Merece referência, ademais, o Recurso Especial nº 173.526/SP, da Quarta Turma, onde o assunto foi extensivamente analisado.

A questão, que era polêmica até então, perdeu sentido com a edição do Código Civil de 2002. A nova legislação regulamentou o contrato de transporte em forma plena, determinando a irradiação de seus dispositivos tanto para o transporte do-

²⁸ Não se irá examinar as razões da configuração do transporte aéreo como relação de consumo, pelo menos em suas principais modalidades (transporte aéreo *regular* e *não-regular*), mas elas podem ser assim resumidas: “O Código de Defesa do Consumidor pertence àquela categoria de leis denominadas “horizontais”, cujo campo de aplicação invade, por assim dizer, todas as disciplinas jurídicas, do Direito Bancário ao Direito de Seguros, do Direito Imobiliário ao Direito Aeronáutico, do Direito Penal ao Direito Processual Civil. São normas que tem por fundamento, não reger uma determinada matéria, mas proteger sujeitos particulares mesmo que estejam eles igualmente abrangidos sob outros regimes jurídicos.” (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, vol. 77, p. 17, jul. 1999).

²⁹ Nesse sentido: a) Recurso Especial nº 57.529/SP. Relator: ministro Fontes Alencar. Publicado em 23 de junho de 1997. b) Recurso Especial nº 58.736/MG. Relator: ministro Eduardo Ribeiro. Publicado em 29 de abril de 1996, p. 13143.

méstico como internacional.

A eliminação do modelo subjetivo de responsabilização está expressamente descrito no art. 734 do Código Civil, que afasta qualquer referência à culpa, estabelecendo apenas a força maior (e, implicitamente, a culpa exclusiva da vítima, como excludente do dever de indenizar.

De fundamental importância o ingresso da regra acima transcrita, porquanto o uso da Lei n. 8.078/90, embora passível de ser aplicada na quase totalidade do universo das relações de transporte aéreo, não poderia ser oponível diante de uma situação não classificada como de consumo, ou, eventualmente em face da exceção do ar 14 já mencionada.

Com a nova legislação civil, passa-se a contar com uma cláusula geral, que se projeta para todas as modalidades de contrato de transporte, seja por mar, terra, ou ar, seja de consumo ou não.

Nada obstante, em situações especiais, o Código de Defesa do Consumidor pode suplementar em muitos aspectos o Código Civil de 2002, notadamente em demandas contra o fabricante da aeronave ou suas peças e, ainda, de intermediários como as agências de viagem.³⁰

Apenas no caso do transporte absolutamente desinteressado, a responsabilidade continuará sendo subjetiva, nos moldes descritos no art. 736 do Código Civil.³¹

³⁰ A jurisprudência brasileira tem se mostrado favorável à tese de que o agente ou a agência de viagem torna-se responsável quando atua de forma independente e não apenas como comissário ou mandatário da empresa aérea.

³¹ Entretanto Não se deve confundir o transporte gratuito com o desinteressado, como deixa claro o parágrafo único do art. 736, fundamentado na doutrina italiana (Renato Miccio). O primeiro possuiria natureza contratual, pois, de modo preexistente a ele, existiria um outro acordo contratual, que deflagraria o acesso ao transporte, sendo perceptível o interesse do transportador, ainda que a vantagem patrimonial seja indireta. O segundo, por se fundar em relacionamento de puro desapego, caridade, ou desambição, seria simples ato jurídico. Nos termos do Enunciado de nº 145 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cujo texto é o seguinte: “no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo

Nesse contexto, a Convenção de Montreal constitui um novo desafio aos juristas e aos tribunais brasileiros, pois tendo sido internalizada no ordenamento jurídico nacional posteriormente ao Código Civil de 2002 e, claro, ao Código de Defesa do Consumidor, aparentemente poderia ter revogado, no ponto, as disposições desses dois diplomas normativos.

É certo que o art. 732 do Código de 2002 diz que os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais podem ser aplicados desde que não contrariem suas disposições. Sem embargo, parece ser meridiano que essa vedação se destina ao passado, ou seja, aos textos normativos vigentes antes da edição do Código e não aos posteriores.

Concluir em modo diverso redundaria em admitir que a codificação de 2002 fez incorporar verdadeira cláusula pétrea de hierarquia constitucional. Em recente decisão, contudo, o Superior Tribunal de Justiça fez alusão expressa da “prevalência das normas do CDC, em detrimento das Convenções Internacionais, como a Convenção de Montreal precedida pela Convenção de Varsóvia, aos casos de atraso de voo, em transporte aéreo internacional.”³²

O julgado, todavia, não debateu em momento algum a questão de direito intertemporal ora destacada, limitando-se a reproduzir a opinião daquela elevada Corte quando ainda em vigor a Convenção de Varsóvia.

Nada obstante, pode-se identificar vício intrínseco de constitucionalidade na Convenção de Montreal, pelo menos no campo do transporte aéreo público regular.

Funciona o explorador da aeronave, nesse caso, como delegatário do Poder Público, conforme aponta o art. 21, inciso XII, “c”, da Constituição Federal. Sua responsabilidade, por-

ou culpa grave”.

³² AgRg no Ag 1343941/RJ. Rel. Ministro Vasco della Giustina (desembargador convocado do TJ/RS). Publicado em 25 de Novembro de 2010.

tanto, será sempre objetiva nos termos do art. 37, § 6º, da mesma Carta Política.

