



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO

BÁRBARA DE CASTRO AVELINO

**A INOBSERVÂNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO
TRANSPORTADOR AÉREO EM FACE DA RELAÇÃO CONTRATUAL
CONSUMERISTA E A SANÇÃO COMO OBJETO DE PUNIR,
OBSERVADOS O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A
CONVENÇÃO DE VARSÓVIA**

Salvador
2018

BÁRBARA DE CASTRO AVELINO

**A INOBSERVÂNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO
TRANSPORTADOR AÉREO EM FACE DA RELAÇÃO CONTRATUAL
CONSUMERISTA E A SANÇÃO COMO OBJETO DE PUNIR,
OBSERVADOS O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A
CONVENÇÃO DE VARSÓVIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Nágila Maria Sales Brito

Salvador
2018

A INOBSERVÂNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO EM FACE DA RELAÇÃO CONTRATUAL CONSUMERISTA E A SANÇÃO COMO OBJETO DE PUNIR, OBSERVADOS O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A CONVENÇÃO DE VARSÓVIA

Bárbara de Castro Avelino¹

Prof. Dra. Nágila Maria Sales Britor²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo abordar a responsabilidade civil do transportador aéreo pelos danos causados aos contratantes na inobservância de suas responsabilidades contratuais. O transporte aéreo tem se tornado cada vez mais, um meio de transporte essencial para brasileiros e estrangeiros, tanto para o turismo de negócios quanto para o turismo de lazer. Todavia, na relação entre usuários e o transportador aéreo, poderão surgir, em detrimento da má prestação de serviços, situações que ensejarão a responsabilidade civil em face da inobservância das responsabilidades contratuais perante seus consumidores, resultando o dever de indenizar. O ordenamento jurídico brasileiro estabelece regras de conduta e sanção no caso de descumprimento contratual do fornecedor de serviços, sendo este fornecedor, responsável pelos danos causados em face da má prestação dos serviços e pelo inadimplemento de uma obrigação contratual. A responsabilidade civil do transportador enseja o dever de indenizar em decorrência da responsabilidade objetiva. No entanto, o objetivo deste artigo é o estudo e a análise da reparação civil pela má prestação dos serviços em detrimento da responsabilidade civil do transportador aéreo consoante a Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Varsóvia, revogada pela Convenção de Montreal.

Palavras-chave: Transporte Aéreo. Responsabilidade Civil. Inadimplemento contratual. Código de Defesa do Consumidor. Convenção de Varsóvia.

The purpose of this article is to address the civil liability of the air carrier for damages caused to contractors in disregarding their contractual responsibilities. Air travel has become an increasingly important means of transportation for Brazilians and foreigners, both for business tourism and leisure tourism. However, in the relationship between users and the air carrier, situations may arise, in detriment of poor service provision, that will give rise to civil liability in the face of non-compliance

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Administradora de Empresas graduada pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduada em Comunicação e Marketing pela Faculdade de Tecnologia e Ciências.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador (1976), mestrado em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia (1997) e doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Desde 2010, atua como Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e é professora titular da Universidade Católica do Salvador.

with contractual responsibilities to its consumers, resulting in a duty to indemnify. The Brazilian legal system establishes rules of conduct and sanction in the event of contractual noncompliance of the service provider, being this provider, responsible for damages caused by the poor provision of services and default of a contractual obligation. The civil liability of the carrier gives rise to the obligation to indemnify as a result of strict liability. However, the purpose of this article is to study and analyze civil reparation for the poor performance of services to the detriment of civil liability of the air carrier according to the Federal Constitution, the Civil Code, the Consumer Protection Code and the Warsaw Convention, repealed by the Montreal Convention.

Keywords: Air Transport. Civil Liability. A breach of contract. The Consumer Defense code. Warsaw convention

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.3.1. Ato jurídico lícito e ilícito. 2.3.2. Princípio da boa-fé. 3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE. 4. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR AÉREO. 4.1. A CLÁUSULA DE INCOLUMIDADE. 4.2. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CONVENÇÃO DE MONTREAL. 4.3. TRANSPORTE AÉREO NACIONAL. CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA. 5. A CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo de conclusão de curso tem como tema a inobservância da responsabilidade civil do transportador aéreo em face da relação contratual consumerista e a sanção como objeto de punir, observados os requisitos do ordenamento jurídico brasileiro e a convenção de Varsóvia.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece regras de conduta e sanção no caso de descumprimento contratual do fornecedor de serviços. Diante dessa problemática, o artigo tem por objetivo geral abordar a responsabilidade civil do transportador aéreo sob o enfoque da sua responsabilidade contratual e analisar como o ordenamento jurídico brasileiro determina para punir a prática de condutas que promovam o desequilíbrio econômico ou jurídico entre as partes.

Nos seus objetivos específicos, este artigo se propõe a apresentar a Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo, demonstrando a previsão normativa por meio da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, do Código Civil de 2002, do Código de Defesa do Consumidor, do Código Brasileiro da Aeronáutica (regendo o transporte aéreo nacional) e da Convenção de Montreal (regendo o transporte aéreo internacional).

O presente artigo abordará do ponto de vista técnico, a análise e o estudo mediante a pesquisa bibliográfica, em que o trabalho será desenvolvido e elaborado a partir de doutrina e jurisprudência.

No que se refere a abordagem do problema, a pesquisa será qualitativa, sendo construída pela interpretação e avaliação do projeto de pesquisa, tendo como parâmetros e influências a jurisprudência e todo fenômeno de avaliação do objeto pesquisado.

Desta forma, compreende-se analisar a partir do seu primeiro tópico, a historicidade da responsabilidade civil e sua evolução no Brasil, as proteções legais provenientes do ordenamento jurídico brasileiro, a obrigação de indenizar em detrimento do inadimplemento da obrigação contratual, assim como, os danos causados aos passageiros ou a terceiros e a cláusula de incolumidade.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil passou por uma evolução histórica significativa, pois o Código Civil de 1916 concentrava a responsabilidade civil em apenas um único artigo, atribuindo na cláusula geral do art. 159, a responsabilidade subjetiva, fazendo-se necessário provar a culpa de quem praticou o ato ilícito. Insta salientar que o Código Civil de Clóvis Beviláqua não fazia menção em nenhum artigo ao contrato de transportes. Porém, com o advento do Decreto Lei n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, a responsabilidade civil passou a ser determinada em lei, e com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a culpa deixou de ser fundamento único e exclusivo da responsabilidade civil e, então, sendo provados o dano e o nexo causal, surge o dever de reparar, independentemente de culpa.

