

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO

Felipe Garcia TELÓ¹

RESUMO: O presente artigo busca traçar um panorama da responsabilidade civil do transportador aéreo. Seus pressupostos, normas reguladoras, tanto no Direito Interno (Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei 7.565/86) quanto no Direito Internacional (Convenção de Varsóvia/Haia), da questão de divergência da doutrina e da jurisprudência quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor para a proteção do passageiro, da limitação da responsabilidade do transportador estabelecida pela legislação especial e também de questões referentes a danos morais e materiais nos transportes aéreos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Transporte aéreo. CDC. Danos Morais. Danos Materiais.

1 NOÇÕES BÁSICAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Definição

Profunda é a diferença entre ato jurídico e ato ilícito. Conforme Washington de Barros Monteiro o ato jurídico “é ato de vontade, que produz efeitos de direito; ato ilícito também é ato de vontade, mas que produz efeitos jurídicos independentemente da vontade do agente. O ato jurídico é ato lícito, ato fundado em direito, enquanto o ato ilícito constitui delito, civil ou criminal, e pois, violação às leis (MONTEIRO, 1971, p. 285).

¹ Discente do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. E-mail: felipetelo@unitoledo.br

Sucedee a prática do ato ilícito a responsabilidade do agente.

A responsabilidade vincula-se á idéia de obrigação, em situação peculiar, daquele que deve assumir as conseqüências de fato danoso.

Segundo Silvio Rodrigues (1979, p. 13) a responsabilidade é um

[...] princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontradiça no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é inconcebível, é aquele que impõe, a quem causa dano a outrem, o dever de o reparar.

1.2 Dolo e Culpa

Quando há intenção ponderada de ofensa ao ordenamento jurídico, ou de ocasionar prejuízo a um terceiro, há o dolo, isto é, conhecimento pleno do mal e propósito de o praticar. Se não houve esta intenção deliberada, intencional, mas o prejuízo do mesmo modo ocasionou-se, por imprudência ou negligência, existe a culpa.

1.3 Culpa Contratual e Culpa Extracontratual (Aquiliana)

A culpa contratual advém do não cumprimento da responsabilidade contratual. A responsabilidade contratual, como dita o próprio nome, procede da celebração de um contrato entre as partes, escrito ou verbal, desde que tenha validade, capacidade das partes e que o dano tenha ocorrido pela inexecução do contrato. Assim, derivado de um contrato, o lesado tem a incumbência de obtenção das provas necessárias para provar o dano em referido contrato, pois dele é decorrente a responsabilização do descumpridor do acordo.

Já sobre a responsabilidade (culpa) extracontratual Fábio Henrique Podestá (1997, p. 165) entende que “quando a responsabilidade não deriva de um contrato, diz-se extracontratual porque há infringência de um dever legal sem existir vínculo antecedente entre o causador do dano e a vítima”.

Acredita-se que, da responsabilidade extracontratual surgiram duas subespécies de responsabilidade, a primeira calcada na culpa e a segunda no risco (tratadas em tópicos próprios). Aquela da culpa recebe o nome de responsabilidade subjetiva ou delitual, pois, o sujeito causador do delito deve ter agido dolosa ou culposamente. A outra, conhecida como responsabilidade objetiva, é aquela que não se cogita da presença da culpa, basta ter ocasionado o dano². (FREITAS, 2003, p. 13).

2 DO DIREITO AERONÁUTICO: REGULAMENTAÇÃO

O Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil é parte, pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86) e pela legislação complementar.

Tendo o Brasil ratificado os termos da Convenção de Varsóvia, que teve a finalidade de unificar regras relativas ao transporte aéreo internacional, pelo Decreto 20.784/31, alterado pelo Dec. 56.463/65 (mudanças redacionais realizadas através do Protocolo de Haia), as leis locais não são aplicáveis ao transporte aéreo internacional.