Aqui, parece, não há como se sobrepor o argumento de que ao prever uma partição do dano em razão de um limite tarifário (*two-tiers system*), ora sob a perspectiva da responsabilidade objetiva, ora da subjetiva, agride o legislador ordinário o que fora preceituado pelo constituinte de 1988.

De toda forma, ainda que se conclua pela constitucionalidade da Convenção de Varsóvia no ponto, não há dúvidas que no âmbito doméstico a matéria encontra-se regida pelo art. 734 do Código Civil de 2002.

Ao disciplinar a responsabilidade objetiva do transportador aéreo, o Código ressalva algumas poucas excludentes, como a ocorrência do caso fortuito e da força maior como situações que isentam o transportador do dever de reparar.³³

Contudo, a já referida cláusula de segurança inerente aos contratos de transporte impõe a distinção entre o que é denominado pela doutrina de fortuitos interno e externo. Em comentário à *Haftpflichtgesetz* (Lei do Reich sobre responsabilidade civil) Karl Larenz explicava que o fortuito externo decorre de eventos exteriores à exploração do serviço de transporte, ou cuja causa não tem raiz nele, em suas instalações, em falhas técnicas ou dos empregados.

No que diz respeito às condições meteorológicas, deve-se considerar as relações entre o evento e as condições habituais de uso do espaço aéreo, observando-se que o avançado estado da ciência e das tecnologias de vôo é bastante eficaz na previsão de condições climáticas desfavoráveis.³⁴ Contudo,

³³ JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Positif Français: théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les suretés*. 2. ed. Paris: Recueil Sirey, 1933. t. II. p. 534.

³⁴ “Tampoco liberan de responsabilidad aquellos eventos naturales con los cuales la explotación ha de contar y contra los que puede adoptar precauciones, como nieblas, nevadas normales, crecidas regularmente periódicas” (LARENZ. Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. II. p. 672).

havendo situação invencível, como a nevasca ocorrida nos Estados Unidos no final do ano de 2010, parece razoável isentar-se o transportador de responsabilidade.

No caso brasileiro, há julgado do Superior Tribunal de Justiça apreciando o assunto em face de uma situação de atraso de vôo em razão das avarias provocadas em turbinas de aviões, pelo tragamento de urubus.

A Corte Superior considerou que esse era um fato corriqueiro no Brasil, ao qual não se poderia atribuir, portanto, a nota de imprevisibilidade marcante do caso fortuito. Desse modo, concluiu que o remanejamento para vôos alternos em outras companhias imporia a responsabilização da empresa aérea, nos termos da atividade de risco que exerceria.³⁵

De registro, finalmente, o fato de que o Código Civil de 2002 estabeleceu verdadeira responsabilidade civil agravada para o transportador aéreo como deixa claro seu art. 735. Caso especial de fato de terceiro, entretanto, é a responsabilidade por abalroamento, já estudada, e que por revestir-se de feição própria e harmônica com o Código deve ser considerada aplicável.

3.2. A TARIFAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES.

A limitação da responsabilidade do transportador aéreo, principalmente no âmbito aquiliano da Responsabilidade, é um instituto também nascido pelo prestígio que gozava a doutrina do *risco aéreo*.

Foi sagrado já nas antigas legislações da Alemanha (1922), Itália (1923), se bem que a Suíça de 1920 a excluiria expressamente e países como Espanha (1920) e Inglaterra (1920) eram silentes a respeito do assunto.³⁶

³⁵ Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Recurso Especial nº 401397/SP (2001/0196968-6). Relatora, Ministra Nancy Andrighi. Publicado em 09 de setembro de 2002, p. 226.

³⁶ GAY DE MONTELLÀ, Rafael. *Las leyes de la Aeronáutica*. Barcelona: Bosch, 1929. p. 75-78.

Os autores oriundos do Direito aeronáutico não apenas aprovam como apresentam solenes profissões de fé ao postulado de que os danos indenizáveis no transporte aéreo estão sujeitos a um limite financeiro. Uma vez mais o *risco do vôo* cativava a simpatia da doutrina.

A seguinte frase de Miguel Maria de Serpa Lopes resume esse sentimento:

Precipualemente no campo da responsabilidade civil, a navegação aérea, por sua própria natureza, pela dificuldade e mesmo impossibilidade de se apreciar muitas vezes as razões de um acidente, não permite uma regimentação da matéria sob a forma comum, justificando-se, assim, a limitação da indenização pelo dano causado.³⁷

Praticamente toda a doutrina alienígena a respeito do assunto predica a necessidade de limitação de responsabilidade.³⁸ No âmbito da doutrina nacional, também admitiram a limitação, por exemplo, José da Silva Pacheco, Fábio Ulhoa Coelho,³⁹ Sílvio Rodrigues,⁴⁰ Luís Camargo Pinto de Carvalho.⁴¹

Mesmo Michel de Juglart, um dos primeiros a predicar a reforma da Convenção de Varsóvia, entendia que a alteração deveria ser apenas sobre o “quantum” da limitação, aumentando-a de modo a adequá-lo às novas realidades monetárias. Na sua essência, todavia, a regra deveria ser convalidada.⁴²

Lembre-se, a propósito, que a defasagem dos toques in-

³⁷ LOPES, Miguel Maria de Serpa, LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de Direito Civil: fontes acontratuais das obrigações. responsabilidade civil*. 5. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. vol. V. p. 361-362.

