DIREITO AERONÁUTICO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES*

PEDRO GORDILHO**

I — Introdução

1. As questões cogitadas no presente estudo foram especialmente escolhidas em virtude de sua maior freqüência nos pleitos trazidos para exame do poder judiciário, notadamente na área dos tribunais superiores.

2. Devo ressaltar não se tratar de uma conferência, nem mesmo de um palestra. São reflexões extraídas da experiência profissional praticada no cotidiano do contencioso. A linguagem empregada é, antes, a linguagem forense, não a que se expressa nas Academias de Direito.

3. Não posso deixar de ter presente os ensinamentos de ÍTALO CALVINO quando escreveu sobre a palavra escrita e a palavra não escrita *(Usos e Abusos da História Oral,* Fundação Getúlio Vargas, org. MARIETA DE MORAES FERREIRA). Como ele, também eu, quando escrevo, sinto-me protegido atrás desse *"objeto palpável que é a palavra escrita"*. Caberá aos interessados ler o texto ou deixá-lo de lado, se não estiverem satisfeitos. No caso da enunciação de reflexões, ao contrário, devo não só encarar a platéia, mas também perguntar-me: "O *que esse público está esperando de minhas palavras*?" Daí por que prefiro me inspirar no dicionário *Webster* e sua definição da palavra inglesa *lecture,* que tanto significa uma *palestra* informativa proferida ante uma audiência e em geral preparada de antemão, como também o *texto* de tal palestra. Portanto, como o grande pensador — pelo menos procurando adotar seu modelo e sentindo semelhantes inquietações — aqui estou, perante essa assembléia, tendo antecipadamente preparado a singela exposição que reflete aspectos de uma prolongada experiência no contencioso em matéria de direito aeronáutico.

* Exposição apresentada no Seminário de Direito Aeronáutico, realizado no Rio de Janeiro, em 27.8.96, sob o patrocínio do Núcleo de Extensão e Pós-Graduação da Faculdade de Direito Cândido Mendes, em conjunto com a Sociedade Brasileira de Direito Espacial e a Escola Nacional de Magistratura.

** Advogado em Brasília e São Paulo.

II — Algumas Questões

4. Dentro do vasto universo do direito aeronáutico, devo enunciar o resultado dessa experiência e dessas pesquisas basicamente sobre alguns temas. Primeiro, uma questão que tem tido presença marcante no âmbito da justiça de primeiro e de segundo graus, e que está chegando ao Superior Tribunal de Justiça. Refiro-me à questão da legitimidade ativa do Ministério Público para defesa dos direitos dos consumidores diante de supostos abusos e irregularidades praticados pelas empresas de transporte aéreo. Vou examinar também, à luz da jurisprudência, o desdobramento de questões que tocam ao contrato de transporte aéreo de passageiros, do transporte aéreo de carga, da responsabilidade civil contratual, acentuando — quanto à responsabilidade contratual — a responsabilidade por dano ao passageiro, a responsabilidade por dano à carga, os princípios informadores da limitação da responsabilidade do transportador aéreo e, finalmente, essa questão recorrente que é a questão da indenização por dano moral, que tantos registros está merecendo justificadamente na imprensa escrita, portanto, fora dos meios acadêmicos, distante do seu foro natural, que é o foro dos juristas, dos estudiosos do direito aeronáutico, motivo pelo qual vem sendo vitimada por compreensíveis desvios.

III — Defesa dos Direitos dos Consumidores pelo Ministério Público

5. Não vou negar aqui a grande conquista da posição do consumidor em juízo — até recentemente pulverizada, perante a parte contrária, que não é, como o consumidor comum, um litigante eventual —, postulando a colocação mais justa do equilíbrio entre as partes, que receba garantia de maior alcance do que aquela assegurada no plano meramente formal. Impunha-se a criação de técnicas novas que, aumentando os apetrechos colocados à disposição do consumidor e conformadas pelo ordenamento jurídico, propiciassem o tratamento coletivo de pretensões individuais que, isoladamente postas, teriam poucas possibilidades de condução justa. Mas essa ampliação da abrangência do instrumento coletivo não se podia colocar no contexto do ordenamento jurídico, tal como efetivamente se deu, sem um regramento que suponha — quando em causa direitos subjetivos divisíveis, fora, portanto, dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível — sejam esses direitos *"agrupados por sua origem comum"*.

6. Sabemos que pelo Código de Defesa do Consumidor, que ampliou expressivamente o alcançe da ação civil pública, estendendo-a à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo e criando uma nova ação coletiva, tornou-se possível a defesa de *direitos subjetivos divisíveis,* agrupados por sua origem comum, normalmente tratados em separado.

7. Mas os especialistas têm feito a distinção, para que a ação excessiva do Ministério Público não transforme as relações sociais e econômicas num verdadeiro caos, à guisa de defesa dos interesses que esses diplomas pretendem preservar, vulgarizando o vigoroso instrumento processual. Faz pouco tempo foi concedida

liminar pelo Juízo Federal de Roraima, em ação civil pública — pasmem todos! — na qual se determinara *o restabelecimento de vôo diário,* antes suprimido com autorização do DAC, por sua manifesta inviabilidade, pontualmente cassada pelo Eg. TRF/1ª em face de MS impetrado pela transportadora aérea (MS 95.01.04562-RR).

