



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

ARTHUR ANDRADE ALENCAR LUNA

**ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO: DA
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO DANO MORAL PELA CONVENÇÃO DE
MONTREAL**

FORTALEZA

2019

ARTHUR ANDRADE ALENCAR LUNA

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO: DA
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO DANO MORAL PELA CONVENÇÃO DE
MONTREAL

Tese apresentada ao Programa de Graduação
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sidney Guerra
Reginaldo.

FORTALEZA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

L983a Luna, Arthur Andrade Alencar.

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO :
DA IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO DANO MORAL PELA CONVENÇÃO DE
MONTREAL / Arthur Andrade Alencar Luna. – 2019.

41 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de
Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Sidney Guerra Reginaldo..

1. Responsabilidade Civil. 2. Transporte Aéreo. 3. Dano Moral. 4. Convenção de Montreal. 5.
Limitação. I. Título.

CDD 340

ARTHUR ANDRADE ALENCAR LUNA

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO: DA
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO DANO MORAL PELA CONVENÇÃO DE
MONTREAL

Tese apresentada ao Programa de Graduação
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Sidney Guerra Reginaldo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Matheus Casimiro Gomes Serafim
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Caio Rodrigues Gonçalves
Universidade Federal do Ceará (UFC)

RESUMO

Após a análise do instituto da Responsabilidade Civil, adentra-se no responsabilização do transportador aéreo e as diversas abordagens dadas pelas legislações que tratam sobre o tema. Apesar do Supremo Tribunal Federal haver decidido sobre a questão fixando entendimento no tema de repercussão geral 210, optando pela aplicação da Convenção de Montreal nos casos de dano ao passageiro ocorridos pelo extravio de bagagem, abriu-se o espaço para uma discussão, que gera divergência na aplicação da lei aos casos concretos pelos magistrados, objetivo desse estudo: seria possível a inclusão dos danos morais na limitação estabelecida pelo dispositivo internacional? Há a conclusão pela impossibilidade de limitar os danos extrapatrimoniais nesta situação em razão da proteção constitucional concedida e a própria natureza do instituto, além da negativa de uma interpretação extensiva neste caso. Apresentação concisa dos pontos relevantes do documento, fornecendo uma visão rápida e clara do conteúdo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Transporte Aéreo Internacional. Convenção de Montreal. Limitação do Dano Moral.

ABSTRACT

After the analysis of the Institute of Civil Responsibility, it goes into accountability of the airlines and the various approaches given by the laws dealing with the subject. Although the Supreme Court ruled on the issue by establishing understanding on the theme of general repercussion 210, opting for the application of the Montreal Convention in cases of damage to the passenger caused by the loss or damage of luggage, there was room for a discussion, which generates divergence. in divergence of opinion by magistrates, born the objective of this study: would it be possible to include moral injuries in the limitation established by the international law? The conclusion is that it is impossible to limit off-balance sheet damages in this situation due to the constitutional protection granted and the very nature of the institute, as well as the negation of an extensive interpretation in this case. Concise presentation of the relevant points of the document, providing a quick and clear view of the content.

Keywords: Civil Responsibility. Civil responsibility. International Air Transport. Montreal Convention. Limitation of Moral Injury.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO....	10
1.1	Instituto da responsabilidade civil	10
1.2	Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva	12
1.2.1	<i>Responsabilidade Civil Subjetiva</i>	12
1.2.2	<i>Responsabilidade Civil Objetiva</i>	13
1.3	Análise das legislações sobre o tema	14
1.3.1	<i>Convenção de Varsóvia</i>	15
1.3.2	<i>Convenção de Montreal</i>	17
1.3.3	<i>Código Brasileiro da Aeronáutica, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor</i>	19
1.4	A antinomia jurídica existente e o posicionamento do STF sobre o tema ...	22
2	TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 210 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.331/RJ	23
2.1	Abordagem do Dano Moral na Convenção de Montreal	25
3	INSTITUTO DO DANO MORAL E A IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO PELA CONVENÇÃO DE MONTREAL	30
4	CONCLUSÃO	38
	REFERÊNCIAS	40

INTRODUÇÃO

A relação entre Companhias Aéreas e passageiros se intensificou com o crescimento do transporte internacional aéreo, criando a necessidade de regulamentação para os casos em que há falha na prestação do serviço e conseqüente lesão a passageiros ou suas bagagens durante o traslado.

De início, houve a necessidade de uma proteção maior dos operadores de voos, tendo em vista a instabilidade inicial de um mercado ainda recém explorado e com incertezas, e as primeiras legislações internacionais seguiram este panorama, num viés protetor ao transportador aéreo na prestação de serviço, limitando sua responsabilidade a tetos indenizatórios pré-estabelecidos. Após esta fase de estabelecimento de mercado, passou-se a discutir novamente o alcance da responsabilidade das Companhias Aéreas, tendo em vista que já não era mais preciso uma normatização defensora dos interesses destas.

Na legislação brasileira, com o advento da Constituição Federal em 1988 e do Código de Defesa do Consumidor 1990, passou-se a ter um embate nos casos de lesão em falhas na prestação de serviço de transporte aéreo, pois estas normas trouxeram uma proteção ao consumidor, traduzida principalmente no princípio da Reparação Integral de Danos, direcionamento oposto às normas internacionais.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal haver decidido e pacificado o tema, entendendo pela aplicação da Convenção de Montreal no Recurso Extraordinário 636.331 de repercussão geral, abriu-se o debate em relação à extensão da limitação estabelecida nesta legislação. Estariam também alcançados os danos morais pelo teto indenizatório previsto? Muito embora o relator Ministro Gilmar Mendes haver proposto que não, esta diretiva, por delimitação da discussão ao pedido do recurso, não foi fixada pela Suprema Corte.

Esta questão de debate é o tema deste trabalho. Para entender melhor a possibilidade de limitação do dano moral nos casos de lesão a passageiros ou seus bens durante a execução de serviço aéreo prestado pelas Companhias Aéreas, no primeiro capítulo haverá

a apreciação do instituto da Responsabilidade Civil, passando pelo seu conceito e suas espécies. Ainda nesta primeira parte, serão analisadas as diferentes abordagens sobre o tema feitas pelas legislações internacionais - Pacto de Varsóvia e Convenção de Montreal - e nacionais - Código Brasileiro de Aeronáutica, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.

Com a demonstração da diferença entre os dispositivos normativos acima, apresentar-se-á no segundo capítulo a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal a esta antinomia jurídica. Após a exploração do Recurso Extraordinário 636.331 e seu entendimento, passaremos a expor a problemática causada pela não fixação do alcance da limitação na responsabilidade civil, se esta também estaria abrangendo a lesão aos bens extrapatrimoniais, com exposição de algumas decisões judiciais que invocam a discussão sobre o tema.

No último capítulo, mostraremos a natureza do dano moral e suas características segundo o sistema normativo brasileiro. Juntamente com uma análise minuciosa do texto de dispositivos da Convenção de Montreal, estarão expostos argumentos que levam ao entendimento de que a limitação estabelecida nesta somente tem alcance aos danos materiais, devendo a lesão aos direitos da personalidade ser quantificada pelo magistrado na análise do caso concreto.