O art. 1.º da Convenção de Varsóvia define como transporte aéreo internacional o transporte em que o ponto de partida inicial e o ponto de destino final sejam situados em Estados distintos ou que um ponto de escala esteja situado em um Estado diferente do Estado onde se situa o ponto de partida e de destino. Para estes vôos, como já citado, a legislação aplicável é a referida convenção.

O Código Brasileiro de Aeronáutica, em seu art. 251, estabelece ser nacional todo o transporte em que os pontos de partida, intermediários (escalas) e de

² Dever de reparar o dano com base no nexu causal.

destino estejam situados em território nacional. O C.B.A. rege o transporte aéreo “doméstico”.

Após o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.079/90) vários acórdãos aplicaram-no (e ainda o aplicam) ao transporte aéreo, equivocadamente, pois, consoante a regra da especialidade da lei (*lex specialis derogat legi generali*), o transporte aéreo continua a reger-se por normas próprias, ou seja, a convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica.

Já o Direito Comum é aplicável ao transporte aéreo sempre que a questão não for coberta pela legislação especial (C.B.A. ou Convenção de Varsóvia) ou não apresentar ligação direta com matéria aeronáutica.

2.1 Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo

Quanto a natureza da Responsabilidade Civil no transporte aéreo, José Gabriel Assis de Almeida elencou que “a legislação especial, tanto internacional quanto nacional, estabelece um regime geral onde a responsabilidade do transportador decorre dos seguintes elementos: (a) a existência de um contrato de transporte; (b) a ocorrência de um fato ou ato no curso do transporte; (c) a verificação de um dano; (d) a existência de um nexo de causalidade entre o fato ou ato ocorrido e o dano verificado.

Da enumeração acima depreende-se que a legislação especial estabeleceu um regime geral de responsabilidade onde não se perquire o elemento subjetivo, ou seja, a culpa ou o dolo do transportador.

No entanto, os regimes do transporte internacional e o do transporte nacional são um pouco diferentes. No transporte internacional a responsabilidade é por culpa presumida do transportador. Diz-se que é por culpa presumida pois o transportador pode afastar a sua responsabilidade se provar que tomou as medidas necessárias para evitar os danos ou se provar que lhe era impossível tomá-las.

No transporte nacional, a responsabilidade é objetiva, pois o transportador não pode se eximir mesmo se provar que tomou as medidas necessárias ou que lhe era impossível tomá-las (v. art. 20 da Convenção de Varsóvia).

Porém, tanto no transporte internacional quanto no nacional, provado o transporte e provado o dano no decorrer do mesmo, o transportador é responsável e cabe a indenização.(ALMEIDA, 1988, p. 125-126).

E ainda completa: "em contrapartida a vantagem da desnecessidade de prova do elemento subjetivo (tanto na responsabilidade objetiva tanto na por culpa presumida) a responsabilidade do transportador é limitada, tanto pela Convenção de Varsóvia como pelo Código Brasileiro de Aeronáutica" (ALMEIDA, 1988, p. 125-126).

Assim, a legislação especial procura estabelecer um sistema equilibrado. O interessado beneficia-se com a presunção de culpa grave ou dolo, pois não fica obrigado a provar o elemento subjetivo da responsabilidade do transportador. Prova essa que, aliás, seria extraordinariamente difícil em virtude dos aspectos técnicos do transporte aéreo.

Mas, por outro lado, a responsabilidade do transportador – objetiva ou por culpa presumida – é limitada a certo valor³. (ALMEIDA, 2000, p. 129)

A responsabilidade civil, que se cogita, é de quem, pelo contrato de transporte aéreo, se obrigou a conduzir, são e salvo, o passageiro ao lugar de destino (princípio da incolumidade).

2.2 Justificativas à Limitação da Responsabilidade do Transportador Aéreo

Alguns autores entendem que os Tratados possuem status de norma constitucional. Ora,

³ Pela legislação especial.