8. A própria eminente processualista ADA GRINOVER, com tendência sabidamente liberalizante em favor da legitimação *ad causam* do Ministério Público, reconhece com inegável superioridade intelectual que essa legitimação tem como fundamento jurídico dispositivos constitucionais e legais que lhe conferem a titularidade das ações coletivas para defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, coletivamente tratados. Mas adverte (*O Processo em Evolução,* Forense Universitária, p. *454*): "*O fundamento político da legitimação do MP às ações coletivas (...) está na dimensão social dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, estes quando coletivamente tratados. Mas o MP não é legitimado às ações em defesa de direitos individuais disponíveis, afora a última hipótese acima indicada.*"

9. O que os autores celebrados como KAZUO WATANABE e HUGO NIGRO MAZZILLI têm ressaltado é a legitimação do Ministério Público para defender o consumidor considerado de forma global e dispersa. No caso da defesa de interesses a título coletivo a questão é decidida de forma idêntica para todos, dada a individualidade do objeto. Quando porém se trata de defesa de interesses individuais homogêneos, a lide pode ser decidida de maneira diversa para cada litisconsorte (K. WATANABE, *Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimação para agir, cf. A Tutela dos interesses difusos,* SP, Limonad, 1994; MAZZILLI, A *defesa dos interesses difusos em juízo,* 5ª ed., 1993, Ed. Rev. Tribunais).

10. Não se tem admitido a ação do Ministério Público para defesa de interesses individuais e disponíveis de consumidores supostamente lesados. Tem-se recusado tal ação quando se cuidam de interesses estritamente individuais, sem abrangência social e sem característica de indisponibilidade.

11. A jurisprudência do Eg. STJ vem sufragando esses princípios, já ressaltados pela doutrina. Acórdão da 1ª Turma, da lavra do em. Ministro CÉSAR ROCHA, entendeu que o Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais plúrimos, que não se confundem com interesses coletivos. (Resp nº 59164/3; *RSTJ,* 78-114). Cuidava-se de ação civil pública objetivando a fixação de responsabilidade de município em face de danos sofridos por desmoronamento, tendo o pedido sido liminarmente indeferido pela consideração de que a ação civil pública não é meio idôneo para proteger direitos individuais heterogêneos, porque a agressão feriu pessoas e atingiu bens não protegidos pela Lei nº 7.347/85. A mesma 1ª Turma, no Recurso Especial nº 35.644-0, em acórdão da lavra do em. Ministro GARCIA VIEIRA, assinalando que interesses individuais de um grupo de alunos de um determinado colégio afastam a legitimidade do Ministério Público na defesa do limite de mensalidades escolares, decidiu (*RSTJ,* 54-306): "*Mensalidades escolares, repasse do aumento de professores, Ministério Público. Parte ilegítima. 1. Não se cuidando de interesses difusos ou coletivos, mas*

de interesses individuais de um grupo de alunos de um determinado colégio, afasta-se a legitimidade do Ministério Público."

12. A 2ª Turma, de sua vez, em acórdão de que foi relator o em. Ministro PEÇANHA MARTINS, no Resp 34.980-5, define os interesses difusos como aqueles que se caracterizam pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço, assinalando que a ação civil pública não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu (*RSTJ*, 65-354). Ainda do Superior Tribunal de Justiça podemos colher o julgado proferido no RMS 5.563-9/RS, da lavra do em. Ministro CESAR ROCHA. Nesse julgado foi afirmada a ilegitimidade do Ministério Público Estadual para instaurar inquérito civil e, como conseqüência, requerer ação civil pública, tendo o em. Relator anotado ser o Ministério Público uno e indivisível, mas apenas na medida em que seus membros estão submetidos a uma mesma chefia. Daí não ter o Ministério Público Estadual legitimidade para instaurar, contra a transportadora aérea, pessoa jurídica de direito privado, inquérito civil para apurar o descumprimento de normas relativas à higiene e segurança no trabalho, nem para ajuizar, decorrentemente, ação civil pública (*DJ*, 16.10.95 e *RDA*, 204-205, com breve *comentário* do expositor).

13. Esses precedentes — transpostos para a área objeto da exposição — fazem prever a inaceitabilidade da ação do Ministério Público visando supostos procedimentos lesivos das companhias de transporte aéreo contra consumidores de seus produtos. É verdade que — ainda não julgados — temos tido no foro da capital federal ações movidas pelo Ministério Público visando os problemas mais comuns e infortunadamente verificáveis no transporte aéreo nacional ou internacional, que vão desde o suposto cancelamento de reservas confirmadas, passando por atrasos de vôos, recusa de endosso para outras companhias, interrupção de atendimento de passageiros em aeroportos e venda de passagens e confirmação de reservas acima da capacidade das aeronaves.

14. São interesses nitidamente individuais de consumidores que não guardam qualquer homogeneidade entre si, sem, pois, qualquer característica de indisponibilidade, nem — pelo seu perfil pessoal e descritivo de situações estritamente individuais — de relevância social, o que os coloca, assim penso, fora do alcance da ação civil pública, nos termos da doutrina e da jurisprudência que venho de declinar.

IV — Algumas questões que envolvem a responsabilidade civil do Transportador Aéreo

15. Não temos identificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal julgados nos quais se tenha colocado questão relativa ao contrato de transporte aéreo, a justificar a inserção do tema nessa exposição. As questões que geram controvérsia na área do contencioso são as questões que envolvem a responsabilidade civil do transportador aéreo. Sobre elas vou deter-me a seguir. Antes, porém, devo assinalar que — ao contrário do que se vem sustentando — preceitos do Código de Defesa do Consumidor não revogam regras específicas

do CBA ou da Convenção de Varsóvia, que continuam presidindo as divergências no campo do Direito Aeronáutico, como já assinalou o STJ no Resp 58. 736-MG, da lavra do em. Min. EDUARDO RIBEIRO, julgado em 13.12.95 (DJ, 29.4.96). Eis o teor da ementa, que reflete o alcance do julgado: *"Lei-Tratado. O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal. Aplicação dos princípios, pertinentes à sucessão temporal das normas, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado. Subsistência das normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor."*

16. O princípio geral, todos sabemos, é o da limitação da responsabilidade. A responsabilidade civil do transportador pelos danos acontecidos na vigência do contrato tem uma limitação legal, que somente se exclui quando se comprova que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos (*Cód. Bras. Aeronáutica,* art. 248).