O método procedimental utilizado foi o monográfico, e o tema escolhido foi aprofundado e preparado por meio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa.

1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO

1.1 Instituto da responsabilidade civil

A responsabilidade civil nasce no momento em que o indivíduo passa a ter contato com os próximos de seu convívio social, sendo um sujeito de direitos e deveres perante aqueles ao seu redor. A partir deste momento, abre-se a possibilidade de se atuar diretamente na esfera do outro, ocorrendo um descumprimento de um dever jurídico que gera a obrigação de reparar o dano causado.

Situação bem descrita por Carlos Roberto Gonçalves, quando aponta:

Responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.¹

Como podemos observar, o renomado jurista brasileiro aponta como nascedouro da responsabilidade civil uma relação jurídica anterior, que trouxe um dever originário, que acabou por ser violada, dando espaço a um dever jurídico consecutivo, chamado de responsabilidade civil, incumbido de reparar o dano causado.

Bem reparado também é o comentário do Professor Tartuce²:

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto; Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25

² TARTUCE, Flávio; Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 368.

Além da responsabilidade dentro da vida em convívio, por desrespeito a dever primário que rege os pontos de um convívio em sociedade, dá ênfase ao dever de cumprimento de obrigação nascida em um acordo entre partes. Na primeira situação, tem-se a chamada responsabilidade civil extracontratual, e na seguinte a responsabilidade civil contratual.

Sábria igualmente é a observação de Fábio Ulhoa Coelho,³ quando aponta que nem toda interferência na vida do outro, chamadas de externalidades, serão passíveis de gerar o dever de reparação.

As interferências positivas ou negativas que cada um de nós sofre e cria para as outras pessoas com quem convivemos em sociedade são “externalidades” quando não são compensadas. As interferências compensadas são “internalidades”. As normas de responsabilidade civil cuidam da internalização das externalidades.

Como exemplo, utiliza a situação dos transtornos ocorridos por greves legais. Apesar de interferirem em direitos alheios, como o direito de ir e vir nos casos de paralisações de vias públicas, tal situação seria um mero desconforto. São acontecimentos que atingem outras pessoas mas que não geram o dever de compensação.

O Código Civil define a violação do dever originário como ato ilícito. Segundo o Art. 187⁴ desta lei, comete ato ilícito aquele que, agindo de maneira dolosa ou culposa (omissão, negligência ou imprudência), infringe direito e causa dano a outrem, ainda que este dano seja apenas extrapatrimonial. Como complemento do assunto, o Art. 927⁵ trás a obrigatoriedade de reparação do ato ilícito por parte do transgressor, devedor do dever jurídico consecutivo.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações – Responsabilidade Civil. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Independentemente se o dano é de ordem material ou moral, nasce a responsabilidade civil daquele que originou ofensa ao direito originário.

Sendo um dano material, a reparação seria mais simples e objetiva, por se tratar de objeto quantificado de ordem econômica, sujeito de observação apenas no campo patrimonial. Fácil será o regresso ao *status quo* após o dano causado à vítima, em que a perda de valor monetário será substituído.

1.2 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

Importante também é a diferenciação dos dois tipos de responsabilidade, tendo por base o exame da existência de culpa do agente transgressor do dever primário que gera a responsabilidade de reparação.

1.2.1 Responsabilidade Civil Subjetiva

A responsabilidade que é essencial a constatação de culpa para sua caracterização é a chamada subjetiva, sendo o dano causado a terceiro por ato culposos ou doloso.

Assim disciplina Carlos Roberto Gonçalves⁶:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Do mesmo modo aponta Tartuce⁷:

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit. p. 47

⁷ TARTUCE, Flávio; op. cit. p. 418

a responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa. Dessa forma, para que o agente indenize, ou seja, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia).

Ou seja, como bem explicado pelos doutrinadores acima, diferentemente da responsabilidade objetiva tratada a seguir, é necessária a constatação da intenção de prejudicar do agente que lesa o direito de outro ou de que sua conduta foi culposa em sentido estrito, agindo com imprudência, negligência ou imperícia.

1.2.2 Responsabilidade Objetiva

Aqui não se faz necessária a demonstração de culpa. O agente acaba por lesar o direito originário de outrem acarretando a obrigação de reparar simplesmente por definição legal, exigindo apenas um nexo de causalidade entre a conduta deste e o dano causado.

O Código Civil de 2002 no Art. 927⁸, parágrafo único, expressa de maneira literal o sentido deste tipo de responsabilidade. Observemos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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.

A lei especificará os casos em que não será necessário a análise de culpa para responsabilização do autor da ação. Há um fato jurídico descrito em lei que justifica a responsabilidade, podendo ser também pela natureza de risco aos direitos da coletividade da atividade desempenhada.

⁸ BRASIL, Código Civil (2002), Título IX - Da Responsabilidade Civil, Capítulo I - Da Obrigação de Indenizar, Art. 927, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 01 de nov. 2019.

1.3 Análise das legislações sobre o tema

Faz-se necessário, antes de adentrar no atual quadro de responsabilidade civil das empresas aéreas, passar pelos diferentes dispositivos, internacionais e nacionais, que já tratam sobre o tema.

O transporte civil comercial de pessoas e cargas, nas primeiras décadas do século XX, era uma atividade mais engenhosa e de riscos enormes se comparado à situação atual. Se hoje a atividade é marcada pelo grande número de pessoas e regiões abrangidas, com o transporte de mais de 4 bilhões de passageiros no ano de 2018 dentre viagens nacionais e internacionais⁹, no início esta prática era acompanhada de incertezas.

Nas palavras do Excelentíssimo Juiz de Direito Marco Fábio Morsello¹⁰:

O nascedouro da atividade de transporte aéreo civil impôs investimentos vultosos, em setor à época de alto risco, que iniciava desenvolvimento considerado estratégico, com elevadas taxas de sinistro e controle estatal das denominadas companhias de bandeira, de modo que havia necessidade premente de edição de normas aptas a protegê-lo. Tendo em vista, ademais, a célere transposição de fronteiras internacionais, afigurava-se imprescindível editar diploma legal uniforme em vários países.

Desse modo, nos primórdios da exploração econômica da atividade, houve a necessidade de elaboração de normas que facilitassem seu crescimento, quebrando a difícil tarefa de adequamento a todas as normas nacional de cada país para que existisse uma uniformidade legislativa favorável àqueles que empreendiam no ramo. Foi nesta conjuntura que nasceu, em 12 de Outubro de 1929, a Convenção de Varsóvia, que

⁹ Disponível em <<https://www.iata.org/pressroom/pr/Pages/2018-09-06-01.aspx>> Acesso em 01 de Novembro de 2019.

¹⁰ MORSELLO, Marco Fábio. O Sistema de Defesa do Consumidor e sua interface com o contrato de transporte aéreo. Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, p.111-132, 2015.

posteriormente viria a ser atualizada e transformada pela Convenção de Montreal, disciplinando principalmente a responsabilidade do transportador aéreo internacional.