[...] se pudéssemos entender que o decreto legislativo pode alterar a Constituição Federal, incluindo direitos, estaríamos afirmando de que se trata de um texto flexível, não rígido, abandonando uma tradição constitucional e não aplicando os princípios do art. 60 e seus parágrafos, regra de imutabilidade implícita. O fato de o Tratado entrar na ordem jurídica brasileira não significa obrigatoriamente que ele ingressará no plano constitucional. (ARAUJO, 1998, p. 131-132)

Então, partindo-se do pressuposto de que o Código de Defesa do Consumidor, a Convenção de Varsóvia/Haia e/ou o Código Brasileiro de Aeronáutica estão no mesmo patamar legislativo (o de norma ordinária), deve-se analisar o art. 2º (e seu respectivo parágrafo) da Lei de Introdução ao Código Civil para estabelecer os critérios de resolução de conflito.

L.I.C.C. - Art. 2.º ... a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente matéria de que tratava a lei anterior.

§2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Quanto à aplicação do referido texto legal ao caso concreto Paulo Henrique de Souza Freitas elucidou que:

[...] quanto à revogação expressa (*expressamente o declare*) isto não ocorreu, pois o art. 119 do CDC o faz de forma geral, ou seja, *revogam-se as disposições em contrário*. Em relação a regulamentação integral de matéria abordada em lei anterior, também o CDC não pode prevalecer, pois ele não aborda exclusivamente matéria de responsabilidade civil de transporte aéreo, conforme o faz a Convenção de Varsóvia. Por último, somente nos resta a comparação, quanto à incompatibilidade de uma norma com a outra.

A incompatibilidade existente seria justamente a limitação da Convenção de Varsóvia/Haia e/ou Código Brasileiro de Aeronáutica, com a ilimitação do Código de Defesa do Consumidor. *Prima facie* parece-nos claro, a lei posterior revoga a anterior, e assim, o Código de Defesa do Consumidor (1990) teria revogado a Convenção de Varsóvia/Haia (Decreto n. 20.704, de 24.11.1931 e Decreto n. 56.463, de 15.6.1965), e/ou o Código Brasileiro de Aeronáutica (1986). Contudo, não é esse o critério correto a ser adotado, e sim, o da especificidade. (FREITAS, 2003, p. 153).

Assim, caracteriza-se o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor é norma de caráter geral, enquanto a Convenção de Varsóvia/Haia e/ou o Código Brasileiro de Aeronáutica são normas de cunho especial.

Sobre o assunto, tratou Maria Helena Diniz (1999, p. 107): “A norma geral não revoga a especial, nem a nova especial revoga a geral, podendo com ela coexistir (*Lex posterior generalis non derogat speciali*, *‘legi speciali per generali per generalem non abrogatur*)”, exceto se disciplinar de modo diverso a matéria normada” (caso em questão), “ou se a revogar expressamente (*Lex specialis derogat legi generali*)”.

E para não deixar dúvidas quanto à questão Paulo Henrique de Souza Freitas (2003, 164-166) completa:

[...] porém, não podemos descartar que essa antinomia (CBA x CDC), ou seja, limitação (CBA) contra ilimitação (CDC) da responsabilidade do transportador – salvo dolo ou culpa grave – tratada por alguns juristas pela ordem cronológica de sua vigência (CBA – 1986 e CDC – 1991) ou pelo critério da especialidade (geral ou especial), deve ser analisada também sobre o prisma da vontade do legislador ao referendar os Protocolos 1, 2 e 4 de Montreal em 25 de setembro de 1975 **(que mesmo tendo sido aprovados no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 22 de 28 de maio de 1979, não entraram em vigor por falta de adesão de 30 países, até 1993)**, que modificam a Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, concluída em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929, e emendada pelo Protocolo celebrado na Haia, em 28 de setembro de 1955, com reserva constante do artigo X, no Protocolo n. 2 e artigo XXI, §1º, alínea a do Protocolo n. 4.