17. O limite de responsabilidade não visa lesar o usuário do serviço de transporte aéreo. A responsabilidade da empresa aérea é subjetiva, contemplando excludentes que especifica, vale dizer, o transportador responde pelos danos que possam suceder durante o cumprimento do contrato de transporte, em conformidade com a teoria da *culpa presumida.* Se houve dano, presume-se que o transportador agiu *com culpa.* A questão é controversa — não cabendo o debate no âmbito dessa exposição —, pois alguns entendem que o Código adotou a teoria objetiva, já que impôs responsabilidade do transportador como decorrência do risco de sua atividade, somente podendo exonerar-se nas hipóteses taxativas que o sistema legal contempla (LUIZ CAMARGO PINTO DE CARVALHO, *Observações em torno da responsabilidade civil no transporte aéreo, Rev. do Advogado,* AASP, v. 44, out./94, p. 43). Voltando à limitação: só não tem aplicação se ficar provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos, e, nesse caso, o lesado, de seu turno, haverá que comprovar o seu real prejuízo.

18. É o que afirmou a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Resp nº 43.391, de São Paulo, do qual foi Relator o em. Ministro CLÁUDIO SANTOS. As instâncias ordinárias haviam afirmado o dolo da transportadora ou de preposto seu, que agira nessa condição. Daí assinalar-se no acórdão que a empresa não gozaria do limite de responsabilidade previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, alterado pelo Protocolo de Haia, e no art. 262 do CBA, devendo ressarcir os danos causados ao usuário do serviço em sua totalidade, mesmo que não tenha ele efetuado declaração especial do conteúdo da bagagem, mediante o pagamento de taxa suplementar. A sentença e o acórdão ressaltaram o dolo ou má-fé da empresa aérea, daí não se aplicar a limitação. Se as instâncias da prova concluíram pela existência de dolo, ante os aspectos da causa, a empresa aérea não se beneficiaria dos limites da indenização previstos na Convenção ou no Código. A ementa assinala com fidelidade a questão debatida (*DJ,* 5.2.96): *"Transporte aéreo internacional. Furto de objetos contidos dentro de bagagem de passageiro. Convenção de Varsóvia. Responsabilidade da transportadora. Entendendo o acórdão recorrido que houve dolo (furto)*

dos objetos transportados por pessoa de confiança da transportadora, o art. 25 da Convenção de Varsóvia afasta a aplicação do art. 22 do mesmo Diploma. Também o art. 248 do CBA exclui o benefício em caso de dolo. O recurso especial não se presta para reexaminar elementos de prova (Súmula 7-STJ). Recurso especial não conhecido."

19. No julgamento do Resp nº 15.612-0-SP (*DJ*, 14.6.93) o princípio foi reafirmado. Também aí a instância ordinária afirmara o dolo do comandante da aeronave, tendo o Tribunal decidido — em acórdão da lavra do em. Min. DIAS TRINDADE — não incidir *"a limitação indenizatória quando o acidente é atribuído a dolo, ainda que eventual, do comandante da aeronave, insusceptível o reexame das provas dessa definição, feita pelas instâncias ordinárias, em sede de recurso especial"*.

20. No julgamento do Recurso Especial nº 39.297-7, do qual foi Relator o em. Ministro EDUARDO RIBEIRO, o STJ aplicou a exceção de que cuida o art. 248, que afasta os limites da indenização, não sem antes reafirmar o princípio capital, ao declinar, em caso de extravio de mercadoria (*DJ*, 5.9.94): *"A norma pertinente à limitação da responsabilidade do transportador abrange a execução integral do contrato de transporte, não se podendo tê-la como compreendendo apenas os riscos inerentes a esse tipo de transporte. Hipótese em que, entretanto, se teve como incidente a exceção de que cuida o art. 248, caput, do Código Brasileiro de Aeronáutica (...)."*

21. No caso de transporte sucessivo o art. 258 do Código garante o passageiro ou seu sucessor contra o transportador que haja efetuado o transporte no curso do qual ocorrer o acidente ou o atraso. Mas acrescenta: não se aplica o disposto neste artigo se, por estipulação expressa, o primeiro transportador assumir a responsabilidade por todo o percurso do transporte contratado.

22. O Supremo Tribunal Federal consagra o princípio legal ao enunciar que a regra incorporada ao nosso direito positivo dispõe que o viajante só terá direito de ação contra o transportador que haja efetuado o transporte durante o qual ocorrer o acidente, ressalvada, contudo, a hipótese de, por estipulação expressa, assumir o primeiro transportador a responsabilidade por todo o percurso. Mas a responsabilidade solidária do art. 259 está reconhecida em julgado da 2ª Turma do STF, do qual foi Relator o em. Ministro DÉCIO MIRANDA (julgado em 21.10.83, *JTACSP*, 87-170). Neste precedente, que assinala a ocorrência de acidente aéreo tendo havido transporte sucessivo, o Eg. STF entendeu que a morte, tendo se dado em território nacional e havendo transporte por empresa brasileira precedido de viagem internacional, existe responsabilidade solidária da empresa brasileira.