Além da evolução histórica significativa ocorrida com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a Constituição Federal de 1988 também já havia disciplinado a responsabilidade civil em vários artigos, inserindo a responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Vale ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor também entrou em vigor atribuindo a responsabilidade objetiva aos fornecedores de produtos e serviços em seus artigos 12 e 14.

O artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, em relação ao fato do produto, também estabeleceu a responsabilidade objetiva para aqueles

que vierem a causar dano a outrem. Assim sendo, o Código de Defesa do Consumidor, preceitua *in verbis*:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL, 1990).

No que tange a responsabilidade do fornecedor de serviços, o artigo 14 do mesmo diploma legal, dispõe que:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, 1990).

No entanto, a Lei n.º 8.078/90 estabeleceu que a obrigação de indenizar os consumidores de produtos e/ou serviços, deverá ser independente de culpa.

Convém ressaltar também que o Código Civil de 2002 consagrou várias cláusulas gerais de responsabilidade objetiva, entre elas a prevista no art. 187, que define o abuso de direito como ato ilícito.

Outra cláusula geral da responsabilidade objetiva do Código Civil de 2002 está no art. 927, ao determinar que aquele que causar dano a outrem deverá reparar o dano, sendo a responsabilidade isenta de culpa. Ou seja, trazendo ao ordenamento jurídico a responsabilidade objetiva. O parágrafo único do mesmo dispositivo legal estabelece expressamente a obrigação de reparar o dano, independentemente da culpa do agente, *in verbis*: “Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.”

Impende salientar que o artigo 931 também determina expressamente a irrelevância do elemento culpa para que os fornecedores sejam obrigados a reparar o dano, ao dizer que “ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”

Complementa Gonçalves (2016, p.53) que, a palavra responsabilidade origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da

restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Enquanto o projeto do Código Civil de 1916 ainda tramitava no Congresso Nacional por quase trinta anos, o transporte coletivo era cada vez mais usual, tornando-se o meio de transporte mais utilizado. Em detrimento da crescente utilização do transporte, foi necessário regulamentar juridicamente a relação entre usuário e transportador. Desta forma, enquanto o projeto de Clóvis Beviláqua ainda estava em trâmite no Congresso Nacional, foi editada uma lei especial, o Decreto Legislativo n.º 2.681/1912, para disciplinar o transporte coletivo.

Diante disso, a responsabilidade contratual do transportador obteve início com o Decreto Legislativo n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, sendo o primeiro ordenamento jurídico a disciplinar a responsabilidade civil entre o transportador e seus usuários. Esta Lei ficou conhecida como sendo a Lei das Estradas de Ferro.

O Decreto n.º 2.681/1912 em seu art. 17 determinava a responsabilidade civil do transportador por culpa presumida, *in verbis*: “As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida [...]” Portanto, com base na literalidade do ordenamento jurídico, a responsabilidade do transportador em relação aos passageiros era subjetiva com culpa presumida.

O Código Civil de 1916 ao entrar em vigor, não fazia referência ao contrato de transportes, a única menção do código relacionado à responsabilidade civil estava prevista em um único artigo. O art. 159 do Código Civil de 1916 determinou que, para que fosse obrigatório o dever de indenizar, deveria ser comprovada a culpa de quem deu causa ao dano, sendo este pressuposto, chamado de responsabilidade subjetiva.

Diante disso, verifica-se que a responsabilidade civil teve início a partir dos elementos de ação ou omissão, dano e nexos causal, analisando-se a imputabilidade do agente, o dolo ou culpa e, sobretudo, a análise de alguma excludente de responsabilidade que torne o dano atípico. Na ausência de qualquer um desses pressupostos, não haveria a obrigação de indenizar.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2015, p.5):

Temos ao certo que o grande passo na revolução da responsabilidade civil foi dado pela Constituição de 1988, na medida em que pacificou a questão da indenização pelo dano moral (art. 5º, incisos V e X) e estendeu, no § 6º do seu art. 37, a responsabilidade objetiva, tal qual a do Estado, a todos os prestadores de serviços públicos.

Nesse diapasão, a responsabilidade civil, que estava toda concentrada em um único artigo do Código Civil de 1916, tomou amplitude constitucional, passando a ter grande incidência disciplinada pela própria Constituição de 1988.

É interessante afirmar que, como tudo, ou quase tudo que ocorre no mundo negocial envolve consumo de produtos e serviços, a consequência foi uma enorme redução do campo de incidência do art. 159 do Código Civil de 1916. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 6).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 obteve um marco histórico regulamentando a responsabilidade fundada no risco administrativo, admitindo-se assim a responsabilidade objetiva. Neste entendimento, o elemento culpa não seria adotado para ensejar qualquer pressuposto da responsabilidade civil.

O art. 37, §6º, da Constituição Federal, regulamentou a responsabilidade extracontratual como responsabilidade objetiva ao estender a responsabilidade do Estado, fundada no risco administrativo, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, sendo o transporte coletivo um serviço público, concedido ou permitido.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, iniciou-se um novo marco na responsabilidade civil, com fundamentos e princípios próprios, adotando-se a responsabilidade objetiva para todos os casos de acidentes provenientes de consumo, quer decorrentes do fato do produto (art.12), ou proveniente do fato do serviço (art.14).

Conforme Cavalieri Filho (2015, p.304), se o acidente se inserir numa relação de consumo, não mais será aplicável à teoria do fato da coisa, mas sim a disciplina do Código do Consumidor. Responderá objetivamente o fornecedor do produto ou serviço defeituoso que der causa ao acidente.

Por fim, esclarece Gonçalves (2016, p.138) que o fornecimento de transportes em geral é atividade abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, por constituir modalidade de prestação de serviços. Aplica-se aos contratos de transportes em

geral, desde que não contrarie as normas que disciplinam essa espécie de contrato no Código Civil.

Insta salientar que, o Código Civil de 2002 também modificou a responsabilidade civil estabelecida no Código de 1916, inserindo a responsabilidade objetiva em três cláusulas gerais, o art. 927, combinado com o art. 186, e o art. 931.