Em outras palavras, referidos Protocolos 1, 2 e 4 de Montreal de 1975, que determinam a limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo, exceto nos casos de dolo ou culpa grave, foram ratificados pelos Decretos ns. 2.860 e 2.861, ambos de 7 de dezembro de 1998, ou seja, durante a vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), cuja responsabilidade é limitada.

Assim, parece-nos contraditória a sustentação de que deve prevalecer o Código de Defesa do Consumidor por ser de 1990 e ter revogado os diplomas anteriores, pois vários anos após a sua vigência, os Decretos ns. 2.860 e 2.861 de 1998, atestam a limitação da responsabilidade do transportador aéreo, frise-se, nos casos em que não ficar comprovado o dolo ou a culpa grave, pois se essa não fosse a vontade do direito interno, que não tivesse ratificado ou se já ratificado estivesse que o denunciasse.

(observação nossa).

3 DA LEGITIMIDADE

A competência para ações de indenização contra empresa de transporte aéreo é da Justiça Estadual e é parte legítima ativa para ajuizá-la a própria vítima, por lesões corporais, invalidez, atraso e/ou cancelamento de vôo, bagagem e overbooking, ou, em caso de falecimento do passageiro, seus herdeiros e sucessores, inclusive a companheira ou concubina.

“Em caso de carga, possui legitimidade ativa o expedidor ou o destinatário, art. 266 do CBA. A lei não proíbe o litisconsórcio necessário ativo.” (FREITAS, 2003, p. 109).

3.1 Responsabilidade por Dano a Passageiro

C.B.A. - 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 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 aéreo 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.

O dano que se cuida no art. 256 é decorrente de: a) morte de passageiro; b) lesão de passageiro; e c) atraso do transporte contratado.

Em tese, o dano resultante de morte de passageiro pode constituir-se em: a) homicídio doloso; b) homicídio culposo; e c) morte acidental, sem configurar-se delito, sendo presumida a culpa do transportador.

A morte indenizável há de envolver-se dos seguintes pressupostos: a) ser de passageiro ou de alguém, para este efeito, a ele equiparado, como se dá com as pessoas indicadas no parágrafo segundo deste art. 256; b) for causada por acidente durante a execução de contrato de transporte aéreo, a bordo da aeronave ou no curso de operações de embarque ou desembarque; c) não resultar, exclusivamente, do estado de saúde da vítima ou de sua culpa exclusiva.

O §2.º do art. 256 do C.B.A. equipara, para efeitos de responsabilidade civil, os tripulantes, diretores, empregados e passageiros gratuitos aos passageiros, embora não haja vínculo contratual de transporte entre eles.

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) (**índice de correção monetária**), 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 passageiro.

§ 2º Na indenização que for fixada em forma de renda, o capital para a sua constituição não poderá exceder o maior valor previsto neste artigo.

Vale ressaltar que, pelo artigo 248 do CBA, os limites de indenização não se aplicam se for provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos, neste caso aplica-se o Direito Comum. O próprio artigo, em seu §1º, define “dolo ou culpa grave” como sendo quando se quis o resultado ou assumiu-se o risco de produzi-lo. A sentença, no juízo criminal, com trânsito em julgado, que haja decidido sobre a existência do ato doloso ou culposo e sua autoria, será prova suficiente. No mesmo sentido, a Convenção de Varsóvia/Haia estabeleceu, em seu artigo 25, que não se aplicam os limites da responsabilidade do transportador quando ficar provado “que o dano resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de

seus prepostos, cometidas com a intenção de causar o dano, ou temerariamente e com consciência de que, provavelmente, causaria dano”.

Quanto ao limite da responsabilidade do transportador por morte ou lesões corporais sofridas, a Convenção de Varsóvia/Haia fixou, em seu artigo 22, em 100.000 Direitos Especiais de Saque⁴ por passageiro. Em caso de atraso no transporte de passageiro limita-se à quantia de 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

3.2 Responsabilidade por Dano a Bagagem

Primeiramente cabe a realização de uma distinção entre bagagem e carga. Bagagem constitui-se do conjunto de objetos de uso pessoal do passageiro acondicionados em malas ou valises de mão. Tanto a despachada no embarque do passageiro quanto a que vai em mãos do mesmo são consideradas bagagens acompanhadas, porque vão junto com o viajante, na mesma aeronave.