23. No julgamento do RE nº 96.864/RJ, com acórdão da lavra do em. Ministro NÉRI DA SILVEIRA, o tema vem apreciado de forma mais abrangente. Cuidava-se de transporte Tóquio—Rio—Belo Horizonte. O Supremo Tribunal ressaltou que a responsabilidade por todo o percurso haverá de entender-se assumida pela primeira transportadora, a qual, na origem, emitiu os bilhetes, comprometendo-se com o transporte dos passageiros sãos e salvos até o ponto de destino, pouco importando que, por sua comodidade, haja delegado o transporte no segundo trecho em território nacional a outra empresa, em decorrência de acordo operacional. Afirmou, não

obstante, em face da peculiaridade do caso, a responsabilidade da segunda transportadora, cuja aeronave se acidentou. E ao fixar o valor da indenização entendeu que ele deveria ser apurado não de acordo com o Código Brasileiro do Ar, como transporte aéreo nacional. Por se tratar de transporte aéreo internacional devia se aplicar a Convenção de Varsóvia, com limites prefixados em seu art. 17, correspondentes a 250 mil francos *Poincaré*, relativos a cada uma das vítimas. Eis aqui o trecho culminante do julgado, que pela sua relevância merece a longa transcrição (*RTJ*, 105-1.220): *"Com efeito, está no art. 30, da Convenção em apreço que, na hipótese de transporte compreendido na definição do artigo 1, alínea 3ª — ou seja, transporte sucessivo, cada transportador, que aceitar viajantes, bagagem ou mercadorias, fica sujeito às regras da Convenção, e é considerado uma das partes do contrato de transporte, "na medida em que esse contrato disser respeito à parte do transporte que se efetue sobre sua direção" estipulando, outrossim, a alínea 2, do mesmo art. 30, que, nesse caso, o viajante (ou os que o sucederem em seus direitos) só terão direito de ação contra o transportador que haja efetuado o transporte durante o qual ocorreu o acidente, ou o atraso, salvo se por estipulação expressa, o primeiro transportador assumir a responsabilidade por todo o percurso.*

Na espécie, ao expedir os bilhetes de passagem, à evidência, a VARIG assumiu a responsabilidade por todo o percurso, para com seus passageiros — de Tóquio a Belo Horizonte, ida e volta.

É exato que, vindo a VASP a participar da execução do contrato, passou a ser, também, solidária na eventual responsabilidade por dano havido ao passageiro ou bagagem, pelo acidente verificado com a aeronave, de sua propriedade. Esse fato, todavia, não afasta a VARIG do plano da responsabilidade assumida para com os viajantes, que, em Tóquio, se comprometeu, ao emitir os bilhetes de passagem, a levá-los seguros ao destino — Belo Horizonte. Não restou provado nos autos, em face do que, sobre fatos e provas, versaram a sentença e o acórdão, tenham a VARIG e seus passageiros ajustado a exclusão de sua responsabilidade, no trecho Rio—Belo Horizonte, onde os viajantes, que com ela haviam contratado o transporte, vieram a utilizar aeronave de outra empresa, integrante do mesmo *pool*, denominado Ponte Aérea, e, aí, sofreram, no início do vôo final da viagem de ida, o acidente trágico.

Resultante a responsabilidade da VARIG do contrato de transporte, que ajustou com os maridos e pais dos autores, não acolheu o acórdão, no exame das estipulações de transporte constantes dos bilhetes, a tese da não-solidariedade dessa ora recorrente, a qual somente poderia, de resto, ser aceita, se se houvesse provado que, entre as partes contratantes, se ajustara cessasse a responsabilidade da VARIG, no percurso Rio—Belo Horizonte. Ora, isso não se comprovou nos autos e veio a ser recusado no acórdão."

24. Os pretórios têm contemplado com maior incidência os casos de responsabilidade por danos à carga, constante do art. 262 e seguintes do CBA. O julgamento que marca de forma modelar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi tomado pela 1ª Turma no RE nº 64.310-SP, do qual foi Relator para o acórdão o saudoso Ministro OSVALDO TRIGUEIRO (RTJ, 47-681). Depois de proceder à análise dos tratados e convenções internacionais, ao proferir voto em pedido de vista

para melhor reflexão sobre a questão, o saudoso Ministro repele a fundamentação do acórdão recorrido baseada na consideração de que o art. 25, item I, da Convenção de Varsóvia, afastaria o limite de responsabilidade, fixado em 250 francos por quilo, quando a legislação do país em que a causa foi ajuizada não faz distinção entre dolo e culpa. A defesa da empresa aérea apoiou-se no contrato, que estava em conformidade com a Convenção de Varsóvia, tal qual emendada pelo Protocolo de Haia. O acórdão recorrido aplicara ao caso o texto primitivo do art. 25 da Convenção, sem levar em conta a modificação que lhe trouxe o Protocolo de Haia. Daí ressaltar o voto prevalecente que a decisão recorrida negara vigência a um ato internacional, de que o Brasil foi signatário, e que foi aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Governo brasileiro, antes de firmado o contrato de transporte que estava em causa. E concluiu: *"Não se tendo alegado, nem provado, que o dano sofrido pela mercadoria resultou de ato ou omissão intencional da transportadora, entendo aplicável a regra do art. 22 da Convenção de Varsóvia, que limita a 250 francos por quilograma a responsabilidade da transportadora".*

25. Esse entendimento — com as adaptações que o direito interno prescreveu — vem sendo reafirmado em acórdãos proferidos pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça. Registro, em primeiro lugar, o acórdão tomado no Resp nº 42.119, do qual foi Relator o em. Ministro DIAS TRINDADE (*RDA*, 196-155, com breve *comentário* do expositor). Tendo como ofendido o art. 262 do CBA, afirma-se nesse julgado: *"No caso nenhuma prova foi produzida a respeito de ação dolosa da empresa ou de seus prepostos, que pudesse, eventualmente, elidir a limitação legal, irrelevante, para a solução da demanda, a suposição, posta no acórdão, de culpa pela falta de vigilância sobre a carga transportada, para situar a hipótese sobre a regência da lei comum, tanto mais quando aqui se cuida de responsabilidade objetiva da transportadora, certo que limitada por força de lei."*

26. Em data posterior (6.9.94), a 3ª Turma do Eg. STJ, julgando o Resp nº 50.349, em acórdão da lavra do em. Min. EDUARDO RIBEIRO, afirmou a limitação da responsabilidade do transportador, assinalando que ela abrange a execução integral do contrato, não se a podendo ter como compreendendo apenas os riscos inerentes ao transporte pelo ar. Nesse julgado é reafirmada, a todas as luzes, jurisprudência do Tribunal, já sólida, sobre a questão da limitação da responsabilidade, mas a peculiaridade do caso concreto justifica sua invocação, já que a perda da mercadoria ocorreu quando ela era levada, por terra, para ser entregue ao destinatário (*RSTJ*, 65-479 e *RDA*, 199-178, com breve *comentário* do expositor).