1.3.1 Convenção de Varsóvia

Promulgada no Brasil em 24 de novembro de 1931, por meio do Decreto No 20.704¹¹, a Convenção de Varsóvia veio com o objetivo de ser a norma reguladora específica para o transporte aéreo internacional, principalmente no ponto de uniformização dos parâmetros utilizados nos casos de indenização aos passageiros, gerando uma maior segurança ao operador de voos devido uma maior previsibilidade da quantificação monetária de riscos.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a convenção conceitua transporte internacional como “aquele cujos ponto de partida e ponto de destino, haja ou não interrupção de transporte ou baldeação, estejam situados no território de duas Altas Partes Contratantes, ou mesmo no de uma só, havendo escala prevista em território sujeito à soberania ou autoridade de outro Estado, seja ou não contratante (art.1º).O que caracteriza, portanto, o transporte internacional é o fato de o ponto de partida ou de chegada do voo localizar-se em um dos países signatários da Convenção. Não se tratando de voo doméstico, inaplicável se torna o Código Brasileiro de Aeronáutica.”¹²

No tocante à responsabilidade civil do transportador aéreo, estabeleceu um regime de responsabilidade subjetiva, baseada na demonstração de culpa, havendo a inversão do ônus da prova em favor da vítima. No art. 18¹³, item 1, e no art. 19¹⁴, aponta-se

¹¹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm> Acesso em 01 de Novembro de 2019.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto; Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25

¹³ Artigo 18. (1) Responde o transportador pelo dano ocasionado por destruição, perda ou avaria de bagagem despachada, ou de mercadorias, desde que o facto que causou o dano haja ocorrido durante o transporte aereo.(2) Transporte aereo, para os efeitos da alinea precedente, é o periodo durante o qual a bagagem, ou as mercadorias, se acham sob a guarda do transportador, seja em aerodromo, seja a bordo da aeronave, seja em qualquer outro lugar, em caso de pouso fôra de aerodromo.(8) O periodo de transporte aereo não abrange nenhum transporte terrestre, marítimo ou fluvial, effectuado fôra de aerodromo. Todavia, se na execução do contracto de transporte aereo se effectua qualquer desses transportes, para o carregamento, a entrega ou a baldeação, presume-se que o dano resultou de facto ocorrido durante o transporte aereo, salvo prova em contrario.

que o transportador responde nos casos de destruição, perda ou danificação ou atraso na entrega da bagagem, desde que o fato causador haja ocorrido durante o transporte aéreo. Já no art. 20¹⁵, abre-se a possibilidade de prova, por parte do transportador, que tomou todas as medidas necessárias para que não ocorresse o dano, ou apresentando o motivo pelo qual não foi possível tomá-las, não sendo então responsabilizado.

De início, existe a presunção de culpa do transportador, porém abre-se a oportunidade deste se eximir da responsabilização, caso demonstre que não atuou de maneira culposa, tomando todas as medidas possíveis ao seu alcance para que não ocorresse o dano. Cabe à vítima do dano comprovar apenas o acontecimento do fato, devendo o transportador demonstrar a ausência de culpa para se desobrigar do dever indenizatório.

O ponto com mais destaque, porém, é o estabelecimento, no art. 22¹⁶, de um limite indenizatório, que será abordado mais afundo na tópico seguinte e no decorrer deste trabalho. Tal limite só poderia ser ultrapassado nos casos de comprovação, por decisão judicial, de dolo ou culpa grave, como aponta o Art. 25¹⁷.

¹⁴ Artigo 19. Responde o transportador pelo damno proveniente do atraso no transporte aereo de viajantes, bagagem ou mercadorias.

¹⁵ Artigo 20.(1) O transportador não será responsavel so provar que tomou, e tomaram os seus prepostos, todas as medidas necessarias para que se não produzisse o damno, ou que. lhes não foi possivel tomal-as,(2) No transporte de bagagem, ou de mercadorias, não será responsavel o transportador se provar que o damno proveiu de erro de pilotagem, de conducção da aeronave ou de navegação, e que, a todos os demais respeitos, tomou, e tomaram os seus propostos, todas as medidas necessarias para que se não produzisse o damno.

¹⁶ ARTIGO 22. (1) No transporte de pessoas, limita-se a responsabilidade do transportador, á importancia de cento e vinte e cinco, mil francos, por passageiro. Se a indemnização, de conformidade com a lei do tribunal que conhecer da questão, puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder aquelle limite. Entretanto, por accordo especial com o transportador, poderá o viajante fixar em mais o limite de responsabilidade. (2) No transporte de mercadorias, ou de bagagem despachada, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de duzentos e cincoenta francos por kilogramma, salvo declaração especial de "interesse na entrega", feita pelo expedidor no momento de confiar ao transportador os volumes, e mediante o pagamento de uma taxa suplementar eventual. Neste caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importancia da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao interesse real que o expedidor tinha entrega. (3) Quanto aos objectos que o viajante conserve sob os guarda, limita-se a cinco mil francos por viajante a responsabilidade do transportador.(4) As quantias acima indicadas consideram-se referentes ao franco francez, constituído de sessenta e cinco e meio milligrammas do ouro, ao título de novecentos millesimos de mental fino. Ellas se poderão converter, em numeros redondos na moeda nacional de cada, paiz

¹⁷ ARTIGO 25. (1) Não assiste ao transportador o direito de prevalecer-se das disposições da presente Convenção, que lhe excluem ou limitam a responsabilidade, se o damno provém de seu dolo, ou de culpa, sua, quando, segundo a lei do tribunal que conhecer da questão, fôr esta considerada equivalente ao dolo.(2)

1.3.2 Convenção de Montreal

Com o avanço tecnológico e a consolidação econômica do setor da aviação civil internacional no decorrer do século XX, houve a necessidade de revisão das disposições estabelecidas na Convenção de Varsóvia, visando principalmente estabelecer uma justa compensação às vítimas, pois os riscos de operação para as Companhias Aéreas já não eram os mesmos de 1929.¹⁸

Alguns protocolos adicionais ocorreram ao texto, porém em 28 de maio de 1999 ocorreu a promulgação da Convenção de Montreal, diploma substitutivo à ordem até então vigente e que unificou as regras relativas ao transporte internacional de passageiros¹⁹, sendo o sistema regulador da responsabilidade civil. Em 27 de Setembro de 2006, o referido diploma internacional passou a vigorar em nosso país, por meio do Decreto n. 5.910.

A Responsabilidade Civil do Transportador e de seu dever de indenizar nos casos de dano é tratada no Capítulo 3 do referido sistema normativo. Alguns pontos de destaque vieram com a Convenção de Montreal em relação às obrigações dos transportadores aéreos.

Nos casos de lesão física ou morte do passageiro, Art. 17, Item 1²⁰, estabeleceu-se em seu art. 21²¹ um sistema de dois níveis de responsabilidade das do

Outrosim, ser-lhe-ha negado esse direito se o danno houver sido causado, nas mesmas condições, por algum de seus propositos, no exercício de suas funções.

¹⁸ MORSELLO, Marco Fábio. O Sistema de Defesa do Consumidor e sua interface com o contrato de transporte aéreo. Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, p.111-132, 2015, p. 115

¹⁹ Convenção de Montreal, Decreto n. 5.910 de 2006, preâmbulo .