O artigo 260 do C.B.A. estabelece o limite da indenização por dano, conseqüente de destruição, perda ou avaria de bagagem despachada ou conservada em mãos do passageiro, ocorrida durante a execução do contrato de transporte aéreo, em até 150 OTN (Obrigações do Tesouro Nacional) por passageiro. No caso de atraso, a responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro, limita-se, na hipótese, aos mesmos 150 OTN (art. 257, 2ª parte).

A Convenção de Varsóvia/Haia, em seu art. 19, estabelece que “responde o transportador pelo dano proveniente do atraso do transporte aéreo de viajantes, bagagem ou carga” mas também que o transportador pode eximir-se desta responsabilidade se provar “que ele e seus pressupostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a

⁴ Moeda escritural utilizada como reserva dos Estados junto ao Fundo Monetário Internacional, substituindo o padrão-ouro; o valor, correspondente em dólar, do DES é atualizado diariamente no site do FMI.

um e a outros, adotar tais medidas”. Pelo artigo 22 dessa Convenção se estabelece que:

- a) no transporte de mercadoria ou de bagagem registrada, o limite da responsabilidade é de 205 francos-ouro por quilograma, salvo declaração especial;
- b) quanto aos objetos que o passageiro conservar sobre sua guarda, limita-se a 5.000 francos por passageiro a responsabilidade do transportador.

3.3 Responsabilidade por Dano a Carga

O artigo 262 do C.B.A. estabelece em 3 (três) Obrigações do Tesouro Nacional por quilo a responsabilidade do transportador aéreo no caso de atraso, perda, destruição ou avaria de carga, salvo declaração especial de valor feita pelo expeditor e mediante o pagamento de taxa suplementar, se for o caso.

Para serem indenizáveis pelo transportador, impõe-se que:

- a) ocorram durante a execução do contrato de transporte aéreo (art. 245);
- b) não haja exclusão a responsabilidade (art. 264);
- c) não haja sido a carga recebida sem protesto (art. 244 e §§).

Percebe-se que, no que se refere à carga, a responsabilidade se limita, não em relação ao passageiro, como ocorre com a bagagem, mas em relação ao peso dos volumes despachados.

4 DANOS A SUPERFÍCIE

Os danos à superfície são de natureza extracontratual visto que não houve celebração de contrato algum entre a vítima e o transportador aéreo. Tal prejuízo é indenizável de acordo com o art. 268 do CBA.

O artigo 268 do Código Brasileiro de Aeronáutica estabelece que “o explorador responder pelos danos a terceiros na superfície, diretamente, por aeronave em vôo, ou manobra, assim como por pessoas ou coisa dela caída ou projetada” (caput). O §2º exime o transportador da responsabilidade se o mesmo puder provar que:

- I – não há relação direta de causa e efeito entre o dano e os fatos apontados;
- II – resultou apenas da passagem da aeronave pelo espaço aéreo, **observadas as regras de tráfego aéreo**;
- III – a aeronave era operada por terceiro, não preposto nem dependente, que iludiu a razoável vigilância exercida sobre o aparelho;
- IV – houve culpa exclusiva do prejudicado.

Para efeitos legais, o §3º considera a aeronave “em vôo” desde o momento em que a força motriz é aplicada para decolar até o momento em que termina a operação de pouso e o §4º considera “em manobra” a aeronave que estiver sendo movimentada ou rebocada em aéreas aeroportuárias.

O termo “terceiros” significa alguém que: não é parte do contrato de transporte; ou não se encontra na aeronave.