27. O Código esclareceu qual o período considerado de execução do contrato de transporte, em seu art. 245, declarando que a execução do contrato de transporte aéreo inicia-se com o recebimento e persiste durante o período em que se encontra sob a responsabilidade do transportador, seja em aeródromo, a bordo de aeronave ou em qualquer lugar, no caso de aterrissagem forçada, até a entrega final. No precedente assinalado, como a carga extraviada — aliás, a bem dizer, roubada — encontrava-se já sob a responsabilidade do transportador *rodoviário*, conquanto ainda em fase considerada *ex lege* de execução do transporte aéreo, o acórdão teve por idônea a aplicação da limitação de responsabilidade prevista no art. 262. O trans-

portador aéreo era, pois, o responsável". Nos termos do Código, não poderia exonerar-se da responsabilidade (ainda que limitada) pela perda da carga, porque a exoneração só pode configurar-se em decorrência das quatro hipóteses previstas no art. 264, nenhuma delas alcançando a hipótese de roubo, como se dava no caso concreto. A lei não faz referência a perda que resulte de ato de terceiro, alheio à transportadora. Portanto, mesmo comprovando-se que a carga havia sido roubada por terceiro, não poderia a transportadora exonerar-se da responsabilidade de indenizar, desde que atendidos os limites que o Código estabelece, como já decidira a sentença que o acórdão acabou por restabelecer, reformando o julgado recorrido, nos termos seguintes: *"Transporte aéreo. Mercadoria. Extravio. Responsabilidade. A execução do contrato aéreo compreende o que se faça por terra, para entrega da mercadoria ao destinatário. A norma pertinente à limitação da responsabilidade do transportador abrange a execução integral do contrato, não se a podendo ter como compreendendo apenas os riscos inerentes do transporte pelo ar."*

28. No julgamento do Resp nº 39.111-3, do qual foi Relator o em. Min. COSTA LEITE, o recurso da transportadora aérea foi provido em hipótese de extravio de mercadoria, reafirmando-se, mais uma vez, o entendimento predominante (*RSTJ*, 67-407): "O *extravio de mercadoria em transporte aéreo sujeita-se às regras do Código Brasileiro de Aeronáutica, entre elas a concernente à limitação da responsabilidade do transportador, que não se restringe à hipótese de acidentes. Precedentes. Recurso conhecido e provido.*"

V — A indenização por dano moral no âmbito do direito aeronáutico em face da jurisprudência

29. Examino agora — reservando-lhe maior extensão, pela sua atualidade e interesse — a questão da indenização por dano moral no âmbito do direito aeronáutico. Tem-se invocado, como fundamento jurídico do pedido de indenização por dano moral, o disposto nos arts. 5º, inc. V e X da Constituição, e arts. 76 e 159, do Código Civil. Com efeito, dispondo o art. 5º, inc. V, da Constituição Federal, que *"é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"*, e, no inc. X, que *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"*, os inconformados sustentam que o pedido de indenização por danos morais deve ser examinado na perspectiva do ato ilícito do art. 159, do Código Civil, com interesse legitimado em função do art. 76 do mesmo Código. Entendem que, ajuizada a ação com base na autorização constitucional e por igual com fundamento no exato entendimento da legislação civil anterior, a pretensão assim deduzida, segundo a *causa petendi* apresentada, visa o reconhecimento do direito de serem indenizados por danos materiais ou morais decorrentes da violação das regras invocadas e sob essa perspectiva a questão deve ser decidida.

30. Uma primeira constatação desde logo se impõe, cumprindo ressaltar que não estou examinando ainda a substância do ato supostamente danoso, senão a

disciplina legal que deve ser aferida para efeito da aplicabilidade da indenização por dano moral. A primeira averiguação que se impõe toca, pois, à legislação aplicável. Ora, tratando-se de ação de indenização por dano moral decorrente de atos lesivos praticados pelas empresas aéreas através de seus prepostos, não devem ter aplicação as regras jurídicas dos artigos do Código Civil, mas as disposições constantes da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que institui o Código Brasileiro de Aeronáutica, porque essa é que é a lei especial.

31. Dizem as partes, não obstante, que desejam ver a questão decidida à luz do Código Civil e da garantia constitucional, não se devendo apreciá-la à luz de legislação — no caso, o Código Brasileiro de Aeronáutica — geralmente não invocada. Sustentam que se cuida da adstrição do juiz ao pedido da parte e que o pedido vale pelo que ele estabelece. Não precisa de aceitação do juiz e nem de acolhimento da parte contrária e é ele que marca a largura da faixa em que se estende a relação processual até que se profira a sentença, nem além, nem fora, nem aquém dessas linhas que o *petitum* traçou. A sentença que se afasta da pretensão fundada na lei civil estaria desafiando o art. 128 do Código de Proc. Civil, porque o juiz deverá ater-se, ao decidir a pretensão da parte, limitada e restritivamente, ao que a pretensão coloca. O juiz deverá decidir quanto ao pedido e dentro dos limites deste.