O art. 927 do Código Civil aduz que: “Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

O parágrafo único do mesmo dispositivo legal, disciplina que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Desta forma, o legislador admitiu a responsabilidade objetiva para ensejar a reparação do dano, independente de culpa ao prejuízo cometido a outrem.

Segundo Cavalieri Filho (2015, p.8), há no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, uma norma aberta de responsabilidade objetiva, que transfere para a doutrina e jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto.

A outra cláusula que se refere à responsabilidade objetiva do Código Civil está expressa no artigo 931: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”

A complexidade do atual sistema brasileiro de responsabilidade civil é apenas o reflexo da complexidade da sociedade moderna. CAVALIERI FILHO, 2015, p.6.

Quanto à obrigação de indenizar, complementa o supracitado autor que:

Não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação e para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 19).

Por fim, o art. 186 do Código Civil consagra que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Estabelece o aludido dispositivo legal, informativo da responsabilidade aquiliana; “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito”.

2.3.1 Ato jurídico lícito e ilícito

O ordenamento jurídico pátrio consagrou a distinção dos atos lícitos em ato jurídico e negócio jurídico, distinguindo essa divisão no artigo 185 em ato jurídico e no artigo 104 e seguintes em negócio jurídico, ambos os artigos previstos no Código Civil de 2002.

Insta notar que, a teor do disposto no artigo 185 CC, o ato jurídico caracteriza-se pelos fatos predeterminados em lei. Por sua vez, o negócio jurídico se caracteriza por efeitos de quem praticou os atos, sendo a declaração de vontade consolidada a produção de efeitos jurídicos praticadas pelo agente.

À luz das informações contidas, o ato ilícito cometido, ou seja, a antijuridicidade da conduta e a violação de uma obrigação preexistente, determinando a reparação de um dano nos termos que a lei impõe.

O ato ilícito é pressuposto da obrigação de indenizar. Na responsabilidade subjetiva, são necessários, além da conduta ilícita, a culpa, o dano e o nexo causal. Foi, destarte, com base nesta premissa, que o artigo 186 do Código Civil de 2002 manteve a culpa como pressuposto da responsabilidade subjetiva para obrigação de indenizar.

Na responsabilidade objetiva, apenas o ato ilícito e o nexo causal identificam a responsabilidade de indenizar, não sendo necessário qualquer elemento subjetivo. A luz das informações contidas, os artigos 927 e 187 do Código Civil em vigor, evidenciam que a culpa não configura elemento determinante para a obrigação de indenizar. Portanto, diferente do Código Civil de 1916, que consagrou no art. 159 apenas a responsabilidade civil subjetiva, o atual Código Civil contém cláusulas gerais que contemplam, tanto a responsabilidade civil subjetiva, como a responsabilidade objetiva.

No que tange à responsabilidade de indenizar, proveniente de ato ilícito, sob a ótica de Cavaliere Filho (2015, p.27), em sede de responsabilidade subjetiva a culpa integrará a violação de um dever jurídico, mas tratando-se de responsabilidade objetiva, bastará à ilicitude em sentido amplo, a violação de um dever jurídico preexistente por conduta voluntária.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico obriga que o dano causado pelo ato ilícito seja reparado. Portanto, de acordo com o princípio da reparação integral, é necessária uma indenização na proporção do dano sofrido pela vítima.

2.3.2 Princípio da boa-fé

Levando-se em conta que o direito positivo não protege os contratos feitos com reserva mental e de má-fé, o princípio da boa-fé é, sem dúvida, presumido, e os contratos consumeristas devem, principalmente, satisfazer a função social prevalecendo-se da honestidade.

Assim sendo, o princípio da boa-fé está consagrado no artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, onde diz que:

Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (BRASIL, 1990)

Em contrapartida encontra-se no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, as práticas que podem ser ditas como abusivas e se contrapõem às práticas de boa-fé:

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. (BRASIL, 1990).

Pode-se também ver a proteção da boa-fé, não só positivado no Código de Defesa do Consumidor, como também no nosso Código Civil, no seu artigo 422, que assim dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

No que tange a boa-fé, sob a ótica de Miragem (2012, p.109-110):

É necessário distinguir, toda via, entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Quando se trata do princípio da boa-fé, faz-se referência, necessariamente à boa-fé objetiva. Isso porque a boa-fé subjetiva não se trata de princípio jurídico que se reconhece à pessoa e que constitui requisito presente no suporte fático presente em certas normas jurídicas, para produção de efeitos jurídicos. [...] o princípio da boa-fé objetiva implica a exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação,

impondo um dever de correção e finalidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro.

Desta forma, podemos observar que a boa-fé não é prática que deve ser aproveitada somente pelas relações consumeristas inerentes ao Código de Defesa do Consumidor, mas por todas as áreas do direito, devendo ser seguido, tanto pelo fornecedor quanto pelo consumidor, respeitando os valores éticos e morais, norteados pelas regras e pelos princípios.

3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

A Responsabilidade Civil busca uma forma de restabelecer a ordem social provocada por uma conduta culposa ou com intenção de causar dano a outrem. Assim estabelece Gonçalves (2016, p.53): “Responsabilidade origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.”

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece algumas distinções entre as espécies de responsabilidade. No entanto, admite-se no ordenamento jurídico brasileiro as responsabilidades Civil, Penal, Contratual, Extracontratual, subjetiva e objetiva.

Em que pese a diferença entre a responsabilidade Civil da responsabilidade Penal, Gonçalves (2016, p.54), dispõe que: “A responsabilidade penal é pessoal. Responde o réu com a privação de sua liberdade. A responsabilidade civil, todavia, é patrimonial: é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações”

Insta salientar que no Cível, qualquer ação ou omissão poderá ensejar a responsabilidade civil, desde que viole direito e cause prejuízo a outrem, conforme preceitua o art. 186 do Código Civil. O Código Civil de 2002 também distinguiu a responsabilidade contratual da responsabilidade extracontratual.

Ocorrendo o inadimplemento contratual, ensejará a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, consoante arts. 389 e s. e 395 e s. do Código Civil. Na responsabilidade contratual, o agente torna-se inadimplente perante a um dever originário estabelecido entre as partes.

Quando a responsabilidade não é proveniente de contrato, será extracontratual ou aquiliana, segundo o qual, o agente viola um dever legal, não

existindo nenhum vínculo jurídico com o causador do dano no momento da prática do ato ilícito, conforme disciplina o art. 186 do Código Civil. A responsabilidade aquiliana está disciplinada também nos arts. 188 e 927 a 954 do mesmo dispositivo legal.