³⁸ VINEY, Geneviève, JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: les effets de la responsabilité*. 2 ed. Paris: LGDJ, 2001. p. 403.

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. II. p. 406.

⁴⁰ RODRIGUES, Sílvio, 2002, p. 246.

⁴¹ CARVALHO, Luís Camargo Pinto de. O Código do Consumidor e o Direito Aeronáutico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 673, p. 47-49, nov. 1991.

⁴² DE JUGLART, Michel. *Traité Élémentaire de Droit Aérien*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952. p. 334.

demnizatórios deu origem à mais aguda crise vivenciada pela aviação internacional, quando os Estados Unidos da América resolveram denunciar a Convenção de Varsóvia, em 1965 em face do valor absurdamente baixo que eles representavam.

As conseqüências só não foram mais graves porque em 1966, sob o patrocínio da IATA, várias companhias aéreas efetuaram um acordo privado que aumentou o limite das indenizações para os vôos que tivessem partida ou chegada em solo norte-americano, bem como que, nele, efetuassem escalas.⁴³

Contra a limitação das indenizações e pela aplicação ir-restrita do princípio da restituição integral em face dos danos aeronáuticos, uma das primeiras vozes a se levantar foi a de Francesco Cosentini.

Asseverava esse autor que não havia razão justificável para que o transporte aéreo seguisse disciplina diversa do que aquela relativa aos acidentes de trabalho, que representou o triunfo da legislação social. A idéia de risco era inerente à atividade desenvolvida pelo transportador aéreo, pelo que não haveria sentido em apregoar a divisão de ônus entre ele e o usuário do serviço (*risco aéreo*).⁴⁴

É de se lembrar, contudo, que o sistema de responsabilidade civil adotado em matéria aeronáutica autoriza seja o limite de indenização superado quando o transportador tiver procedido com dolo ou culpa grave, hipótese na qual se permitiria à vítima demandar reparação pelo valor que representasse equivalente métrico aos danos sofridos.

Entretanto, há muito tempo a aviação deixou de ser uma indústria experimental. Modernamente a aviação já supera qualquer outro meio de transporte, de forma a que a antiga doutrina do risco aeronáutico não significa mais do que um “matiz

⁴³ ROCHA, Ernesto Vásquez, nov. Los Nuevos Acuerdos IATA sobre Responsabilidad Civil en el Transporte de Pasajeros. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, vol. 73, p. 50-57, nov. 1997/mar. 1998. p. 51.

⁴⁴ COSENTINI, Francesco. *Code International de l'Aviation*. Paris: Dunod, 1939. p. 24.

qualitativo”.

Considerado, estatisticamente, como um dos mais seguros meios de transporte, a opção de ser conduzido pelo espaço aéreo traduz, da parte do usuário, traduz a vontade ver a si ou a suas coisas transportadas não apenas com o máximo de pontualidade, mas também de segurança.

Aliás, os apelos publicitários levados a efeito pelas grandes companhias aéreas exploram justamente esse traço distintivo da condução por via aérea, a fim de aumentar suas vendas. No anúncio para a compra dos serviços aéreos, veicula-se exatamente a sensação de conforto e de segurança que se experimentará ao contratar-se o serviço.

Se, portanto, alguma vez houve sentido a tarifação, não se vê mãos qualquer motivo razoável para prestigiar a teoria do *risco do ar*. Se no passado gozou de alguma importância, as causas que a fizeram prosperar visivelmente já foram dissipadas. Deve, assim, dar pleno lugar ao o princípio da *restitutio in integrum*.

É oportuno observar que o Código Civil de 2002 não se referiu, ao menos explicitamente, ao problema da limitação da responsabilidade do transportador.

Todavia, ao dispor sobre a indenização, o novo diploma ressaltou que esta é medida pela extensão do dano (art. 944), parecendo ter apontado na direção da reparação integral, a qual, entretanto, deve ser temperada pelo igualmente relevante princípio que veda o enriquecimento ilícito.⁴⁵

Elementar postulado de justiça, espera-se que o dano seja reparado em exata consonância com os prejuízos causados, algo que, inclusive, está na própria raiz da palavra indenização.⁴⁶

⁴⁵ Cf. LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 107.

⁴⁶ Nesse sentido: “não se admite que a indemnização fique aquém do montante do dano sofrido pelo credor, atentas as expectativas criadas pela constituição do vínculo obrigacional. E como, por essa razão, se não concebe, mesmo no caso de mera culpa, uma indemnização de valor inferior ao montante do dano (o credor terá sempre

Já no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da *restitutio in integrum* encontra-se explicitamente referido no art. 6º. VI, que determina a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difuso, recusando-se a doutrina e a consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a identificar qualquer exceção a esse monolítico dispositivo.

Haveria, entretanto, uma exceção, admissível conforme estabelece a parte final do inciso I, do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor: nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.

Essa hipótese, que afasta *a priori* o transporte de pessoas, pode, em teoria, aplicar-se ao transporte de carga. O problema, então, será outro: saber se a ressalva do Código de Defesa do Consumidor autorizaria a existência de disposição genérica por parte da legislação aérea, ou se, a par dela, estaria o Poder Judiciário autorizado a examinar perante cada caso a presença de uma causa justificativa da limitação.