²⁰ 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.

²¹ 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:

transportador, chamado *tow-tier system* (sistema de duas camadas). Fica estabelecida a responsabilidade objetiva, limitada o valor da indenização a um teto de 100.000 Direito Especial de Saque, com a impossibilidade do transportador se eximir de sua responsabilidade quando os danos excederem esta. Para além deste valor, sua responsabilidade depende da demonstração de inexistência de culpa, mostrando que não agiu com negligência, de maneira errada ou foi omissivo, ou que o dano ocorreu somente por culpa da vítima, caso contrário responderá de maneira integral ao prejuízo: um quadro de responsabilidade subjetiva com ônus da prova da empresa aérea.

Em relação ao extravio, destruição ou avaria de bagagens, estabeleceu-se a responsabilidade objetiva do transportador, não existindo a possibilidade de não ser responsabilizado caso comprove que tomou todas as medidas necessárias para que não ocorresse o dano, ou apresente o motivo pelo qual não foi possível tomá-las, como ocorria no sistema da Convenção de Varsóvia.

Essa situação é descrita no art. 22, alínea 2²², com uma limitação no valor de 1.000 Direito Especial de Saque, cotado em aproximadamente R\$5.500,00²³, no valor da indenização, existindo a alternativa de o passageiro realizar uma declaração de valor da bagagem despachada ou comprovar a existência de dolo ou culpa grave do transportador da bagagem, o que poderá exceder ao limite estabelecido para alcançar o valor declarado e compensar o dano em sua integralidade.

Pela análise das normas internacionais que regem o transporte aéreo internacional, o ponto de maior debate é o estabelecimento de um limite indenizatório nos casos em que as Companhias Aéreas causam, de algum modo, dano aos passageiros ou

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.

²² 2. No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

²³ Disponível em: <<https://cuex.com/pt/xdr-br/>>. Acesso em: 02.11.2019

seus pertences. Como veremos adiante, essa diretiva de fixação de um teto para indenização vai de encontro com os dispositivos presentes na legislação brasileira.

1.3.3 Código Brasileiro da Aeronáutica, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor

Para entender melhor o debate que levou à apreciação do Supremo Tribunal Federal em relação a legislação aplicável nos caso de extravio de bagagem em voo internacional, é necessário passar sobre as diversas normas do nosso ordenamento jurídico que tratam sobre o transporte aéreo e a responsabilidade das Companhias Aéreas.

Código Brasileiro da Aeronáutica

Nas palavras do professor Carlos Roberto Gonçalves, O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565 de 19 de dezembro de 1986) disciplina o transporte aéreo realizado exclusivamente dentro do território nacional e foi elaborado à luz dos preceitos estatuídos na Convenção de Varsóvia.

Tal legislação é direcionada aos voos domésticos, aqueles que possuem o ponto de partida e chegada dentro do território brasileiro.

E Como aponta o doutrinador acima citado, também é base do sistema de responsabilidade do transportador nessa Lei o estabelecimento de limite indenizatório nos casos de dano a passageiros e bagagens, divergindo apenas quanto ao tipo de responsabilização prevista, escolhendo a teoria objetiva²⁴, por razão do risco da sua atividade, não podendo o operador se eximir de sua responsabilidade caso mostre que agiu sem culpa.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto; Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 215.

Sobre a sua aplicação em casos de danos ocorridos em voos no território nacional, entendeu o STJ pela não receptividade das normas contidas em tal Código pela Constituição Federal de 1988, não se aplicando às relações de consumo:

O conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica - que é anterior à CF/88 e, por isso mesmo, não se harmoniza em diversos aspectos com a diretriz constitucional protetiva do consumidor -, deve ser solucionado com prevalência daquele (CDC), porquanto é a norma que melhor materializa as perspectivas do constituinte no seu desígnio de conferir especial proteção ao polo hipossuficiente da relação consumerista. Precedente do STF.²⁵

Código Civil

Por tecer direcionamentos sobre os contratos de transporte em geral e ser pacífica a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos transtornos ocorridos em voos domésticos, o código civil não será detalhado a fundo, apenas apontaremos a ideia principal de seus dispositivos.

Em seu sistema de normas, o transportador responde pelos danos causados, sem a análise da culpa, existindo uma responsabilidade objetiva. Além disto, assim como no Código de Defesa do Consumidor, existe o princípio da reparação integral de danos.

Código de Defesa do Consumidor

Com o objetivo de proteger de proteger a parte mais frágil da relação consumerista, a constituição federal, apoiada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, predominância da ordem pública protecionista e do princípio da boa-fé contratual, elevou, por meio do inciso XXXII do art. 5²⁶, a defesa do consumidor como

²⁵ REsp 1281090, São Paulo. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 07/02/2012

²⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

princípio fundamental, sendo também uma das máximas da da ordem econômica e financeira segundo o inciso V do art. 170²⁷.

A partir de 1990, com a edição da legislação específica para as relações de consumo, Lei 8.079, as relações entre as partes nos contratos de transporte aéreo passaram a serem regidas não mais pelo Código Brasileiro da Aeronáutica.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe uma abordagem oposta à legislação internacional sobre a responsabilidade civil do transportador aéreo. Para a legislação consumerista, não é necessário a busca e análise da culpa da Empresa Aérea para que os danos causados sejam reparados.

É o que aponta o Art. 14²⁸, estabelecendo a responsabilidade objetiva do fornecedor que presta o serviço de forma defeituosa e acaba por causar dano aos consumidores, independente da extensão de culpa. Somente poderá se eximir de sua obrigação de reparar o dano caso comprove que a situação inexistiu ou foi causada por culpa do consumidor ou de terceiro.

Sendo o contrato de transporte uma obrigação de resultado, basta o consumidor comprovar que não recebeu o serviço de maneira adequada, não chegando no destino final em horário originalmente contratado ou não recebendo sua bagagem após o desembarque.

A incompatibilização entre a legislação nacional e os dispositivos das normas internacionais ficam mais claros quando se trata da limitação da responsabilidade.

O Art. 6, Inciso VI²⁹, da Lei 8076, trás o princípio da indenizabilidade irrestrita, apontando como direito básico do consumidor que a reparação de danos, tanto morais

²⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:[...]V - defesa do consumidor;

²⁸ 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.

²⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

quanto patrimoniais, seja feita de forma efetiva. Já o art. 25³⁰, veda que a obrigação de indenizar do prestador de serviço seja atenuada por alguma estipulação contratual.

Desse modo, podemos ver que não é admitido pelo sistema consumerista a limitação da responsabilidade civil, devendo ocorrer a reparação integral do dano causado ao consumidor, parte mais frágil da relação e que o diploma trouxe ampla proteção.

1.4 A antinomia jurídica existente e o posicionamento do STF sobre o tema

Há uma clara antinomia entre as diversas normas que regem o tema da responsabilidade civil do transporte aéreo. Em um panorama internacional, existe uma proteção ao transportador, ainda pela idéia já defasada de necessidade de consolidação de um mercado inseguro e com incertezas, devendo haver uma maior paridade entre as obrigações e deveres das Companhias Aéreas, independente de onde ocorreu o dano ao passageiro ou bagagem.