Insta, ainda, observar que a responsabilidade civil subdivide-se em também em objetiva e subjetiva. Na responsabilidade objetiva, a lei impõe a reparação de um dano cometido, independentemente de culpa.

Segundo Cavalieri Filho (2015, p.9)

Denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento.

A jurisprudência é consolidada no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva do prestador de serviços, conforme ementa publicada pela Quarta Câmara Recursal Cível do TJ-RS.

Ementa: RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. CIA AÉREA. VIOLAÇÃO DE BAGAGEM. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, JÁ QUE POSSUEM O DEVER DE TRANSPORTAR O PASSAGEIRO E A BAGAGEM DE MODO INCÓLUME ATÉ O DESTINO FINAL. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA.** DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. DANOS MORAIS ARBITRADOS EM R\$ 1.500,00 QUE COMPORTA MAJORAÇÃO PARA R\$ 3.600,00 NOS TERMOS POSTULADO NA INICIAL E ADEQUADO AOS PARÂMETROS UTILIZADOS PELAS TURMAS RECURSAIS EM CASOS SEMELHANTES. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005642475, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Gláucia Dipp Dreher, Julgado em 30/10/2015). (Grifo nosso)

Ementa: TRANSPORTE AÉREO. ATRASO DE VOO DE APROXIMADAMENTE 4H. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA COMPANHIA AÉREA. DANOS MORAIS MAJORADOS. 1. Em se tratando de relação de consumo, é oportuno relembrar que, consoante o art.14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade dos fornecedores de serviço é objetiva e fundada na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual, todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos. 2. No caso concreto, verificada a falha na prestação do serviço fixo os danos morais em R\$ 1.000,00 (mil reais), com correção monetária a partir do arbitramento (súmula 362 do STJ) e juros de mora desde a citação (art.405 do CC/02) 3. Recurso do autor parcialmente provido. (TJ-PE-APL: 4031358PE, Relator: José Fernandes de Lemos. Data de Julgamento: 19/09/2018, 5ª Câmara Cível, Data de publicação: 04/10/2018.

No entanto, conforme dispositivo do Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

No que tange à responsabilidade subjetiva, esta possui como pressuposto necessário o elemento culpa para que o dano seja indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do agente somente se configura se este agiu com dolo ou culpa. Segundo Cavalieri Filho (2016, p.57):

A responsabilidade civil subjetiva estreia-se na ideia de culpa. A prova da culpa do agente é pressuposto necessário do dano indenizável. O ônus dessa prova incube a vítima. Não havendo culpa (dolo ou culpa em *sentido* estrito), não ha responsabilidade.

4 RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR AÉREO

O contrato de transporte passou a ser tipificado pelo Código Civil de 2002 entre os arts. 730 a 756. Conforme estabelece o art. 730 do Código Civil: "Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas."

No entanto, tal dispositivo estabelece que os meios de transporte poderá ser terrestre – rodoviário e ferroviário –, aquático – marítimo, fluvial e lacustre –, ou aéreo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 178, também dispõe sobre o contrato de transportes disciplinando que: "A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade".

A responsabilidade do transportador poderá ser elidida através de três aspectos: em relação aos seus empregados, em relação a terceiros e em relação aos passageiros. Não se pode olvidar que independente da análise do fato ocorrido em qualquer destes três aspectos, a responsabilidade será objetiva, configurando o dever de indenizar independente de culpa.

No entanto, ainda que a responsabilidade em face do dano causado a terceiros seja objetiva, a relação que envolve terceiros em um nexo causal, é extracontratual ou aquiliana.

A responsabilidade trabalhista ocorrerá em detrimento da relação de trabalho e a indenização proveniente de acidente de trabalho deverá ser pleiteada ao INSS. Porém, se houver dolo ou culpa do empregador, a indenização poderá ser pleiteada com base no art. 7º, XXVIII da CRFB/88 através do Direito Comum, contra o próprio empregador.

No que tange à responsabilidade do transportador aéreo, a relação é contratual em relação aos passageiros. O contrato estabelecido entre o transportador e seus passageiros é proveniente de um contrato de adesão, justamente porque as cláusulas são previamente estabelecidas pelo transportador.

Ocorre que, ainda que o contrato de transporte possua as características de um contrato consensual, comutativo, bilateral e oneroso, não se exclui a responsabilidade objetiva do transportador, pois conforme dispõe o art. 730 do Código Civil: “Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar de um lugar para o outro, pessoas ou coisas”.

O Código Civil em vigor estabelece que mesmo que exista o nexo causal entre o transportador e o passageiro por culpa elidida por terceiros, não ensejará a excludente de ilicitude do transportador, conforme dispõe o art. 735, *in verbis*: “A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

Enfatiza Gonçalves (2016, p.139) que, o art. 269 do Código Brasileiro de Aeronáutica, que limita a responsabilidade das empresas aéreas pelos danos causados a terceiros, perdeu eficácia a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que estendeu a responsabilidade objetiva, atribuída ao Estado, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros sem estabelecer qualquer limite para a indenização.

Insta salientar que, a Súmula 187 do colendo Supremo Tribunal Federal, confirma o que dispõe o artigo retromencionado, utilizando a mesma redação. Entretanto, a Súmula 187 do STF e o art. 735 do Código Civil, reforçam que, ocorrendo um acidente de transporte, o transportador não poderá eximir-se da obrigação com o passageiro, pois a obrigação de resultado foi assumida

contratualmente, mesmo que de forma tácita. Nesse sentido dispõe a jurisprudência:

APELAÇÃO CIVEL- AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS- ACIDENTE DE TRANSITO-DERRAPAGEM EM CURVA ACENTUADA- FATO PREVISIVEL QUE NAO CONFIGURA CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR- RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA TRANSPORTADORA, INDEPENDENTE DE CULPA DE TERCEIRO-RESPONSABILIDADE, OUTROSSIM, POR ATO CULPOSO DE SEU PREPOSTO-DEVER DE INDENIZAR MANTIDO-DANO MORAL- EXCESSO POR OFENSA AO LIMITE ESTABELECIDO NA LEI Nº 5,250, DE 9,2,1967- NAO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988-CUSTAS PROCESSUAIS E HONORARIOS ADVOCATICIOS- MANUTENCAO DA CONDENAÇÃO INTEGRAL DOS APELANTES, NOS TERMOS DO PARAGRAFO UNICO DO ART.21 DO CPC- RECURSO NAO PROVIDO NESTA PARTE. (TJ-MS-AC: 10993 MS 2004,010993-8, Relator: Des^a. Tania Garcia de Freitas Borges, Data de Julgamento: 10/04/2007, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 27/04/2007).