Em relação ao transporte de pessoas, é preciso considerar, como faz coro a doutrina à unanimidade, que a restituição integral ao dano possui fundamento constitucional, pelo menos no que diz respeito aos danos de caráter pessoal. Por tal razão, impõem-se várias reservas à tarifação.

Com efeito, o postulado da dignidade humana dá conformidade constitucional à reparação civil quando os danos envolvem algum dos aspectos da personalidade. Em face de um longo processo evolutivo, a máxima proteção da pessoa passou a ter prioridade sobre os demais institutos do Direito obrigaci-

direito a uma reparação de valor igual, em princípio, ao prejuízo que sofreu), de algum modo se compreende também que ele não possa exigir indemnização pelos danos morais que haja suportado com a falta de cumprimento.” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 106).

onal.⁴⁷

A referência ao texto constitucional não é gratuita, pois, nada obstante a regra geral *pro* restituição integral prevista no art. 944 do Código Civil, seu parágrafo único registra uma importante exceção que poderia ser utilizada para justificar a existência de cláusulas espalhadas na legislação autorizando, ainda que excepcionalmente, a tarifação da responsabilidade, notadamente em relação aos danos contra a pessoa.⁴⁸

O uso inflacionado, quase panfletário, do *princípio da dignidade humana* como justificativa única para a superação do sistema legal, notadamente no campo da responsabilidade civil, tem sido ultimamente com correção criticado por vários autores.⁴⁹

Aqui há boa razão para socorrer-se diretamente nas disposições constitucionais dado o risco de graves lesões ficarem parcialmente excluídas de indenização. É verdade, entretanto, que o uso da ordem pública, como faziam os clássicos, talvez fosse suficiente para atingir semelhante resultado teórico.⁵⁰

⁴⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil* : obrigações e responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 446.

⁴⁸ O dispositivo em questão é o seguinte: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

⁴⁹ “Se, por um lado, a seleção dos interesses mercedores de tutela não pode, especialmente no que diz respeito às lesões da personalidade, ser guiada por categoria rígidas pré-estipuladas pelo legislador, claro está que tampouco pode tal seleção operar-se à luz da simples referência nominal ao valor constitucional da dignidade da pessoa humana. O caráter extremamente aberto do comando de tutela da personalidade, como incorporado, hoje, pela esmagadora maioria das Constituições, afasta uma utilidade concreta definitiva que pudesse se lhe atribuir como critério selecionador dos anos ressarcíveis. (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 124).

⁵⁰ Afirmava José de Aguiar Dias em relação à *cláusula de exoneração da responsabilidade*, que admitia com reservas e sempre excluídas as seguintes situações: “a de transferência de obrigações essenciais, as que exonerem as responsabilidades pelo dolo ou culpa grave e, em geral, todas as que interessem à proteção da vida, da integridade física e da saúde do contratante.” O fundamento é a ordem pública, na medida em que aí se fundamentam os princípios orientadores da responsabilidade civil (DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro:

De toda forma, a doutrina tem como ponto pacífico a impossibilidade de aplicação de qualquer restrição ao princípio da restituição integral em situações envolvendo danos pessoais por conta de sua base constitucional.⁵¹

Nesse sentido, a Corte Constitucional italiana entendeu serem inconstitucionais disposições normativas da Convenção de Varsóvia que limitavam a responsabilidade civil do transportador aéreo naquele país, notadamente seu art. 22, alínea 1.

Na fundamentação, o tribunal consignou que, se bem possam existir exceções ao princípio da reparação integral formulados pelo legislador, ou mais precisamente, que a existência de tais disposições não autorizaria, por si somente, a declaração da *ilegitimidade constitucional*, sua análise seria possível tendo por fundamento a razoabilidade ou justificação da regra restritiva. Sobretudo, importaria considerar as razões que levaram ao estabelecimento desse regime especial e sua evolução.

Desaparece, assim, o debate sobre a validade ou não da cláusula de limitação, se considerado o princípio constitucional da dignidade. Qualquer disposição que intenciona limitá-la deverá ser havida por inconstitucional.

Por sinal, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009, conferiu repercussão geral a recurso extraordinário sobre o assunto para fins de consolidar, seja em um sentido, seja em outro, a orientação definitiva sobre a questão.

Entretanto, o Supremo brasileiro poderá reavaliar a possibilidade de discussão do tema em face da perda de objeto, uma vez que o apelo extremo desafiou norma inserida na Convenção de Varsóvia, a qual, como se viu, foi implicitamente derogada pela Convenção de Montreal.⁵²

Forense, 1983. vol II. p. 703).

⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 122.

⁵² O acórdão do reconhecimento da repercussão geral foi assim ementado: “Recurso Extraordinário. Extravio de bagagem. Limitação de danos materiais e morais. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Princípio constitucional da

Nesse contexto, a saber, de substituição da Convenção de Varsóvia pela Convenção de Montreal, suas questões podem ser, ainda, adicionalmente colocadas.

A primeira, mostrar-se-ia desarmônico com a Constituição o sistema do *two-tiers* ao estabelecer a necessidade de comprovação da culpa do transportador aéreo para que fosse obtida a responsabilidade integral?

A segunda, ainda que se considerem os limites da Convenção de Montreal inconstitucionais, aplicar-se-ia esse entendimento somente em relação ao transporte de pessoas, ou ele também se estenderia ao transporte de carga nos termos já consignados?