Já olhando para os dispositivos da nossa legislação que disciplinam o tema, tem-se uma proteção maior ao usuário do serviço, principalmente pelo Código de defesa do consumidor. Não estabeleceu-se um limite de responsabilização, tampouco se faz necessário uma análise da culpa do transportador, sendo ele obrigado a reparar o dano integralmente.

Esta divergência abriu espaço para decisões judiciais díspares. Diante disto, fez-se necessário a apreciação do tema pelo Superior Tribunal Federal, que fixou entendimento em tema de repercussão geral, como será apresentado no capítulo a seguir.

³⁰ Art. 25 É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

2 TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 210 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.331/RJ

Apreciando questão vinda do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que havia negado a aplicação da Convenção de Montreal em um caso de extravio de bagagem internacional, o Superior Tribunal Federal fixou que nos casos de voos internacionais, deve ser aplicada a legislação internacional em detrimento do Código de Defesa do Consumidor.

O Superior Tribunal Federal apreciou a questão da aplicabilidade da Convenção de Montreal frente ao Código de Defesa do Consumidor nos casos de extravio de bagagem durante o transporte de passageiros em voos internacionais, decidindo pela prevalência da legislação internacional sobre a consumerista, levando em conta o Artigo 178 da Constituição, que possui a seguinte redação:

Art. 178. 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.

Tratava-se de um caso de extravio de bagagem, em que a empresa aérea Air France figurava como Ré no processo. Havia o pedido de indenização por danos materiais, em decorrência do extravio definitivo dos pertences da parte autora durante a realização do trajeto objeto do contrato de transporte, e morais, devidos por todo o transtorno causado à parte autora pela falha na concretização do serviço contratado.

No julgamento em segunda instância, o Tribunal do Rio de Janeiro havia decidido pela aplicação integral do Código de Defesa do Consumidor, afastando a limitação do dano material imposta pela Convenção de Montreal. Utilizou-se da argumentação de que a constituição deu uma tutela especial às relações de consumo, pelo inciso XXXII do Artigo 5º, devendo as disposições da legislação consumerista prevalecer por sua especificidade. Manteve ainda a condenação por danos morais.

No recurso extraordinário apresentado, a Ré argumentou a violação do Art. 178 da Constituição, que dá força às convenções internacionais que versem sobre transporte internacional de passageiros sobre a legislação nacional.

Na votação da demanda em questão pelo Tribunal Constitucional, fixou-se a predominância da legislação internacional, aplicando-se a limitação da responsabilidade civil da Empresa Aérea nos casos de extravio de bagagem de em voo internacional.

Apesar da Constituição Federal haver concebido uma proteção constitucional sobre as relações consumeristas, incluindo a defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais, no art. 5º, inciso XXXII, o próprio texto constitucional determinou a observância dos acordos internacionais quanto à ordenação do transporte aéreo internacional. Logo, por se tratar de *lex specialis*, disciplinando uma modalidade especial de contrato enquanto a Lei 8.078 disciplina em generalidade as relações de consumo, devem prevalecer as disposições presentes nos acordos internacionais sobre o tema.

Este foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que fixou a seguinte tese na apreciação do tema 210 de repercussão geral³¹:

"Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor". (STF Supremo Tribunal Federal, RE 636.331, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 25.5.2017).

³¹ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2690180>>. Acesso em 1 de nov. 2019

2.1 Abordagem do Dano Moral na Convenção de Montreal

Ocorre que, o termo dano, constante nos artigos da Convenção de Montreal já citados neste trabalho, não é em nenhum momento especificado a fundo, sem definir seu alcance. Abre-se o debate: o limite de 1000 DES, estabelecido no artigo 22 que trata sobre o extravio de bagagem, alcançaria também os danos extrapatrimoniais?

Segundo o voto do relator Ministro Gilmar Mendes, a expressão dano não contemplaria o dano moral. Vejamos:

a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se, porque a disposição do art. 22 não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral. Corrobora a interpretação da inaplicabilidade do limite do quantum indenizatório às hipóteses de dano moral a previsão do art. 22, que permite o passageiro realizar “declaração especial” do valor da bagagem, como forma de eludir a aplicação do limite legal. Afinal, se pode o passageiro afastar o valor limite presumido pela Convenção mediante informação do valor real dos pertences que compõem a bagagem, então não há dúvidas de que o limite imposto pela Convenção diz respeito unicamente à importância desses mesmos pertences e não a qualquer outro interesse ou bem, mormente os de natureza intangível.

O Ministro do Supremo se utiliza primeiramente da natureza do bem jurídico tutelado no caso do dano moral, que não é de fácil quantificação como os danos causados ao patrimônio de um indivíduo, para justificar sua exclusão do teto indenizatório. Em seguida, apresenta a possibilidade de realização de declaração especial dos objetos despachados na bagagem como forma de ultrapassar o limite de 1.000 DES, o que demonstraria a intenção do legislador de não abarcar a seara extrapatrimonial.

Também foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber, que expôs não se estender aos danos morais o limite estabelecido na Convenção. Utilizou-se de emenda do Recurso Extraordinário 172.720 para estabelecer seu entendimento:

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - OBSERVAÇÃO MITIGADA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SUPREMACIA. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil." (RE 172720, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 06/02/1996, DJ 21-02-1997 PP-02831 EMENT VOL-01858-04 PP-00727 RTJ VOL-00162-03 PP-01093).

No entanto, a discussão não foi aprofundada, tampouco incluída no texto do tema 210 de repercussão geral definido pela Suprema Corte. Isto porque o debate na apreciação do Recurso Extraordinário 636.331 ficou limitado ao pedido da Ré, que estava buscando a alteração do entendimento do tribunal de segunda instância relativo ao dano material, requerendo o restabelecimento da decisão de primeiro grau que aplicou as regras da Convenção de Montreal.

Diante deste panorama, apesar do entendimento da aplicação dos dispositivos da Convenção nos casos de extravio de bagagem, abriu-se a oportunidade para posições e julgamentos equivocados que incluem os danos morais dentro do limite estabelecido.

Seguem estes o posicionamento desacertado, contrário à Constituição Federal de 1988, da conclusão adotada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia ao julgar sobre a aplicação da Convenção de Montreal em um caso de condenação em danos morais. Foi estabelecido o seguinte entendimento:

o conceito de «dano», subentendido no artigo 22.º, n.º 2, da Convenção de Montreal, que fixa o limite da responsabilidade da transportadora aérea pelo

prejuízo resultante, designadamente, da perda de bagagens, deve ser interpretado no sentido de que abrange tanto o dano material como o dano moral.³²

Usemos como exemplo dois julgados da primeira instância da justiça comum de São Paulo, comarca de São Paulo.

No primeiro caso, o juiz titular da 2ª Vara Cível do Foro regional de Pinheiros, ao analisar um caso de atraso de voo internacional e estabelecer como legislação aplicável as normas da Convenção de Montreal para fixação da indenização pretendida, utilizou-se da interpretação de que a expressão genérica “dano” considera tanto os danos materiais quanto os danos morais. Vejamos:

É razoável a interpretação da Convenção de Montreal, em conjunto com a Constituição Federal, no sentido de que o dano moral também esteja abrangido pela expressão "dano".