APELAÇÃO CIVEL. TRANSPORTE. QUEDA EM INTERIOR DE COLETIVO. A responsabilidade da empresa demandada é objetiva, porque amparada na Teoria do Risco Administrativo, nos termos do art. 37,§6º, da Constituição Federal, devendo responder pelos danos causados aos passageiros, independente da prova de culpa no evento danoso. A responsabilidade do transportador, em casos de acidente com passageiros, não pode ser elidida por culpa de terceiro. Culpa exclusiva da vítima não comprovada. Responsabilidade da reconfirmada. Danos morais advindos da violação da integridade física do autor, que, em razão do acidente, sofreu trauma craniocéfalo grave. Quantum indenizatório mantido. Indenização por danos psíquicos confirmados.

APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 7007648384, Decima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Julgado em 15/08/2018).

(TJ-RS-AC: 7007648384 RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Data de Julgamento: 15/08/2018, Decima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/08/2018).

Nesse diapasão, os tribunais, interpretando os mencionados dispositivos, têm reconhecido a responsabilidade objetiva ao transportador, reconhecendo que o fato proveniente por culpa de terceiro não elide a obrigação do transportador em reparar o dano.

No que concerne ao atraso no transporte aéreo, o passageiro terá direito a indenização por inadimplemento contratual do transportador. Assim, dispõe o art. 737 do Código Civil ao estabelecer que:

O transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior. Entretanto, a Agência Nacional de Aviação Civil- ANAC estabelece que, em caso de atraso de voo, a companhia aérea deve fornecer: A partir de uma hora de atraso: comunicação (internet, telefone, entre outros). A partir de duas horas de atraso: alimentação de acordo com o horário (voucher, refeição, lanche etc). A partir de quatro horas de atraso hospedagem (somente em caso de pernoite no aeroporto) e transporte de ida e volta. Se o passageiro estiver

no local de seu domicílio, a companhia aérea poderá oferecer apenas o transporte para sua residência e de sua casa para o aeroporto. Quando o voo atrasar mais de quatro horas ou for cancelado, a companhia aérea deverá oferecer alternativas de acomodação em outro voo, devolver o valor da passagem ou levar o passageiro por outra modalidade de transporte.

No entanto, conforme dispõe o Código Civil de 2002, o transportador aéreo deverá indenizar o passageiro pelos danos causados decorrentes do atraso e cancelamento de voos. Nesse sentido, dispõe a jurisprudência pátria:

2. O contrato de transporte consiste em obrigação de resultado, configurando o atraso manifesta prestação inadequada. 3. A postergação da viagem superior a quatro horas constitui falha no serviço de transporte aéreo contratado e gera o direito à devida assistência material e informacional ao consumidor lesado, independentemente da causa originária do atraso. 4. O dano moral decorrente de atraso de voo prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se in re ipsa em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro. 5. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afixa-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (STJ, REsp 1.280.372/SP, 3.a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07.10.2014, DJe 10.10.2014)

RECURSO INOMINADO. INDENIZAÇÃO POR ATRASO EM VOO. RESPONSABILIDADE DA RÉ CONFIGURADA. NÃO COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Conforme se insere nos documentos constantes dos autos, a parte autora comprovou que houve atraso considerável nos trechos de seus voos. Ainda, a ré admite em sua contestação que o voo do autor atrasou e que houve preterição em seu embarque, não tendo comprovado a ocorrência de qualquer uma das causas excludentes de sua responsabilidade. Saliento que, embora tenha alegado a ocorrência de caso fortuito, não acostou aos autos qualquer comprovação. Assim, resta configurado o dever de indenizar da ré, sendo mantido os valores fixados na sentença pelo juízo de origem, pois de acordo com os parâmetros adotados. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 710075221350, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Alexandre de Souza Costa Pacheco, Julgado em 26/09/2018). (TJ-RS – Recurso Cível: 710075221350 RS, Relator: Alexandre de Souza Costa Pacheco, Data do Julgado : 26/09/2018), Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 01/10/2018).

Assim, resta configurado que o transportador aéreo possui o dever de indenizar proveniente da responsabilidade objetiva. No que tange os danos causados aos passageiros proveniente do *Overbooking*, Gonçalves (2016, p.139), dispõe que:

Configurado o inadimplemento contratual e o defeito e o defeito do serviço prestado pela transportadora, consistente da prática de *overbooking*, e não caracterizada nenhuma excludente de sua responsabilidade, de rigor o reconhecimento da responsabilidade e a condenação da ré na obrigação de indenizar os autores pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

Segundo Cavalieri Filho (2015, p.414) o *overbooking*, caracteriza-se “pela aceitação pelo transportador de reservas para determinado voo em superior à capacidade da aeronave destinada para tanto”. Nesse diapasão, há uma inexecução contratual que ensejará a o dever de indenizar do transportador aéreo quando não for providenciada outra aeronave ou a restituição do valor da passagem aérea. Neste sentido, a jurisprudência entende que:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE AÉREO. RESPONSABILIDADE DA COMPANHIA AÉREA. OVERBOOKING. EXTRAVIO DE BAGAGEM. DANO MATERIAL. MANTIDO. DANO MORAL. MANTIDO. Responsabilidade da companhia aérea. A companhia aérea. A companhia aérea possui responsabilidade objetiva pela falha na prestação do serviço. No caso em tela, o overbooking e a impossibilidade do autor de efetuar a viagem pretendida caracteriza falha na prestação do serviço de transporte pela companhia aérea. Extravio de bagagem e dano moral. Restou comprovado que o autor teve sua bagagem extraviada. Sob égide da legislação consumerista, o consumidor não tem a necessidade de provar dolo ou culpa do agente, basta provar o fato constitutivo de seu direito. No caso em tela, a parte apelante referiu que houve o abandono da bagagem, ou seja, assumiu que os pertences do autor não foram devolvidos. Assim, deve ser (quatro mil reais) pelos pertences pessoais. Dano moral. O reconhecimento do dano moral demanda a existência de violação exacerbada aos direitos de personalidade, não se aplicando ao mero descumprimento contratual, salvo em casos excepcionais, dependendo de prova acerca do dano. No caso dos autos, o dano sofrido fora comprovado pelo requerente, já que não pode realizar a viagem pretendida para assistir a corrida de seu cavalo. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO RÉU. UNÂNIME. Apelação Cível Nº 70075056119, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Kreutz, Julgado em 21/03/2018. (TJ-RS- AC: 70075056119 RS, Relator: Alexandre Kreutz, Data de Julgamento: 21/03/2018, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/03/2018).