Sobre a primeira, como visto, ao incorporar-se o entendimento que consagra lugar constitucional ao fundamento da indenização, não haveria dúvidas sobre sua inconstitucionalidade, marcadamente no caso do transporte aéreo regular (por tratar-se de concessão pública) nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

No entanto, importa reconhecer, como faz Marco Fábio Morsello, que a despeito de suas incompatibilidades é notório o avanço da Convenção de Montreal em relação a de Varsóvia.⁵³

A segunda, entretanto, merece reflexão mais aprofundada. No caso da carga, não se trata, em princípio, de responsabilidade com fundamento constitucional. Nesse caso, seu reconhecimento poderia dar lugar ao entendimento de que toda e qualquer limitação ao princípio da reparação integral seria inconstitucional, o que parece exagerado.

Incontáveis variáveis econômicas ou morais que podem

indenizabilidade irrestrita. Norma prevalecente. Relevância da questão. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a possibilidade de limitação, com fundamento na Convenção de Varsóvia, das indenizações de danos morais e materiais, decorrentes de extravio de bagagem.” (Agravo de Instrumento nº 762184 RG. Relator. Min. Cezar Peluso. Julgado em 22/10/2009. DJe-237 de 18-12-2009)

⁵³ MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 196.

tornar legítima a tarifação em hipóteses específicas. Nesse contexto, volta a discussão sobre a possibilidade apriorística de estabelecimento de topes, ou se elas deveriam ser consideradas caso a caso.

Note-se que a Convenção não exclui a ilimitação, exigindo apenas um procedimento distinto, que é a declaração de bagagem e de carga por parte do passageiro ou expedidor.

Seja como for, quando se tratar de bagagem, como se verá mais à frente, há entendimento de que por sua vinculação direta ao passageiro os danos possuem igualmente base constitucional. Além disso, em se tratando de relação de consumo não haverá lugar para a limitação. Esse particular sistema pressupõe a vulnerabilidade do consumidor e, de conseguinte, a reparação integral dos prejuízos em qualquer situação.⁵⁴

4. AMPLIAÇÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS.

Além da superação da modalidade subjetiva pela objetiva de responsabilização civil e pela desconsideração dos topes tarifários, a edição de toda uma legislação posterior em matéria de transporte e de danos morais, esta inclusive em dimensão constitucional, fez inserir no âmbito do transporte aéreo danos até pouco tempo desconhecidos.

No Direito Aeronáutico, a admissibilidade do dano moral mostrou-se controversa, principalmente no âmbito internacional, em face da falta de previsão expressa sobre a possibilidade de reparação a tal título.

A questão foi colocada em termos puramente formalistas. No art. 17 da Convenção de Varsóvia, cujo texto em francês constitui a única versão oficial, declara-se que o transportador é responsável pela morte, ferimento ou qualquer outra *lesão corpórea* sofrida por passageiro.⁵⁵

⁵⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.* p 126.

⁵⁵ No original: “Le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte recusa-se a admitir a reparação por danos morais no âmbito do transporte aéreo internacional. É o que consta da decisão desse conceituado Tribunal, datada de 17 de abril de 1991 (*Eastern Airlines Inc. v. Floyd*, 499 U. S. 530, 552), que vem servindo de precedente para vários outros arestos até o último em que o assunto foi debatido, de 12 de janeiro de 1999 (*El Al Israel Airlines Ltd. v. Tsu Yuan Tseng*, 525 U.S. 155, 181).

Em todos os casos, a conclusão foi no sentido de que o art. 17 da Convenção de Varsóvia referendou apenas a responsabilidade civil pelos chamados *bodily injures* e não pelos *personal injurries*. Por outras palavras, o ressarcimento pelo dano moral no âmbito da Convenção de Varsóvia dependeria da existência de uma lesão física, em caráter total ou parcial.⁵⁶

Além disso, por ser um tratado em nível internacional, a Convenção protegeria ou blindaria (*shield*) o transportador contra as disposições de direito interno norte-americana, de forma que não poderia ser aplicado, supletivamente, o direito local.

Aparentemente, as únicas formas de dano moral que a jurisprudência norte-americana admitiria nessas hipóteses seriam o psicológico e o estético, ambos apenas quando houvesse sequelas físicas. Nunca, entretanto, o mero trauma sem qualquer consequência física materialmente apreciável

Contudo, há de se observar que a Constituição norte-americana não contempla expressamente o dano moral, ou a integralidade dos direitos da personalidade como faz a brasileira de 1988 (art 5º, V, CF/88), a qual estabelece a indenização do dano moral quando resultante de um ataque à intimidade, à

mort, de blessure ou de tout autre lésion corporelle subie par un voyageur lorsque l'accidenté qui a causé le dommage s'est produit a bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement et de débarquement."

⁵⁶ COSENTINO, Eduardo. El Daño Moral em el Campo del Transporte Aéreo. *Revista de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, vol. 73. p. 75-78. nov. 1997/mar. 1998. p. 75.

honra, à vida privada e à imagem das pessoas.

Por força do imperativo constitucional, a indenização por danos ao patrimônio imaterial encontra suporte normativo que vai além da Convenção de Varsóvia ou do Código Brasileiro de Aeronáutica. Em decorrência, toda a legislação ordinária surgida após sua promulgação passou a contemplar expressamente o dano moral.⁵⁷

No regime da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o art. 6º, VI, já referido, fala em reparação por danos patrimoniais e morais por acidente de consumo. Mais recentemente, o Código Civil vigente, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, consagrou a reparação do dano, ainda que exclusivamente moral, no seu art. 186.