Porém, determina esta mesma Convenção que “toda indenização” está sujeita aos limites de responsabilidade previstos na Convenção (art. 29 da Convenção de Montreal).

A limitação de responsabilidade na Convenção de Montreal tem por objetivo a uniformização internacional da responsabilidade civil do transportador e não haveria sentido em considerar os danos morais não abrangidos pelos limites da convenção.

Menciono precedente da Suprema Corte Americana no caso Tseng (El Al Israel Airlines Ltd vs Tsui Yuan Tseng, 525 US 155 1999), no qual se observou que uma conclusão admitindo valores de indenização superiores aos limites da convenção conduziria a um estado de coisas em que os litigantes procurariam todos os meios possíveis para escapar do alcance da convenção se tiverem alguma esperança de que a legislação nacional venha a conceder uma indenização maior.

Entendo, pois, que o pedido de indenização por danos morais seja admissível, nos termos do art. 5º, V e X, da Constituição Federal, e que tais danos estejam abrangidos pela expressão “dano” do art. 22 da Convenção de Montreal. Porém,

³² TJUE, Processo C-63/09 (2010/C 179/10). Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:179:0010:0010:PT:PDF>> Acesso em 02 de nov. 2019.

a soma das indenizações por danos materiais e morais está limitada nos termos da Convenção de Montreal, conforme regra expressa do art. 29 da convenção.³³

Como base de sua argumentação, utilizou o art. 29³⁴, que aponta que toda reparação está sujeita aos limites estabelecidos na Convenção. Além disto, pontuou que tal posicionamento é necessário para a segurança jurídica em âmbito internacional, ocasionando em uma padronização da responsabilidade civil do transportador em âmbito internacional. Indica ainda, de maneira equivocada - como será exposto no capítulo a seguir - a compatibilidade da limitação do dano moral com o disposto no Art. 5º, inciso V e X.

No segundo caso, um atraso de 04 dias na entrega de bagagem, o Juiz titular da 3ª vara cível do Foro Regional de Pinheiros, também incluiu os danos extrapatrimoniais no teto indenizatório. Vide parte do julgado:

Os prejuízos decorrentes do atraso na entrega da bagagem estão limitados a 1.000 direitos de saque por passageiro. E tal limitação compreende todo e qualquer dano decorrente do extravio (material ou moral), já que atua sobre a responsabilidade do transportador ("a responsabilidade do transportador...se limita" – art. 22, 2); responsabilidade, por sua vez, que não exclui dano de qualquer espécie, tendo a convenção lançado mão do termo gênero - dano (art. 17-2)³⁵.

Como será demonstrado adiante, o entendimento deste julgado é antagônico ao instituto do dano moral e à maneira de como nossa Lei Maior trata da proteção dos direitos da personalidade. Com a aplicação pura e simples da Convenção de Montreal, sem uma análise sistemática do instituto da reparação patrimonial ou extrapatrimonial, alguns

³³ SÃO PAULO. Justiça Estadual. Comarca de São Paulo. 2ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros. Processo n. 1005770-94.2018.8.26.0011.

³⁴ Artigo 29 - No transporte de passageiros, de bagagem e de carga, toda ação de indenização de danos, seja com fundamento na presente Convenção, em um contrato ou em um ato ilícito, seja em qualquer outra causa, somente poderá iniciar-se sujeita a condições e limites de responsabilidade como os previstos na presente Convenção, sem que isso afete a questão de que pessoas podem iniciar as ações e quais são seus respectivos direitos. Em nenhuma das referidas ações se outorgará uma indenização punitiva, exemplar ou de qualquer natureza que não seja compensatória.

³⁵ SÃO PAULO. Justiça Estadual. Comarca de São Paulo. 3ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros. Processo n. 1004642-05.2019.8.26.0011.

magistrados estão por decidir de maneira destoante ao fixado pelo Supremo Tribunal Federal no tema 210.

3 INSTITUTO DO DANO MORAL E A IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO PELA CONVENÇÃO DE MONTREAL.

O dano moral é aquele que atinge um direito extrapatrimonial, próprio da condição humana e que possui relação direta com a dignidade do indivíduo enquanto ser humano. Direitos estes que, quando ofendido, geram transtornos e tensão no interno, atingindo bens que não são diretamente traduzidos em dinheiro, como direitos da personalidade - honra, imagem e dignidade.

Desse modo leciona Fábio Ulhoa Coelho:

A indenização por danos morais é uma compensação pecuniária por sofrimentos de grande intensidade, pela tormentosa dor experimentada pela vítima em alguns eventos danosos. Imagine o que sente a mulher estuprada, o pai que assiste ao bárbaro espancamento do filho, o paciente vítima de erro médico numa cirurgia plástica, o trabalhador honrado contra quem foi tirado indevido protesto de título. Não são sofrimentos irrelevantes, desprezíveis, facilmente absorvíveis, mesmo pelas pessoas mais amadurecidas e experimentadas. Agride os valores de justiça cultivados pela civilização do nosso tempo deixar de atender a esses doídos desdobramentos dos eventos danosos.³⁶

Utilizando-se de exemplos de situações dolorosas, como a violência sexual, física, que atingem o íntimo do ser humano e são desconexas de uma perda material, o doutrinador salienta que seria uma injustiça estes eventos danosos e transgressores de direitos fundamentais mínimos passarem despercebidos pelo crivo do judiciário, sem ensejar nenhuma reparação.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a

³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações – Responsabilidade Civil. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Os chamados direitos da personalidades, que protegem valores inerentes a todo ser humano, ligados a sua dignidade, estão atrelados a bens jurídicos extrapatrimoniais, de natureza não-econômica. E como põe nota o renomado jurista brasileiro, recebem a proteção do texto constitucional, sendo elevados a direitos fundamentais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o debate antes existente sobre a possibilidade ou não da indenização do dano moral se encerrou. Isto porque, no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, os incisos V e X do artigo 5º³⁷ trouxeram proteção ao tema, assegurando a indenização por dano moral, fixando um rol exemplificativo de direitos da personalidades³⁸ que são invioláveis e que devem ser compensados por meio de indenização caso ocorra a sua violação.

É o que bem aponta Caio Mário:

Com as duas disposições contidas na constituição, o princípio da reparação do dano moral encontrou batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz³⁹.

Esta diretriz trazida pela Magna Carta é traduzida no princípio da reparação integral. Define que toda indenização deve ser correspondente e proporcional ao dano

³⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

³⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 64

³⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 60

experimentado pela vítima, tanto em um caso de violação de bens patrimoniais quanto de bens extrapatrimoniais. O estabelecido pelo texto constitucional vai notadamente de encontro a toda possibilidade de limitação do valor da indenização por danos morais.

Impor um limite ao valor do dano moral e não reparar de maneira adequada e proporcional o abalo moral sofrido pela vítima representa na verdade uma punição a ela, pois suportaria o valor excedente ao fixado na legislação sem que este fosse devidamente compensado.