Em que pese o dano causado pela prática de *overbooking* bem como o extravio de bagagem, é dever da companhia aérea indenizar o passageiro pelos danos morais e materiais em observância ao art. 5º, V e X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Quanto ao transporte de bagagem, os artigos 734 do Código Civil determinam que: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade” (art. 734 do CC).

Insta salientar que, o art. 734 estabelece que é “nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade”. A Súmula 161 do colendo Supremo Tribunal Federal enfatiza o que o referido dispositivo do Código Civil preceitua, conforme verbete: “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”.

No entanto, o transportador aéreo não poderá inserir em cláusula contratual a exclusão de sua responsabilidade por danos causados ao passageiro ou elidir-se de sua responsabilidade de indenizar.

4.1 A CLÁUSULA DE INCOLUMIDADE

A Cláusula de Incolumidade está ínsita e adstrita ao transportador e tem como obrigação conduzir o transportado são e salvo ao seu destino. A Cláusula está prevista implicitamente nos contratos de transportes, pois a obrigação do transportador não é apenas de meio e de resultado, mas impreterivelmente de segurança, tendo o transportador o dever de zelar pela segurança do passageiro, evitando qualquer acontecimento que lhe cause dano.

Uma vez descumprida a cláusula de incolumidade, o transportador deverá indenizar o contratante por todos os danos causados, independente de culpa. Assim estabelece Cavalieri (2015, p.398):

Os juristas vislumbraram no contrato de transporte a cláusula de incolumidade, que gera para o transportador a obrigação de levar o viajante são e salvo ao seu destino, de sorte que, uma vez descumprida essa obrigação, exsurge o dever de indenizar do transportador, independente de culpa.

A jurisprudência assim vem decidindo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE TRANSPORTE. CLAUSULA DE INCOLUMIDADE. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR NÃO ELIDIDA POR CULPA DE TERCEIROS. FORTUITO INTERNO. ART.735 DO CÓDIGO CIVIL E SUMULA 187 DO STF. 1-**Pela cláusula de incolumidade ínsita ao contrato de transporte, o transportador se obriga a zelar para que o passageiro chegue ao seu destino ileso. Trata-se de responsabilidade objetiva a luz do Código Civil.** 2-Nesse contexto configura o fortuito interno a conduta culposa- negligente, imprudente ou imperita- do terceiro que não fixou corretamente a carga que trazia a sua carroceria e que veio a se desprender e colidir com o coletivo no qual as apelantes, nelas provocando lesões. 3- Fato de terceiro que guarda conexão com a atividade de transporte, inserindo-se nos riscos inerentes no deslocamento. 4- Ação de regresso contra terceiro, garantida pelo ordenamento jurídico. Inteligência do Art. 735 do Código Civil e da Sumula 187 do STF. 5- Denúnciação da Lide procedente nos limites da apólice. (TJ-RJ- APL: 222025920078190021 RJ 0022202-59,2007,8,19,0021, Relator: DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA, Data de Julgamento: 27/07/2010, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/09/2010). (Grifo nosso)

Com efeito, a Cláusula de incolumidade *ínsita* nos contratos de transportes determina que a obrigação do transportador em conduzir os passageiros sãos e salvos ao seu destino.

4.2 TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CONVENÇÃO DE MONTREAL.

No ano de 1929, o transporte aéreo internacional era disciplinado pela Convenção de Varsóvia através de 41 artigos. Na vigência da referida Convenção, a responsabilidade do transportador aéreo era subjetiva com culpa presumida.

De acordo com o que expõe o art. 22, nº 1, da Convenção, a indenização era limitada a um valor máximo, devendo ser necessário a comprovação do dolo ou da culpa grave para que o transportador tivesse que indenizar o transportado, cabendo a responsabilidade do ônus da prova à vítima. Conforme denota na íntegra o supramencionado artigo:

No transporte de pessoas a responsabilidade da entidade transportadora relativa a cada passageiro é limitada à quantia de duzentos e cinquenta mil francos. No caso em que, segundo a lei do tribunal que se ocupa do assunto, a indenização pode ser fixada em forma de pagamentos periódicos, o capital desses pagamentos não pode ultrapassar esse limite. Contudo, por acordo especial com a entidade transportadora, o passageiro poderá fixar um limite de responsabilidade mais elevado.

À luz do artigo mencionado, a Convenção sustentava a responsabilidade civil tarifada, tendo o transportador aéreo um limite estabelecido para indenização, caso fosse comprovado o dolo ou culpa grave, devendo a vítima do dano provar que a companhia aérea foi negligente, imprudente ou imperita ou que teve a intenção de causar o dano.

A Convenção de Varsóvia foi substituída pela Convenção de Montreal em 1999, mas só foi aprovada pelo Brasil em 2006, através do Decreto Legislativo nº 59, sendo promulgado pelo Decreto nº 5,910, de 27 de setembro de 2006.

Nesse diapasão, a Convenção de Varsóvia, portanto, começou a regulamentar o transporte aéreo internacional em 2006 no Brasil através de 57 artigos, adotando a responsabilidade objetiva com base na teoria do risco da atividade. Conforme se depreende da observância do art. 17, 1, 2, 3 e 4, que assim dispõe:

1. O transportador é responsável pelo dano causado em caso de morte ou de lesão corporal de um passageiro, desde que o acidente que causou a morte ou a lesão haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante quaisquer operações de embarque ou desembarque.
2. O transportador é responsável pelo dano causado em caso de destruição, perda ou avaria da bagagem registrada, no caso em que a destruição, perda ou avaria haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante qualquer período em que a bagagem registrada se encontre sob a custódia do transportador. Não obstante, o transportador não será responsável na medida em que o dano se deva à natureza, a um defeito ou a um vício próprio da bagagem. No caso da bagagem não registrada, incluindo os objetos pessoais, o transportador é responsável, se o dano se deve a sua culpa ou a de seus prepostos.
3. Se o transportador admite a perda da bagagem registrada, ou caso a bagagem registrada não tenha chegado após vinte e um dias seguintes à data em que deveria haver chegado, o passageiro poderá fazer valer contra o transportador os direitos decorrentes do contrato de transporte.
4. A menos que se indique de outro modo, na presente Convenção o termo "bagagem" significa tanto a bagagem registrada como a bagagem não registrada.