Tal configuração normativa autorizaria, sem os problemas enfrentados pela jurisprudência norte-americana, a admissão do dano moral em seus diversos níveis: subjetivo, objetivo e social, incluindo o dano estético, os quais podem, ademais, ser cumulados.⁵⁸

Sobre o tema, entretanto, as questões mais acaloradas residem nos casos de atraso, adiantamento e de cancelamento de vôos, bem como os de perda ou extravio temporário de bagagem e vendas superiores ao número de vagas da aeronave (*overbooking*).

Durante algum tempo houve quem negasse ao atraso e ao cancelamento de vôos a condição de danos reparáveis também sob o ponto de vista moral, em virtude de não os haver previsto o Sistema de Varsóvia, mas também porque seriam em essência capazes de configurarem tamanho agravo à personalidade por tratar-se de simples incumprimento contratual.⁵⁹

A tese está superada, como visto, em razão do fundamento constitucional para o ressarcimento do dano moral.

⁵⁷ MORSELLO, Marco Fábio. *Op. Cit.* p. 196.

⁵⁸ LOPES, Teresa Ancona. *O Dano Estético: responsabilidade civil*. 3. ed. rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64

⁵⁹ *Idem ibidem*, p. 77.

Diante da Código Brasileiro de Aeronáutica, suscita-se, entretanto, um problema adicional porque a redação de seu art. 230 estabelece um prazo de tolerância de até quatro horas para que o transportador providencie o embarque do passageiro, em vôo que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, ou restitua, de imediato, o valor do bilhete de passagem.

A reparação, seja por dano material, seja por dano moral, poderia ser deferida apenas após passadas as quatro horas de tolerância? Ou, antes disso, por expressa determinação legal, não haveria dano ressarcível?

Esses dispositivos do Código Brasileiro de Aeronáutica, estão aparentemente superados pelo art. 737 do Código Civil que diz estar o transportador “sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior”. Ou seja, não houve por parte do legislador civil qualquer intenção de dilatar o início do período para fins de responsabilidade do transportador.

Igualmente, se a relação é de consumo, o art. 20 do Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor de serviços com vícios de qualidade (que seria justamente o caso) as conhecidas sanções de, a critério do interessado: reexecutar os serviços, sem custo adicional e quando cabível; restituir imediatamente a quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; e o abatimento proporcional do preço.

Meridiano está que, em alguma medida, as hipóteses do art. 20 da legislação de defesa do consumidor coincidem com as do Código Brasileiro de Aeronáutica, permitindo a devolução do preço do bilhete, ou nova execução do serviço. Contudo, a referência ao termo *imediatamente* enseja a conclusão que, para tais fins, não há porque se esperar as quatro horas da codificação aeronáutica.

De igual modo, se do atraso resultam danos materiais, não há sentido, nos termos do art. 730 do Código Civil e 6º.,

VI, do Código de Defesa do Consumidor, averiguar se foram antes ou posteriormente ao período de quatro horas.

Entretanto, para à configuração do dano moral, paradoxalmente, as quatro horas podem servir de *standard* razoável para firmar sua configuração, pois “o bom senso recomenda para tanto que o atraso seja dilargado e anormal, com omissão da empresa sem evitar-lhe as conseqüências”.⁶⁰

Mesmo assim, forçoso reconhecer que não existe um critério fixo e rígido para a apreciação do dano moral em caso de atraso, devendo sua verificação a depender da situação concreta que chega ao tribunal.⁶¹

O Superior Tribunal de Justiça vem de longa data pontuando que “a disponibilização de hotéis e transporte adequados, não se revela suficiente para elidir o dano moral quando o atraso no vôo se configura excessivo, a gerar pesado desconforto e aflição ao passageiro, extrapolando a situação de mera vicissitude ou contratempo, estes plenamente suportáveis.”⁶²

A farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido o dano moral em situações realmente exageradas, como atrasos em mais de dez horas em relação ao horário previsto para a chegada.⁶³ Por outro lado, há precedente negando indenização em um caso onde o atraso durou apenas duas horas.⁶⁴

Como o atraso, incluem-se como reparáveis os casos de cancelamento e de antecipação do vôo. Apesar de não estar

⁶⁰ CAHALI, Yussef Sahid. *Dano Moral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 517.

⁶¹ Morsello, Marco Fábio. *Op. cit.* p. 175.

⁶² Recurso Especial nº 265173/SP. Relator ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília, 19 de dezembro de 2002. Diário de Justiça da União de 16 de junho de 2003, p. 344).

⁶³ AgRg no Ag nº 903.969/RJ. Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Brasília, 09 de Dezembro de 2008. DJe 03/02/2009

⁶³ AgRg no Ag nº 903.969/RJ. Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Brasília, 09 de Dezembro de 2008. DJe 03/02/2009

⁶⁴ Recurso Especial nº 594570/SP. Relator ministro Castro Filho. Brasília, 04 de maio de 2004. Diário da União de 17 de maio de 2004, p. 225).

expresso na legislação aeronáutica, seu efeito é o mesmo do atraso, caracterizando o inadimplemento contratual. Naturalmente, como já mencionado, afastam-se as hipóteses

A mesma polêmica no tocante à configuração do dano moral estendeu-se ao extravio de bagagem. Nesse caso, entretanto, é conhecido o precedente da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 172720/RJ, relatado pelo ministro Marco Aurélio e julgado em 06 de Fevereiro de 2002.