Os limites da responsabilidade na superfície são fixados pelo artigo 269 do CBA “para aeronave com peso máximo de 1.000 (hum mil) quilogramas, à importância corresponde a 3.500 (três mil e quinhentas) OTN (Obrigações do Tesouro Nacional)” (inciso I) e...

[...] para aeronaves com peso superior a 1.000 (hum mil) quilogramas, a quantia correspondente a 3.500 (três mil e quinhentas) 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).
(inciso II).

O artigo 270 do CBA definiu que o explorador da aeronave deverá pagar aos prejudicados habilitados 30% da quantia máxima, a que estará obrigado, nos termos do artigo 269, dentro de sessenta dias a partir da ocorrência do dano, entretanto, nos termos do §1º, eximindo o explorador que houver proposto ação para isentar-se de responsabilidade sob a alegação de culpa predominante ou exclusiva do prejudicado. O artigo ainda determina, em seu §3º, que “o saldo de 70% (setenta por

cento) será rateado entre todos os prejudicados habilitados, quando após o decurso de 90 (noventa) dias do fato não pender qualquer processo de habilitação ou ação de reparação do dano”, no caso, através do direito comum.

Art. 271.....

II - Havendo danos pessoais e materiais, metade da importância correspondente ao limite máximo de indenização será destinada a cobrir cada espécie de dano; se houver saldo, será ele utilizado para complementar indenizações que não tenham podido ser pagas em seu montante integral.

Segundo o artigo 272, nenhum efeito terão os dispositivos do CBA sobre o limite de responsabilidade quando...

I – o dano resultar de dolo ou culpa grave do transportador;

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.

Nestes casos, a aplicação é do Direito Comum (CDC) no qual inexistente limitação à responsabilidade do transportador aéreo.

O artigo 11 da Convenção de Roma (modificadora do texto da Convenção de Varsóvia/Haia) fixou o limite das indenizações também em relação ao peso da aeronave, em cada acidente e em caso de morte ou lesão pessoal em 500.000 francos ou 125.000 Direitos Especiais de Saque por pessoa.

5 OVERBOOKING

O overbooking ocorre quando um número maior de passageiros caracterizados como prováveis “no show” comparece para o embarque. O termo “no show”, segundo Paulo Henrique de Souza Freitas (2003, p. 166):

[...] é atribuído àquele passageiro possuidor de reserva confirmada, mas que não comparece para embarcar. Pode ser ele voluntário e involuntário. Voluntário porque o passageiro deixa de embarcar, por não comparecer simplesmente por vontade própria. No involuntário o passageiro deixa de comparecer por motivo diverso a sua vontade, podendo ser, inclusive, por motivos de atraso, em conexões geradas pelas próprias transportadoras aéreas.

Os transportadores aéreos começaram a prática do *overbooking* (venda de número de bilhetes superior à capacidade da aeronave) para proteger-se do não comparecimento voluntário e/ou involuntário de passageiros, devido aos prejuízos causados pelos mesmos. O *overbooking* sequer está previsto legalmente (nem pelo CBA e nem por qualquer outro tratado internacional a que o Brasil tenha aderido).

Assim, na ausência de referência específica na lei especial, o Código Brasileiro de Aeronáutica e/ou a Convenção de Varsóvia/Haia, temos de buscar socorro na lei geral, o Código de Defesa do Consumidor, sendo claro que o contrato de transporte aéreo é uma prestação de serviços e, portanto, aplicável o CDC se não confrontar com lei específica.

Recorrendo, novamente, a Paulo Henrique de Souza Freitas (2003, p. 169-170), temos que:

O transportador aéreo tem a obrigação legal de indenizar o passageiro pelo simples risco de sua atividade (responsabilidade objetiva), ou seja, terá o transportador de provar que o passageiro não fez reserva, que não compareceu no local e na hora determinada para embarque. Contudo, caberá ao passageiro o ônus da prova, quanto ao valor pretendido.

O ideal é a busca pela auto-regulamentação do problema.