Convém ressaltar que, a responsabilidade do transportador aéreo internacional passa a ser objetiva perante a Convenção de Montreal, porém, a um valor limitado de aproximadamente ao equivalente de US\$133.000,00, conforme dispõe o art. 21, 1,2 e 3, da referida Convenção:

1. O transportador não poderá excluir nem limitar sua responsabilidade, com relação aos danos previstos no número 1 do Artigo 17, que não exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro.
2. O transportador não será responsável pelos danos previstos no número 1 do Artigo 17, na medida em que exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, se prova que:
 - a) o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou
 - b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro.

No entanto, excedendo-se o limite estabelecido, a responsabilidade do transportador aéreo passa a ser subjetiva com culpa presumida, havendo a possibilidade do transportador aéreo eximir-se do dever de indenizar caso seja provado que o dano não foi proveniente de dolo ou culpa da companhia aérea ou de seus prepostos.

Em virtude dessas considerações, a responsabilidade do transportador aéreo, perante a Convenção de Montreal, é objetiva até aproximadamente US\$ 133,000.00, porém, não está consubstanciada no risco integral, uma vez que, o transportador, poderá ter a sua responsabilidade excluída ou reduzida, caso comprovada a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, consoante dispõe o art. 20 da referida Convenção, *in verbis*:

Se o transportador prova que a pessoa que pede indenização, ou a pessoa da qual se origina seu direito, causou o dano ou contribuiu para ele por negligência, erro ou omissão, ficará isento, total ou parcialmente, de sua responsabilidade com respeito ao reclamante, na medida em que tal negligência, ou outra ação ou omissão indevida haja causado o dano ou contribuído para ele. Quando uma pessoa que não seja o passageiro, pedir indenização em razão da morte ou lesão deste último, o transportador ficará igualmente exonerado de sua responsabilidade, total ou parcialmente, na medida em que prove que a negligência ou outra ação ou omissão indevida do passageiro causou o dano ou contribuiu para ele. Este Artigo se aplica a todas as disposições sobre responsabilidade da presente Convenção, inclusive ao número 1 do Artigo 21.

Insta salientar que, conforme determina o artigo supracitado, o fato de terceiro por ato doloso ou culposo, exclui do transportador aéreo o dever de indenizar naquilo que superar o limite previsto na responsabilidade objetiva.

Quanto aos danos extrapatrimoniais decorrentes dos danos causados ao transportado, o art. 29 da Convenção de Montreal prevê exclusão de indenização. Porém, o art. 5º, inciso V da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevê a indenização por dano material, moral ou à imagem. No entanto, a Convenção de Montreal não deverá se sobrepor a Constituição Federal.

Em que pese as disposições da Convenção de Varsóvia e da Convenção de Montreal não serem compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor e com o Código Civil de 2002, a Convenção de Varsóvia não irá se sobrepor ao Código de Defesa do Consumidor e ao Código Civil em vigor, justamente porquê deverá prevalecer o protecionismo ao consumidor e da reparação integral do dano, devendo então, ser aplicada a responsabilidade objetiva sem responsabilidade civil tarifada aos danos causados aos passageiros oriundos do transporte aéreo.

4.3 TRANSPORTE AÉREO NACIONAL. CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA

O Código Brasileiro de Aeronáutica regulamenta, através de 321 artigos, o transporte aéreo realizado dentro do território nacional. A responsabilidade por dano causado ao passageiro está disciplinada no art. 256, nos seguintes termos:

O transportador responde pelo dano decorrente:

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

II - de atraso do transporte aéreo contratado.

§ 1º O transportador não será responsável:

a) no caso do item I, se a morte ou lesão resultar, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro, ou se o acidente decorrer de sua culpa exclusiva;

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

§ 2º A responsabilidade do transportador estende-se:

a) a seus tripulantes, diretores e empregados que viajarem na aeronave acidentada, sem prejuízo de eventual indenização por acidente de trabalho;

b) aos passageiros gratuitos, que viajarem por cortesia.

Convém notar, igualmente, que, nos contratos de transportes disciplinados por modalidades diversas ao transporte aéreo, o transportador não possui a obrigação de indenizar o passageiro que esteja transportado sob cortesia, conforme dispõe o art. 736 do Código Civil:

Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia.

Parágrafo único: Não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas.

Assim, o referido dispositivo legal, diverge do Código Brasileiro de Aeronáutica no sentido de que, se um passageiro estiver sendo transportado por cortesia, utilizando do transporte gratuitamente, o transportador estará isento do dever de indenizar proveniente dos danos causados, salvo se, for comprovado que o transportador incorreu em dolo ou culpa grave.

A Súmula 145 do Superior Tribunal de Justiça determina que: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

Diferente do que dispõe o contrato de transportes oriundos de outras categorias, no contrato de transporte aéreo por cortesia, o transportador aéreo deverá indenizar o transportado por qualquer dano causado, independente de dolo ou culpa do transportador.

5 A CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No que se refere ao transporte aéreo internacional, o Colendo Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004-SE em 1997, firmou entendimento no sentido de que a Convenção de Varsóvia (O Tratado

Internacional), não se sobrepõe às leis vigentes no país, mesmo tendo aplicabilidade no Direito Interno Brasileiro.

Oportuno se torna dizer que, tratando-se de conflito entre Tratado e Lei posterior, prevalecerá a Lei posterior por entender que esta é a última vontade do legislador. Esta decisão ficou conhecida como “*lex posterior derogat lex prior.*”

No que tange à responsabilidade Civil do transportador aéreo, existe conflito aparente de normas entre a Convenção de Varsóvia, revogada pela Convenção de Montreal, o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor. No entanto, o entendimento dominante é de que as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor devem preponderar em conflito com a Convenção de Montreal em observância ao princípio do protecionismo do consumidor devendo se sobrepôr perante as relações consumeristas.