Não apenas o dano moral foi admitido, como igualmente foi considerada sua recomposição integral. Ambas hipóteses teriam assento na Constituição Federal, como reconhece o acórdão:

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. OBSERVAÇÃO MITIGADA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUPREMACIA.

O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.

A decisão do Supremo Tribunal Federal é significativa também por ter objetivado (*danum in re ipsa*) o sentido do dano moral nos supostos de atraso como um todo (pois a bagagem é acessória ao contrato de transporte de pessoas), não necessitando de desnecessárias provas constrangimento e do sentimento de aflição que passam a ser inerentes ao próprio atraso.

Finalmente, o *overbooking* consiste na venda de passagens em número superior ao de vagas existentes em uma aeronave. Ou seja, o transportador exorbita sua real e efetiva capacidade de proporcionar o acomodamento a todos os passageiros, provocando, por conseguinte, a preterição de alguns. Tra-

duz-se, assim, em genuíno ilícito contratual.⁶⁵

Não se confundem *overbooking* e a reserva não confirmada, ou simplesmente perda da reserva. Aqui não há irregularidade por parte do transportador, porquanto a reserva não chegou a ser confirmada a tempo e modo pelo próprio interessado. O transportador poderá retirá-lo de lista em favor daquele que confirmar em primeiro lugar o fechamento do contrato, com o efetivo pagamento da passagem.

Não havendo definição legal que descrevesse essa conduta ilícita, o *overbooking* foi conceituado pelo Ministro da Aeronáutica, que, à época, tinha atribuições para regulamentar a aviação civil. Assim, o art. 11 da Portaria 957/GM5/89 explicava que:

Quando o usuário portador de bilhete com reserva confirmada deixar de embarcar no horário a que tem direito, em razão de preterição ou excesso de passageiros, deverá ser acomodado pela empresa em outro voo, próprio ou de congêneres, no prazo máximo de 4 horas após a partida da aeronave.

Parágrafo único. Se o usuário concordar em viajar em outro voo do mesmo dia ou do dia seguinte, a empresa transportadora deverá proporcionar-lhe facilidades de comunicação, hospedagem e alimentação em locais adequados, bem como transporte de e para o aeroporto, se for o caso.

Naturalmente, a norma administrativa não é oponível no que se refere ao prazo de tolerância de quatro horas, conforme demonstrado acima. Por isso, independentemente do tempo de demora, o transportado já será considerado responsável pelos prejuízos causados.

Diferentemente do atraso, o *overbooking* atenta contra o princípio princípio da boa-fé objetiva.⁶⁶ Talvez aqui o dano moral que se configure de imediato, não havendo que se falar em simples inadimplemento contratual.

⁶⁵ STOCO, Rui. *Op. Cit.* p. 328.

⁶⁶ SOUSA, Álvaro Couri Antunes. Responsabilidade civil do transportador aéreo à luz do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, p. 75, maio 2000. p. 50.

Fundado em ato deliberado do transportador de vender mais passagens que o número de assentos na aeronave, o Superior Tribunal de Justiça já destacou certa vez que o dano moral criado em situação de *overbooking* deveria ter tratamento mais severo que as já destacadas situações de atraso ou cancelamento de vôos.⁶⁷

Se, entretanto, o impedido para o embarque for rapidamente revertido, poderá ser que, a despeito do mal estar gerado, possa-se considerar que o passageiro foi vítima de simples inconveniência, não havendo dano a reparar.⁶⁸

5. Conclusões.

Desde os primórdios da atividade aeronáutica percebeu-se ser fundamental o desenvolvimento um sistema de responsabilização civil, que assegurasse de modo mais ágil a reparação pelos danos causados em razão de seu incomparável potencial lesivo.

A Convenção de Varsóvia, por influência da doutrina do risco do ar, consolidou a responsabilidade civil subjetiva em matéria contratual, embora com culpa presumida, juntamente com o estabelecimento de topes indenizatórios. Já as relações extracontratuais sempre tiveram no plano internacional responsabilização objetiva, mantendo a tarifação das indenizações (Convenção de Roma de 1952).

Foi editada recentemente a Convenção de Montreal, que teve como efeito prático a revogação da Convenção de Varsóvia relativamente à forma e à tarifação da responsabilidade. O sistema de Montreal inovou ao estabelecer um modelo bifronte (*two-tier system*) de responsabilização, tema disciplinado em seu art. 21.

Sem embargo, o Código de Defesa do Consumidor pas-

⁶⁷ Recurso Especial nº 211604/SC. Relator ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 25 de Março de 2003. Diário da Justiça da União de 23 de junho de 2003, p. 372.

⁶⁸ Recurso Especial nº 750.128/RS. Rel. Ministro Massami Uyeda. Brasília, 25 de Maio de 2009. DJe de 15 de Maio de 2009.

sou a tratar de aspectos do contrato de transporte aéreo. A edição do Código Civil de 2002, que também dedicou toda uma seção sobre o tema. Como consequência, o sistema normativo aeronáutico passou a andar em antinomia com os balizamentos gerais de regência dos contratos de transporte.