“Tais soluções não precisam, obrigatoriamente, passar pela via de edição de normas legais, podendo vir através de auto-regulamentação, com a atuação do organismo diretor da aviação civil, de cunho administrativo e da empresarial, tais como o estabelecimento de multas moderadas para os “no show” injustificados, venda de bilhetes mais baratos, com mais restrições ao “no show”, dificultando sua proliferação; para o *overbooking* a concessão de prêmios extras já concedidos nos sistemas de incentivos na utilização de fidelidade à mesma empresa transportadora e leilões com indenizações financeiras compensadoras para os passageiros prejudicados com a

inexecução culposa dos contratos de transporte aéreo, sem as incertezas do que eventualmente possam ser originadas de pleito judicial (Neste sentido, como informa MAURO GANDRA, o recente termo de compromisso firmado entre as quatro maiores empresas aéreas brasileiras e o Departamento de Aviação Civil, na qual elas se comprometem a compensar os usuários, eventualmente atingidos pelo OVERBOOKING em valores corrigidos por Direitos Especiais de Saque, conforme índice divulgado pelo Central, no informativo do SNEA, ano II, n. 5, fevereiro de 1999). (SARMENTO e SÓCRATES, 1999, p. 25).

A partir do acordo citado são previstas compensações aos passageiros que se verem “vítimas” do *overbooking*. As compensações, que incluem a oferta de dinheiro vivo ou crédito para compra de passagens e também alimentação, hospedagem e transporte até o próximo voo, serão oferecidas a todos os passageiros como em um leilão, até zerar o número de excedentes. Ninguém será obrigado a participar do leilão. Quem continuar se achando prejudicado, pode e deve procurar uma entidade de defesa dos direitos do consumidor ou até pedir uma indenização à Justiça. O acordo pode ser vantajoso ao passageiro pois, embora a decisão judicial seja quase sempre favorável ao consumidor, os processos podem demorar anos.

6 O DANO MORAL NO TRANSPORTE AÉREO

O dano moral, no que tange ao transporte aéreo, poderá ser identificado nos casos de morte ou lesão de passageiro, destruição total ou parcial de bagagem e carga, atraso e cancelamento de voo, overbooking e todos os demais que possam causar lesão da “personalidade moral”. O S.T.F., ao apreciar o Recurso extraordinário 172.720-9-RJ, foi de seguinte entendimento:

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

Dano moral e material são subespécies de um mesmo gênero – dano. Esse critério foi, inclusive, o precursor da teoria do dano moral no direito brasileiro, pois os juristas baseavam-se em dispositivos legais, ensejadores da reparabilidade de uma forma geral, a fim de estendê-los, para a fixação do dano moral. Assim, entendemos que a responsabilidade civil relativa ao transporte aéreo quanto aos danos morais deva ser limitada (exceto nos casos de dolo ou culpa grave), pois tanto as Convenções Internacionais as quais o Brasil aderiu, quanto o CBA limitam a responsabilidade do transportador para danos, de uma forma geral.

6.1 O Dano Moral Decorrente d Atraso e Cancelamento de Vôos

Primeiramente, há de se inquirir se o atraso ou cancelamento do vôo foi decorrente de caso fortuito ou força maior, tais como: as condições do tempo e a visibilidade dos aeroportos. Neste caso o contrato de transporte não é cumprido por motivo alheio à vontade do transportador, sob a alegação de estar, até mesmo, colocando em risco a integridade dos passageiros e da aeronave. Neste caso, cabe ao transportador aéreo, apenas a obrigação legal de transportar e acomodar o passageiro, até possível reembarque, todavia, o ônus da prova de que o atraso foi decorrente de caso fortuito ou força maior é do transportador (responsabilidade objetiva).