Nesse sentido, determina o art. 51, inciso XV do CDC, *in verbis*: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: XV- estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor”. Mister se faz ressaltar que é nula qualquer cláusula que estabeleça qualquer exoneração de responsabilidade do transportador aéreo perante ao transportado.

Ademais, não deverá ser elidida a comprovação da presunção de culpa do transportador no regime da Convenção de Montreal, visto que, o transporte aéreo é um contrato de prestação de serviços, devendo ser aplicado à responsabilidade objetiva, com fundamento na teoria do risco do empreendimento.

Não se pode olvidar que, o Código Civil de 2002 estabeleceu em seu art. 732, que havendo conflito de normas perante aos contratos de transportes em geral, prevalecerá às disposições contidas no Código em vigor. Assim dispondo *ipsis litteris*:

Art. 732 CC: Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.

Em virtude dessas considerações, reafirma-se o entendimento que Tratados e Convenções não se sobrepõem às leis vigentes no país, mesmo tendo aplicabilidade no Direito Interno Brasileiro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou uma análise da responsabilidade civil do transportador aéreo no que tange aos danos causados aos passageiros pela inobservância de suas responsabilidades contratuais e aos danos a terceiros decorrentes da responsabilidade aquiliana.

No entanto, o artigo se desenvolveu através do estudo e da análise da reparação civil pela má prestação dos serviços em detrimento da responsabilidade do transportador aéreo consoante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002 e a Convenção de Varsóvia, atual Convenção de Montreal.

Foram analisadas Normas e Tratados aplicáveis à responsabilidade pelos danos causados decorrentes de voos nacionais (Código Brasileiro de Aeronáutica) e internacionais (Convenção de Montreal) observados os conflitos entre Tratados e Lei posterior.

Conforme mencionado no desenvolvimento do artigo, o contrato de transporte passou a ser tipificado pelo Código Civil de 2002, ficando estabelecido que existindo o nexo causal entre o transportador e o passageiro por culpa elidida por terceiros, não ensejará a excludente de ilicitude do transportador.

O Código Civil de 1916 tipificou em apenas um artigo a responsabilidade do transportador, não se referindo ao transportador aéreo, elidindo a responsabilidade do transportador como subjetiva com culpa presumida.

O art. 269 do Código Brasileiro de Aeronáutica, que limitava a responsabilidade das companhias aéreas pelos danos causados a terceiros, perdeu eficácia a partir da entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabeleceu em seu art.37, §6º, a responsabilidade objetiva as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos. Nesse diapasão, os prestadores de serviços aéreos começaram a responder pelos danos causados aos transportados e a terceiros independente de dolo ou culpa presumida.

Através da análise aprofundada acerca da proteção legal consumerista, conclui-se que a Lei 8.078/90 estabeleceu a responsabilidade objetiva em seu art. 14 aos fornecedores de serviços.

O presente artigo trouxe análises da Convenção de Varsóvia antes da vigência da Convenção de Montreal, concluindo-se que a responsabilidade do transportador aéreo era subjetiva com culpa presumida, sendo a responsabilidade civil tarifada. No entanto, a Convenção de Montreal revogou a Convenção de Varsóvia, elidindo a responsabilidade do transportador por culpa presumida, sem responsabilidade tarifada.

Em síntese, diante do exposto no presente artigo, em virtude de normas internas e Convenções internacionais aplicáveis à responsabilidade civil do transportador aéreo, ocorreu um conflito aparente de normas. Por conseguinte, extraiu-se que a Convenção de Varsóvia e a Convenção de Montreal por não serem compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor e com o Código Civil de 2002, não se sobrepõem às referidas Leis internas, cabendo então, a aplicação da responsabilidade objetiva sem responsabilidade civil tarifada aos danos causados aos passageiros oriundos do transporte aéreo.

No entanto, a responsabilidade do transportador aéreo será objetiva em detrimento da má prestação dos serviços, cabendo, portanto aos consumidores e a terceiros, a indenização integral pelos danos materiais e morais sofridos.

Conclui-se, portanto, no que tange à responsabilidade civil do transportador aéreo, que a Convenção de Montreal não pode prevalecer sobre o princípio da reparação integral do dano estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. Em razão disso, reafirma-se o entendimento que Tratados e Convenções não se sobrepõem às leis vigentes no país.

Assim, resta configurado que a responsabilidade do transportador aéreo internacional no Brasil será elidida através da responsabilidade objetiva perante a má prestação dos serviços aos consumidores e os danos causados a terceiros com base na teoria do risco da atividade.

REFERÊNCIAS

ANAC, Agência Nacional de Aviação Civil. Atrasos, cancelamentos, preterição e assistência material. 2018. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/passageiros/atrasos-cancelamentos-pretericao-e-assistencia-material>> Acesso em: 21 nov 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 7ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2018.

_____, Decreto N. 5.910, de 27 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm acesso em: 15 de agosto de 2018.

_____, Decreto nº 20.704 de 24 de novembro de 1931. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm> Acesso em: 21 nov 2018.

_____, Decreto nº 5.910 de 27 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm> Acesso em: 21 nov 2018.

_____, Lei nº 7.565 de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm> Acesso em: 21 nov 2018.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. Ed. Atlas: São Paulo, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 4ª ed. Ed. JusPodivm: Bahia, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Vol. 3. 15ª ed. Ed. Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquemático. Vol. 3. Coordenador Pedro Lenza. 3ª ed. Ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol. 7. 6ª ed. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2016.

RANGEL, Tauã Lima Verdán. Ponderações ao Princípio do protecionismo do consumidor: breve painel. Boletim Jurídico. 2018. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3439/ponderacoes-ao-principio-protecionismo-consumidor-breve-painel>> Acesso em: 21 nov 2018.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol. Único. 5ª ed. Ed. Método: São Paulo, 2015.

_____, Flávio. Manual de Responsabilidade Civil. Vol. único. Ed Método: São Paulo, 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor. Vol. Único. 3ª ed. Ed. Método: São Paulo, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor. 9ª ed. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: obrigação e responsabilidade civil. Vol. 2. 17ª ed. Ed. Atlas: São Paulo, 2017.