Diante deste panorama, observa-se que ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema aberto de quantificação do dano moral, devendo o juiz arbitrar o valor da condenação no momento da sentença. Como bem aponta Carlos Roberto Gonçalves⁴⁰, Não tem aplicação, em nosso país, o critério da tarifação, pelo qual o quantum das indenizações é prefixado.

Apesar de trazer uma ideia de segurança jurídica e diminuir a discrepância entre os valores concedidos à título de indenização, o sistema de tarifação não cabe aos casos de dano moral. Isto porque, pela natureza dos direitos da personalidade protegidos, deve haver uma análise subjetiva para dimensionar a extensão do prejuízo causado aos bens e valores íntimos da vítima, não cabendo uma análise objetiva de critérios tão pouco pragmáticos.

Como atenta Clayton Reis:

(...) é da maior importância que o ato de conhecer conduza o julgador a dimensionar, com a precisão possível, o dano que se operou no espírito do lesionado, ou seja, identificar situações como a repercussão do dano na sua intimidade física e psíquica; as consequências advindas na sua vida de relação; os fatores que concorreram para o seu desagravo; a perda da sua autoestima; a duração da sua dor íntima; procurar o julgador estabelecer a medida exata do preço da dor (...)⁴¹

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit. p. 371

⁴¹ REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

O sistema aberto permite que o magistério analise diversos fatores antes de chegar em um quantum indenizatório suficiente e satisfatório ao dano causado pela violação dos direitos da personalidade. Assim disciplina Silvio de Salva Venosa:

Embora possam ser estabelecidos padrões ou faixas indenizatórias para algumas classes de danos, a indenização por dano moral representa um estudo particular de cada vítima e de cada ofensor envolvidos, estados sociais, emocionais, culturais, psicológicos, comportamentais, traduzidos por vivências, as mais diversas. Os valores arbitrados deverão ser então individuais, não podendo ser admitidos padrões de comportamento em pessoas diferentes, pois cada ser humano é um universo único.⁴²

O íntimo de cada ser humano é singular, e cada sofrimento se diferencia de acordo com as características da vítima, cabendo ao magistrado na análise do caso concreto se debruçar sobre diferentes aspectos para então quantificar o dano moral.

Aqui cabe uma breve descrição de quais seriam estes aspectos e critérios a serem considerados pelo magistrado, que destacam a subjetividade de seu trabalho enquanto apreciação da questão extrapatrimonial. Nos valeremos da análise de Hector Valverde Santana⁴³:

A equidade, o bom senso, o prudente arbítrio e a razoabilidade ou proporcionalidade são critérios gerais para orientar o magistrado na fixação do valor da indenização por dano moral, sempre levando em conta a preocupação de não estabelecer um valor elevado que represente um enriquecimento indevido ou que fixe uma quantia ínfima que avilte ou menospreze o relevante direito subjetivo violado.

Os critérios específicos são encontrados nos autos. A análise do conjunto probatório possibilita o magistrado formar a sua convicção quanto ao valor da indenização por dano moral, especificamente quanto ao grau de culpa do ofensor, a repercussão social da ofensa, as condições socioeconômicas do ofensor e as condições pessoais da vítima. Assim, o valor do dano moral poderá ser majorado

⁴² VENOSA, Silvio de Salva. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 322.

⁴³ SANTANA, Hector Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. *Revista de informação legislativa*, v. 44, n. 175, p. 21-40, jul./set. 2007.

ou minimizado em face da análise dos critérios específicos, possibilitando ao magistrado determinar uma quantia adequada como reação do ordenamento jurídico à violação dos direitos da personalidade, sempre objetivando a tutela do princípio maior: a dignidade da pessoa humana.

Tanto os critérios gerais quanto os específicos utilizados no arbitramento do valor da indenização são abstraídos do confronto da norma com o caso concreto, com análise de suas particularidades descritas nos autos e nas provas apresentadas. Os direitos da personalidade não comportam um enquadro objetivo prévio, impossibilitando uma avaliação pecuniária rápida e por critérios diretos e pragmáticos para chegada ao valor da indenização.

Como bem lembrado, a dignidade da pessoa humana, segundo o inciso III do artigo 1º, é um dos fundamentos do Estado Brasileiro⁴⁴, e envolve uma segurança ao bem-estar do ser humano, abrangendo tanto sua integridade física quanto a proteção integral de seus sentimentos e sensações. Nos casos de falha na prestação do serviço por parte do transportador aéreo, tem-se uma situação em que o passageiro fica refém, circunstância de impotência frente ao imperioso aparato operacional da Companhia Aérea.

Há por consequência desequilíbrio da tranquilidade, prejudicação do tempo e organização mental do envolvido na lesão decorrente de erro na prestação do serviço, e a dignidade do ser humano presente nestas causas deve ser protegida, e, caso violada, ressarcida por meio de uma indenização que condizente com as dores e os sofrimentos causados, visando coibir a postura do ofensor e dar à vítima alguma recompensa pelo dano sofrido.

Após a análise do instituto do dano moral, com a proteção dos direitos da personalidade pela Lei Maior de nosso país ao defender o íntimo do cidadão brasileiro, percebemos a incompatibilidade deste com a limitação imposta pela Convenção de Montreal.

⁴⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

Instituir o entendimento de que o teto estabelecido na Convenção de Montreal abrange também os danos materiais seria sobrepô-la à Constituição Federal. Válido citar o voto do Ministro Marco Aurélio, relator do Recurso Extraordinário 172.720:

[...] O artigo 22 da Convenção de Varsóvia diz respeito, em si, ao transporte de mercadorias e de bagagem despachada, cuidando do ressarcimento por quilograma e dos objetos que o viajante conservar sob sua guarda. à toda evidência, portanto, não se tem, na forma tarifada, a inclusão dos danos morais. De qualquer maneira, na hipótese vertente, a entender-se que a Convenção de Varsóvia exclui a responsabilidade das companhias aéreas por danos morais, há de se ter presente que o conflito não se figuraria entre a citada convenção e lei emanada do Congresso Nacional, mas com a própria Carta da República, vindo à balha, assim, a supremacia desta.[...]⁴⁵

Utiliza ainda o relator de lição do Ministro Francisco Rezek, que diz que somente existe prevalência de um tratado quando o conflito envolve lei editada pelo congresso nacional. Além do mais, destaca o §2º do Art. 5º⁴⁶ da Constituição Federal, não devendo ser descartados os direitos e garantias fundamentais previstas neste artigo frente a dispositivos incorporados ao regime jurídico interno vindos de legislação internacional.

Logo, por usufruir o status de lei ordinária, pois foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto ° 5910, seria inviável assumir que a Convenção trata de dano moral, uma vez que, além de não tratar expressamente da lesão extrapatrimonial, está abaixo das normas fundamentais sobre o tema estabelecidas no artigo 5º da Constituição Federal.

Os dispositivos da Convenção de Montreal sempre trazem somente a palavra dano, não especificando a natureza deste. Não devemos ir em direção à interpretação extensiva deste instituto para incluir a lesão extrapatrimonial no teto indenizatório, pois

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 172.720/RJ. Segunda Turma. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 06/02/1996. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=219795>>, Acesso em 03 de nov. 2019.