Quando o dano moral não decorreu de nenhum motivo que levou o legislador a limitar a responsabilidade do transportador (ex. caso fortuito e força maior), a responsabilidade civil deverá ser, ao nosso ver, ilimitada. É o caso de eventuais problemas mecânicos nas aeronaves, já que é da responsabilidade do transportador manter seus equipamentos em boa ordem de conservação e funcionamento e, no caso de imprevisto, providenciar aeronave substituta, ou, caso não o faça, há de se responsabilizar por pelos infortúnios gerados pelo referido problema.

6.2 O Dano Moral no Transporte Aéreo Decorrente de *Overbooking*

Qualquer alegação do transportador aéreo para justificar o não embarque do passageiro é indevida, exceto no caso de “no show” (caso que deverá ser provado pelo transportador e não pela vítima), visto que o intuito das companhias em lançar mão do “overbooking” é meramente pecuniário e o mesmo tem caráter previsível e evitável. Por isso, a responsabilidade civil do transportador aéreo no caso deve ser ilimitada, tendo a empresa que indenizar o passageiro integralmente, inclusive no que tange a dano moral, que será fixado pelo juiz obedecendo ao critério da razoabilidade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil tem o intuito de ressarcir equitativamente danos sofridos.

Tivemos a oportunidade de analisar, no presente estudo, a responsabilidade do transportador aéreo por danos sofridos e as formas de ressarcimento estabelecidas.

O assunto da Responsabilidade Civil do transportador aéreo tem estado nas mais recentes pautas de discussão do Senado e da Câmara Federal, dos Jornais e da população, em geral, que sofre com os efeitos da crise do “apagão aéreo” no Brasil. Em um curto espaço de tempo o Brasil presenciou os dois maiores acidentes na história de sua aviação, deixando centenas mortos. Esclarecer de que modo as companhias aéreas respondem pelos danos causados é nosso principal objetivo.

Internacionalmente, a responsabilidade civil do transportador aéreo é regida pela Convenção de Varsóvia, emendada pelo Protocolo de Haia. No ordenamento jurídico interno, a responsabilidade civil do transportador aéreo rege-se

pela Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica). Entretanto, existem divergências doutrinárias quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) à questão e até mesmo do Código Civil. Entendemos que a aplicação mais apropriada é a do Código Brasileiro de Aeronáutica, por ser esta lei especial que disciplina a matéria de modo diverso ao da lei geral (CDC) quanto à limitação da responsabilidade do transportador aéreo. Deste modo: *lex specialis derogat legi generali*.

A legislação especial, tanto nacional quanto internacional, limitou (“tarifou”) a responsabilidade do transportador aéreo para os casos em que se excluem dolo ou culpa grave do mesmo.

Vimos também aspectos gerais da cumulação do dano moral com o material referente a transtornos ocasionados durante a execução do contrato de transporte aéreo, prevista na súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, a orientação é polêmica pois parte da jurisprudência entende que pelo fato da indenização ser limitada (pela lei especial) já estaria embutida no montante total (“valor tabelado”) a indenização referente ao dano moral.

O presente estudo teve como objetivo a divulgação dos direitos garantidos aos usuários do transporte aéreo pela nossa legislação, em meio a tão profunda e avassaladora crise do setor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Legislação Aplicável ao Transporte Aéreo Internacional. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, n. 75, pp. 33-34, 125-129, 1998.

_____. **Jurisprudência Brasileira sobre transporte Aéreo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 125-325.

ARAUJO, Luiz Alberto David de; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. [S.1.]: Saraiva, 1998, pp. 131-132.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 3ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 107.

FREITAS, Paulo Henrique de Souza. **Responsabilidade Civil no Direito Aeronáutico**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, pp. 13, 109, 129, 153, 164-166.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1971, pp. 285.

PACHECO, José da Silva. **Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 19.12.1986)**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 361-479.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações: Teoria Geral e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 165.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. 3ª ed. 1979, pp. 13.

SARMENTO, Castanheira e SÓCRATES, Eduardo. **Contrato de Transporte Aéreo de Passageiros**. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial, n. 77, pp. 23-25, jul. 1999.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. 3.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 49-65, 118-135.