32. Mas isso não estava completamente correto, d.v., porque, cuidando-se de norma de ordem pública, o ofendido devia ater-se à ordem legal, não tendo o direito de escolher a lei que deve ser aplicada ao caso. O juiz deve processar o fato de acordo com a conformação legal e a conformação legal é aquilo que estabelece o Código Brasileiro de Aeronáutica. A indenização por dano — sem qualquer previsão por dano moral — é inteiramente regulada pelo Código Brasileiro de Aeronáutica em seus arts. 256 e seguintes, que fixam o limite, o prazo e contêm normas processuais que disciplinam todo o procedimento que deve ser observado na inconformação por danos — quaisquer que sejam, menos o dano moral, por falta de provisão legal — praticados pelas empresas de transporte aéreo.

33. Devo reconhecer que a superveniência da Constituição e a enunciação que nela se contém da garantia da indenização por dano moral sugerem uma recolocação da questão, para impor a aplicabilidade da garantia também no âmbito do direito aeronáutico, independentemente da disciplina de ordem pública, constante do Código Brasileiro de Aeronáutica, não prever esta modalidade de composição do dano.

34. Vou aceitar que o fato de o Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia estabelecerem apenas a indenização por danos materiais não exclui a indenização por danos morais. Uma vez aferidos à face dos sentimentos graduados que a lei, a doutrina e a jurisprudência exigem para que se aperfeiçoe o relevante instituto jurídico, sempre que assim ocorrer deverá se atender as regras dos incisos V e X do art. 5º da Constituição, que se sobrepõem — na dicção do entendimento já enunciado pelo STF (*infra*, 51-52) aos tratados ratificados pelo Brasil e à própria legislação interna do país.

35. Nessa hipótese, o tema deverá ser apreciado caso a caso. Não será uma mera descrição dramática de situações constrangedoras que induzirá à presença concreta do dano moral, suficiente para justificar a indenização. Este não é um procedimento que mereça a proteção do Direito. O Direito não pode ver com bons olhos a aplicação

prática de preceitos de tão alta magnitude para situações do cotidiano, situações transitórias, que não sugerem, em absoluto, a despeito da autorização constitucional, a aplicação da garantia.

36. A jurisprudência dos tribunais superiores não contemplava, no tocante à responsabilidade do transportador aéreo, o dano moral. É fácil compreender a *ratio* desse entendimento. O art. 27 da Convenção de Varsóvia, como por igual o art. 256 do Código Brasileiro de Aeronáutica, contemplam a responsabilidade do transportador pelo dano ocasionado por morte, ferimento ou qualquer outra *lesão corpórea.* O Código fala mesmo em morte ou lesão de passageiro. Lesão corpórea é, obviamente, lesão física, não pode ser lesão de outra natureza. O julgador não estará — fazendo a inclusão indevida — melhorando o texto, mas negando-lhe o conteúdo, decidindo o contrário do que ele estabelece.

37. Até no plano histórico a exclusão do dano imaterial ou moral está justificada no âmbito do transporte aéreo internacional. A Convenção de Varsóvia, cujo texto original em francês teve sua inspiração na legislação das estradas de ferro de Berna, deliberadamente excluiu do texto em que se baseou o dano moral ou imaterial. O texto reconhecido como fonte da norma dispunha que *"el ferro carril es responsable de los danos resultantes de la muerte, heridas o todo otro atentado a la integridad física o mental del pasajero"*. A forma aí prevista foi deliberadamente reduzida no art. 17 da Convenção de Varsóvia, excluindo-se a cláusula *integridade mental do passageiro* como reparável. Ora, se o texto que inspirou o art. 17 da Convenção de Varsóvia contemplava a responsabilidade do transportador ferroviário pela integridade mental do passageiro e se esta lesão foi excluída na redação da Convenção de Varsóvia, pela informação histórica parece incorreto interpretar-se o texto incluindo-lhe o dano moral, se os países signatários, como dito, desprezaram até aquela menos severa modalidade de lesão. Afirmou o em. Min. DÉCIO MIRANDA, no RE nº 97.565-9-RJ (*DJ*, 31.8.84, p. 13.930), à face do direito positivo então vigente, que o dano moral não é de ser indenizado, quando o foi, de forma ampla e pelo mesmo fato, o dano material, com o que vedou a cumulação das indenizações quando o prejudicado já foi indenizado pelo mesmo fato por ter sofrido o dano material.

38. Essa discussão perdeu substância a partir de quando o Eg. STJ editou a Súmula nº 37, que contempla a cumulação do dano material com o dano moral, ao dispor: *"São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato."*

39. Aí já se faz referência à garantia que prescreve a ressarcibilidade do dano moral no art. 5º, incs. V e X, da Constituição, e ao art. 159 do Código Civil. Mas ao consagrar a salutar instituição, que pretende, na definição de MINOZZI (cf. AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, 9ª ed., p. 730), compor *"a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado"*, a lei, a doutrina e jurisprudência não se inspiraram nem pretenderam alcançar, ao que me parece, a banalização de sentimentos tão graduados que justificaram a imperiosa inserção da garantia no direito positivo brasileiro.

40. Ora, será que o instituto jurídico do dano moral, que resguarda *a dor* e estabelece um *pretium doloris*, alcançaria aborrecimentos corriqueiros, triviais, afe-

tando o patrimônio moral da pessoa? A resposta, com reverência aos que divergem, só pode ser negativa.

41. Não é preciso recorrer a uma *"galharda teoria de doutores"*, como dizia o em. Ministro OROZIMBO NONATO, para demonstrar-se que tais aborrecimentos não podem receber a proteção da doutrina do dano moral, reservada para situações que sugerem, muito mais do que isso, a dor propriamente, a emoção, a vergonha, a injúria, e não a banalização de sentimentos tão graduados e, esses sim, verdadeiramente desconfortantes.