A dinâmica diferenciada que esses diplomas impuseram ao assunto, preceituando normas gerais que não poderiam ser desconsideradas pela legislação específica (art. 730 do Código Civil), terminou por fragmentar o sistema *Varsóvia-Roma* e suas variantes, o qual, na prática, perdeu suas estruturas principais.

Mereceram especial destaque a reformulação da regra da responsabilidade subjetiva do transportador, substituindo-a pela objetiva e a supressão dos topes indenizatórios previstos nos regimentos aeronáuticos pela integral reparação dos danos causados, sobretudo no transporte de pessoas

Além disso, inclusive, sob certos aspectos, por coerência com o texto constitucional de 1988, inseriu no âmbito do transporte aéreo danos não previstos pelo eixo *Varsóvia-Roma*, como os de ordem moral em incidentes como o atraso e o cancelamento de vôos, *overbooking*.

Contudo, a entrada em vigor da Convenção de Montreal no ano de 2006 está a cobrar especial reflexão dos juristas. Se bem tenha mantido, sob certos aspectos, as referências a *Varsóvia-Roma* ampliou os topes indenizatórios em patamares compatíveis com a realidade, estabelecendo ainda uma objetivação da responsabilidade até certos níveis.



BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Legislação Aplicável ao Transporte Aéreo Internacional. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, vol. 75, p. 33-51, nov. 1998.
- ANDRADE, Alessandra. Derradeira Esperança para o Transporte Aéreo Internacional. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, vol. 78, p. 5 e 7, nov. 1999.
- _____. O Colapso do Sistema de Varsóvia. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, vol. 76, p. 25-32, mar. 1999.
- AMBROSINI, Antonio. *Istituzioni de Diritto Aeronautico*. 2. ed. Roma: Ufficio Editoriale Aeronautico, 1940.
- BELCHIOR, Stélio Bastos. A Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 327, p. 307-310, jul./set. 1994, p. 310.
- BELCHIOR, Stélio Bastos. A Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 327, p. 307-310, jul./set. 1994, p. 310.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, vol. 77, jul. 1999.
- BREITLING, Raymond. *Le Droit de l'Air dans la Jurisprudence Française*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, [s.d].
- CAHALI, Yussef Sahid. *Dano Moral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998
- CARVALHO, Luís Camargo Pinto de. O Código do Consumidor e o Direito Aeronáutico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 673, p. 47-49, nov. 1991.
- COQUOZ, Raphaël. COQUOZ, Raphaël, *Le Droit Privé International Aérien: exposé systématique et critique*. Paris: Editions Internationales, 1938..

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. II.
- COSENTINI, Francesco, *Code International de l'Aviation*. Paris: Dunod, 1939.
- COSENTINO, Eduardo T. *Regimen Jurídico del Transportador Aéreo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- _____. El Daño Moral em el Campo del Transporte Aéreo. *Revista de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, vol. 73. p. 75-78. nov. 1997/mar. 1998. p. 75..
- CALVINO, Ítalo. *Seis Propostas para o Novo Milênio*. Trad. Ivo Barroso. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- DE JUGLART, Michel. *Traité Élémentaire de Droit Aérien*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. vol II. p. 703.
- ESMEIN, Paul. L'Obligation et la Responsabilité Contractuelles. In: *Le Droit Privé Français au Milieu du XXe. Siècle*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. t. II.
- FOGLIA, Ricardo A.; MERCADO, Angel R. *Derecho Aero-náutico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [s.d].
- FOLLIO, Michel. La Modernisation du Système Varsovien de Responsabilité du Transporteur: la conférence internationale de Montreal. *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, Paris, Pedone, n. 212, p. 425, dec. 1999.
- FRAGALI, Michele. FRAGALI, Michele. *Principii di Diritto Aeronautico*. Padova: CEDAM, 1930.
- GAY DE MONTELLÀ, Rafael. *Las leyes de la Aeronáutica*. Barcelona: Bosch, 1929
- GILDEMEISTER, Alfredo, GILDEMEISTER, Alfredo. *Elementos de Derecho Aeronáutico*. Lima: Universidad del Pacifico, 1974.

- JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Positif Français: théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les suretés*. 2. ed. Paris: Recueil Sirey, 1933. t. II.
- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. II.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil : obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético: responsabilidade civil*. 3. ed. rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de Direito Civil: fontes acontratuais das obrigações. responsabilidade civil*. 5. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. vol. V.
- MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.
- MAPELLI, Enrique, MAPELLI, Enrique. *El Contrato de Transporte Aéreo Internacional: comentarios al Convenio de Varsovia*. Madrid: Editorial Tecnos, 1968.
- MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 155-197. set. /dez. 1992.
- PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PROCHASSON, Roger. *Le Risque de l'Air*. Paris: Pierre Bousquet, [s.d]. p. 121-149.
- RIESE, Otto; LACOUR, Jean T. *Précis de Droit Aérien Inter-*

- national et Suisse*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.
- ROCHA, Ernesto Vásquez, nov. Los Nuevos Acuerdos IATA sobre Responsabilidad Civil en el Transporte de Pasajeros. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, vol. 73, p. 50-57, nov. 1997/mar. 1998.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SOUSA, Álvaro Couri Antunes. Responsabilidade civil do transportador aéreo à luz do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, p. 75, maio 2000.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- VINEY, Geneviève, JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: les effets de la responsabilité*. 2 ed. Paris