⁴⁶ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

estariamos diante de uma situação de desrespeito aos direitos primeiros estabelecidos pelo Art. 5º.

Mais um ponto mostra com clareza que devemos seguir o teto indenizatório de 1.000 Direito Especial de Saque somente em relação ao dano material. Como abordado no Primeiro Capítulo deste trabalho, quando tratamos da responsabilidade civil do transportador segundo tal Convenção, existe a possibilidade do passageiro de voo internacional realizar uma declaração especial de valor, especificando à companhia aérea envolvida no traslado de sua bagagem todos os bens aí presentes e sua valoração monetária.

Caso realize esse procedimento de declaração de valores, pagando inclusive taxa suplementar para tanto, a responsabilidade do transportador se desvincula do limite indenizatório fixado, devendo ser ressarcido de maneira integral o valor confesso anteriormente ao traslado da bagagem. Abre-se a questão: estaria então, a declarar seus bens ao transportador, também incluindo seus bens morais e íntimos, que, no caso de um extravio de bagagem, passariam a não ser mais limitados?

Por óbvio a resposta aqui é não. Quando tratou-se do dano no caso de perda, extravio ou avaria da bagagem em seu Artigo 22, a Convenção não incluiu o dever de reparação pelo dano extrapatrimonial causado em decorrência da falha na prestação de serviço.

Assim expôs a ementa do Recurso Extraordinário 172.720 já citado acima, em que a Suprema Corte decidiu que nos casos de falha na prestação de serviço no transporte aéreo internacional, também há o dever de indenizar pelo dano extrapatrimonial causado ao passageiro, que deve seguir os dispositivos constitucionais sobre o tema:

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - OBSERVAÇÃO MITIGADA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SUPREMACIA. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de

desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil." (RE 172720, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 06/02/1996, DJ 21-02-1997 PP-02831 EMENT VOL-01858-04 PP-00727 RTJ VOL-00162-03 PP-01093).

Como demonstrado nos pontos acima, os danos morais devem ser abordados e aplicados com base nos dispositivos constitucionais. A própria natureza deste instituto e a proteção concedida pela força normativa dada pela Carta Magna demonstram que não é viável condicioná-lo a uma tarifação ou limitação, como faz o entendimento errôneo de que a Convenção de Montreal trata também dos danos extrapatrimoniais.

4 CONCLUSÃO

A pesquisa buscou analisar em primeiro lugar o instituto da responsabilidade civil, conceituando-o e abordando seus tipos, para então chegar à questão do dever de indenização das Companhias Aéreas quando houver a prestação de serviços de forma defeituosa. Foi esboçado um exame inicial sobre os diversos textos normativos que regulam esse tema, passando pela legislação internacional, hoje centralizada na Convenção de Montreal, e sua divergência de entendimento quando comparada com os dispositivos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, principalmente quanto a existência de uma limitação ao dever de indenizar do transportador aéreo.

Mostrou que, em decorrência deste desencontro de direcionamentos normativos das legislações, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu entendimento em repercussão geral sobre o tema ao julgar o Recurso Extraordinário 636.331, estabelecendo que, nos casos de extravio, perda ou avaria da bagagem, a legislação a ser aplicada seria a Convenção de Montreal, que aponta a limitação da indenização a ser paga pela Companhia Aérea.

E que, em razão do entendimento ter sido fixado preso ao que estava em discussão no pedido do recurso, abriu-se a questão central deste estudo: a impossibilidade de inclusão dos danos morais no limite estabelecido pela Convenção de Montreal. Mostrou-se que alguns magistrados fazem por aplicar este dispositivo em sua integridade, realizando uma interpretação extensiva contrária ao posicionamento da Suprema Corte e submetendo o cálculo do dano moral a um suposto sistema tarifado.

Conforme verificou-se na pesquisa, o instituto do dano extrapatrimonial é incompatível com o entendimento de que ele também deve ser contabilizado quando da quantificação da indenização a ser paga pelo extravio, perda ou quebra da bagagem, englobando a expressão dano tanto o aspecto material quanto moral.

Diferentes e acertos são os dispositivos da Constituição Federal que tratam da proteção dos direitos da personalidade, elevando-os a direitos primeiros e fundamentais, apoiados em um dos fundamentos do estado brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

A natureza subjetiva do dano moral fez com que o nosso país adotasse o sistema aberto de quantificação do dano moral, onde o magistrado irá realizar a análise no caso concreto a extensão do dano causado ao íntimo da vítima, que teve seu equilíbrio mental e sua satisfação pessoal afetada. Como cada ser humano é único, é inviável a tentativa de estabelecer um padrão para limitar o valor indenizatório devido pela lesão aos bens extrapatrimoniais protegidos por lei.

Percebeu-se que a própria redação do Art. 22 da Convenção de Montreal se direciona a englobar somente o dano material ao possibilitar a quebra do limite indenizatório estabelecido com uma declaração especial dos bens presentes na bagagem despachada.

Por todo o exposto, a problemática que surge com aplicação do decidido no tema de repercussão geral número 210 deve ser resolvida com base em uma análise primordial da figura do dano moral e sua reparação integral como estabelece a Constituição Federal. Como defendem os Ministros do Supremo Tribunal Federal citados no último capítulo deste trabalho, uma legislação com força de lei infraconstitucional não pode se sobrepor ao texto constitucional, e o dano material condizente com a limitação presente na legislação internacional não implica nem interfere na existência do dano moral, que deve seguir com base na lei nacional.

REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra. **Dosimetria do dano moral**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 17-41, abr./jun. 2013.

BRASIL. Convenção de Varsóvia. Decreto 20.704 de 24 de Novembro de 1931. Rio de Janeiro. 1931. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm>. Acesso em 29 de novembro de 2016.

_____. Código Brasileiro de Aeronáutica. Lei nº 7.565 de 19 de Dezembro de 1986. Brasília, 1986. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>. Acesso em 01 de Novembro de 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 de Novembro de 2019.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em 01 de Novembro de 2019.

_____. Convenção de Montreal. Decreto 5.910 de 27 de Setembro de 2006. Brasília. 2006. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em 01 de Novembro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 172.720/RJ. Segunda Turma. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 06/02/1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 636.331/RJ. Segunda Turma. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 06/02/1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.281.090/SP. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 07/02/2012 .

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações – Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORSELLO, Marco Fábio. **O Sistema de Defesa do Consumidor e sua interface com o contrato de transporte aéreo**. Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, p.111-132, 2015.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SANTANA, Hector Valverde. **A fixação do valor da indenização por dano moral**. Revista de informação legislativa, v. 44, n. 175, p. 21-40, jul./set. 2007.

SÃO PAULO. Justiça Estadual. Comarca de São Paulo. 2ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros. Processo n. 1005770-94.2018.8.26.0011.

_____. Justiça Estadual. Comarca de São Paulo. 3ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros. Processo n. 1004642-05.2019.8.26.0011.

TARTUCE, Flávio; **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo:MÉTODO, 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Jornal Oficial. Processo C-63/09 (2010/C 179/10). Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:179:0010:0010:PT:PDF>> Acesso em 02 de nov. 2019.

VENOSA, Silvio de Salva. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013