42. A tônica é sempre a dor, pois os danos morais, adverte quem melhor versou sobre o tema no Brasil, o emérito WILSON MELO DA SILVA, compreendem toda sorte de dores: morais e físicas (O *Dano Moral e Sua Reparação,* 2ª ed., Forense, p. 246). Mas são os sentimentos superiores, os sentimentos que se refletem na dor moral, o pesar, ou que se refletem na atividade biológica, a dor física, que estão protegidos e que podem ser *objeto* de direito. O próprio WILSON MELO DA SILVA invoca a palavra do Prof. PIRES DE LIMA em notável artigo publicado na *Revista Forense* (*v. 83, p.* 422), chamando a atenção para esse ponto: *"Portanto, reconheçamos que todas as ofensas contra a vida e integridade pessoal, contra o bom nome e reputação, contra a liberdade no exercício das faculdades físicas e intelectuais, podem causar um forte dano moral à pessoa ofendida e aos parentes, por isso mesmo estes têm o direito de exigir uma indenização pecuniária que terá função satisfatória."* (WILSON MELO DA SILVA, *O Dano Moral e sua Reparação,* Forense, 2ª ed., p. 247).

43. Os graduados sentimentos que justificam a aceitabilidade da instituição do dano moral não são os sentimentos comuns e infelizmente rotineiros na vida das pessoas, os sentimentos de incômodos passageiros, de desconfortos transitórios, senão sensações dolorosas, traumatismos, como mostra CHRISTINO ALMEIDA DO VALLE em sua recente monografia *Dano Moral, Doutrina, Modelos e Jurisprudência* (Aidê Editora, 1994, p. 134).

44. Daí sustentar o Ministro JOSÉ DE AGUIAR DIAS (ob. cit., vol. II, p. 738, *supra,* 38), contrariando o argumento dos que não reconhecem o dano moral pela dificuldade de estabelecer-se a sua existência, que o dano moral é conseqüência irrecusável do fato danoso, *a respeito do qual ninguém pode pôr dúvida* porque o fato danoso *o prova per se.* E cita os exemplos que demonstram, à saciedade, a gravidade da situação sofrida, capaz de se pôr sob a boa sombra do saudável instituto jurídico:

"Sua refutação está em que o dano moral é conseqüência irrecusável do fato danoso. Este o prova per se. *Ninguém pode contestar que a morte de um filho é causa de amargura e desespero para o pai. O mesmo se diga da sedução, da difamação, dos crimes contra a honra em geral. Acreditar na presença do dano, nesse caso é tudo quanto há de mais natural. Estranho seria supor que um pai não sinta a morte do filho. Aliás, muitos casos de dano patrimonial indireto são ressarcidos, com base no princípio de que a prova do dano está no próprio fato, como acontece na injúria ou no descrédito comercial."*

45. Opondo-se, por igual, aos que negam a indenização por dano moral pela dificuldade de descobrir-se a sua existência, ressalta o Prof. SILVIO RODRIGUES (*Direito Civil, Responsabilidade Civil*, v. 4, Edição Saraiva, 1975, p. 197):

"O argumento relativo à dificuldade de descobrir-se a existência do dano é de menor alcance, pois trata-se de questão probatória e tanto é válida em matéria de dano moral, quanto na de dano patrimonial. O juiz terá sempre em vista a quod plerumque accidit, *o que habitualmente acontece. Será ordinariamente difícil negar a dor que experimenta um pai que perde um filho ou o sofrimento daquele que vê um ser querido mutilado."*

46. É preciso, pois, que se cuide de um sentimento elevado, capaz de fazer disparar emoções fortes, e não sentimentos que muitos de nós, em algum momento, tivemos que suportar, diante dos imprevistos da vida cotidiana, nos quais se incluem, certamente, para muitos, um atraso de vôo ou uma incômoda transferência para outro avião, sem que isso possa acender justificadamente todo um mecanismo judiciário, em desfavor do transportador que cumpriu diligentemente a sua parte do contrato de transporte, no formato que lhe impunham as regras legais e regulamentares pertinentes e as cláusulas contratuais. A aceitabilidade da tese de *qualquer* dano transfigurar-se em dano moral justifica a advertência de GEORGES RIPERT, alertando para o perigo de se transformarem em vítimas do prejuízo moral um número ilimitado de pessoas, pela dificuldade de identificarem-se, com precisão, os sentimentos capazes de legitimar o acionamento do mecanismo judiciário sob esse fundamento (GEORGES RIPERT, A *Regra Moral Nas Obrigações Civis*, Saraiva, 1937, p. 352).

47. Isso para não se falar da dificuldade de provarem-se os danos morais. Como se ter como provado que a pessoa experimentou um sentimento grave de dor, propondo receber um preço por essa dor? Não é uma dor notória, não é uma dor que alcance a todos os cidadãos, não é uma dor que a coletividade, como um todo, possa sofrer, pois a todos em comum poderia alcançar, o que a tornaria aferível, senão uma dor alegadamente pessoal, particular, o aborrecimento de estar por algumas horas num terminal de passageiros, por exemplo. E a prova caberá ao inconformado, como adverte WILSON MELO DA SILVA (ob. cit., p. 510):

"Aqui o ônus probandi incumbit et qui dixit *ainda é a norma.*

Se o que pede a reparação por danos morais não tem, a seu favor, a presunção, sempre vencível, juris tantum *desses mesmos danos, terá que prová-los."*

48. Os tribunais brasileiros, como se haveria de esperar, também repelem as tentativas de vulgarizar-se o dano moral, transformando-o em instrumento que, passando à distância da teoria da responsabilidade civil, constitui um verdadeiro filão de ouro para os que não procuram seguir os princípios. É certo que o Supremo Tribunal Federal aceitou a tese do dano moral puro, dispensando a prova do reflexo patrimonial. Mas o fez diante de um fato a respeito do qual a ninguém de bom senso acorreria negar a suma gravidade, que é a restituição indevida de cheque, a despeito de haver provisão de fundos. É essa a ementa que foi proferida no RE nº 109.233-MA, do qual foi relator o em. Ministro OCTÁVIO GALLOTTI (*RTJ*, 119-433):

"Dano moral puro. Restituição indevida de cheque, com a nota sem fundo, a despeito de haver provisão suficiente destes. Cabimento da indenização, a título de dano moral, não sendo exigível a comprovação de reflexo patrimonial do prejuízo."

49. Não podem, pois, ser levados como elementos capazes de perturbar as relações psíquicas, da tranqüilidade, dos sentimentos e do próprio afeto da pessoa, um simples atraso de vôo por horas, uma transferência da aeronave, um extravio não duradouro, senão com a confessada trivialização da importante garantia. Daí afirmar o Eg. Superior Tribunal de Justiça, no Resp 13.813-0, em acórdão da 3ª Turma, da lavra do em. Min. NILSON NAVES (*RSTJ*, 47-159):

"Dano moral é todo sofrimento humano resultante da lesão de direitos da personalidade. Seu conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. Simples sensação de desconforto, de aborrecimento, causado pela perda ou extravio de bagagem durante uma viagem, não constitui dano moral, suscetível de constituir objeto de reparação civil."

50. E em caso específico de *atraso de vôo*, o Tribunal de Justiça de São Paulo, pela sua 11ª Câmara, em acórdão da lavra do il. Des. PINHEIRO FRANCO, na apelação nº 217.320-2, julgada em 16.6.94, decidiu (*JTJ-LEX*, 158-83, OU RUI STOCO, *Responsabilidade Civil*, 1995, p.118):

"Indenização — Responsabilidade civil — Dano material — Mudanças e atraso em escala de vôo — Compra de novas passagens e gastos com hospedagem — Verba devida — Recurso provido para esse fim — Dano moral incabível — "Não cabem, no rótulo de "dano moral", os transtornos, aborrecimentos ou contratempos que sofre o homem no seu dia-a-dia, absolutamente normais na vida de qualquer um. Já se proclamou que "simples sensação de desconforto e aborrecimento, ocasionado pela perda ou extravio de bagagem, não constitui dano moral, suscetível de ser objeto de reparação civil. O dano moral tem origem no que Polacco chama de lesão da personalidade moral".

51. É certo que o acórdão do STJ, da lavra do em. Min. NILSON NAVES *(supra, 49)*, veio a ser reformado, pelo Supremo Tribunal, no julgamento do RE nº 172.720-9, em acórdão da 2ª Turma, da lavra do em. Min. MARCO AURÉLIO. Entendeu-se que a humilhação decorrente do extravio de mala — descrevendo-se amplamente, conquanto sucumbente em segundo grau o prejudicado, os sentimentos de que se dizia tomado — impunha observar-se a Constituição nos incs. V e X do art. 5º, que se sobrepõem a tratados e convenções ratificados pelo Brasil. No caso cuidava-se de excursão programada para durar cerca de 20 dias, na qual o lesado teve a surpresa de desembarcar na Europa e constatar que sua bagagem havia sido extraviada. Dois temas jurídicos foram questionados: primeiro, se o fato provocou danos morais capazes de motivar o pagamento de verba indenizatória; segundo, diz o em. Relator, o tema está ligado à extensão da regra constitucional asseguradora da verba de danos morais, tendo presente a Convenção de Varsóvia e, desse modo, a premissa de que a indenização por extravio de bagagem é limitada. O Supremo Tribunal achou por bem reformar o acórdão do STJ para assinalar a ocorrência do dano, adotando as seguintes considerações: "(..) *Ninguém coloca em dúvida as repercussões nefastas do extravio de bagagem em excursão, especialmente quando realizada fora do país. Os transtornos são imensos, ocasionando os mais diversos sentimentos para o viajante. No que concerne ao dano moral, há que se perquirir a humilhação e, conseqüentemente, o sentimento de desconforto provocado pelo ato,*

o que é irrefutável na espécie. O recorrente, que pretendia usufruir da viagem, viu-se de repente sem as roupas e demais pertences que levou para tanto, teve que recorrer-se, no campo da improvisação, à compra em território estrangeiro, de peças que viabilizassem a continuidade da excursão, lançando mão, até mesmo, com inegável constrangimento, do empréstimo de roupas dos integrantes do grupo."

52. Como se vê, o Supremo Tribunal afirmou a perturbação das relações psíquicas — que o acórdão recorrido havia negado cabalmente — no julgamento do recurso extraordinário, reconheceu a ofensa à tranqüilidade, aos sentimentos e ao próprio afeto da pessoa do recorrente, configurando-se então o dano moral. O caso tinha marcas próprias, na visão do em. Relator, que veio a ser sufragada pela 2ª Turma. A descrição que se faz é dramática e terá tocado fundo a sensibilidade do julgador, pelo que a repercussão o fez inclinar-se pela concessão do pedido, afirmando a existência do dano moral.

53. É previsível que outros julgados virão sufragando pontualmente a garantia que a Constituição introduziu, em caráter permanente, no ordenamento jurídico brasileiro. Mas tenho esperança de que os princípios que a justificaram, e que estão na gênese de tão relevantes preceitos, deverão ser resguardados para aplicação caso a caso, efetuada a graduação do sentimento, da dor alegada, sem o que se terá, contrariando a instituição que recebeu a consagração da lixa do tempo, não uma reverência a sua inserção na ordem jurídica, senão a inevitável censura em face da banalização não justificada de suas superiores finalidades.

VI — FINALIZANDO

54. Eis aí o resultado dessas reflexões, que nada mais são, como disse no início da exposição, do que retalhos dos principais temas que, nos últimos anos, passaram pelo exame dos tribunais superiores, alguns de tribunais de segundo grau, marcadamente os casos concretos que, cumprindo dever profissional, tive oportunidade de sustentar em alegações escritas ou orais, nem sempre colhendo o sabor da vitória, mas convencido reverentemente de haver defendido os princípios que minha consciência jurídica determinava e que ora reafirmo.