

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO POR DANOS A PESSOAS, BAGAGENS E CARGAS

## (caso recente de criação jurisprudencial de direito)

Fernando Noronha<sup>1</sup>

**Sumário:** Introdução; 1. A tarefa do jurista e importância da criação jurisprudencial de direito; 2. Os preceitos legais suscetíveis de invocação na matéria da responsabilidade do transportador aéreo; 3. A jurisprudência e a responsabilidade do transportador aéreo, antes do Código de Defesa do Consumidor; 4. As três correntes jurisprudenciais sobre a responsabilidade do transportador aéreo, formadas após o Código de Defesa do Consumidor; 5. Análise das três correntes jurisprudenciais; 6. A criação judicial de direito novo, na responsabilidade do transportador aéreo; Conclusão; Referências consultadas.

**Resumo:** No trabalho permanente de adequação das normas jurídicas às realidades sociais, os juízes, partindo da interpretação das leis e da integração de suas lacunas, as vezes chegam a fazer criação jurisprudencial de direito. A responsabilidade civil do transportador aéreo por pessoas, bagagens e cargas é recente e típico exemplo dessa criação de direito, com superação do regime estabelecido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica e pela Convenção de Varsóvia.

**Palavras-chave:** Interpretação da lei. Criação judicial de direito (interpretação criativa). Responsabilidade civil do transportador aéreo. Código Brasileiro de Aeronáutica, Convenção de Varsóvia e Código de Defesa do Consumidor.

**Abstract:** in the permanent work of adapting norms to social realities, judges, based on interpretation of laws and the need to fill their gaps, sometimes accomplish jurisprudential creation of right. The air carrier's civil responsibility for people, luggage and cargo is recent and typical of this creation of right, and overcomes gaps within the rules established by the Brazilian Aeronautic Code and by the Warsaw Convention.

**Key words:** Interpretation of Law. Judicial Right Creation (creative interpretation). Air Carrier civil responsibility. Brazilian Aeronautic Code, Warsaw Convention and Consumer Rights Code.

<sup>1</sup> Professor Adjunto IV da Universidade Federal de Santa Catarina (pleiteando desde 1993 uma abertura de concurso público para Professor Titular na área de Direito Civil, na qual o último realizado data de 1980).

## Introdução

Vamos procurar fazer a análise da evolução jurisprudencial em matéria de responsabilidade civil do transportador aéreo por danos a pessoas, bagagens e cargas, que nos parece ser um recente e importante exemplo de criação jurisprudencial de direito, ou de interpretação criativa, como também é designada. Esta é uma forma de produção de direito que se insere no indispensável processo de adaptação das normas editadas por via legislativa às necessidades sociais: tal adaptação é feita quase sempre por via de um processo de lenta alteração do sentido das normas legais, terminando às vezes com verdadeira criação judicial de direito novo.

Na ciência jurídica, obviamente não há laboratórios nos quais fosse possível fazer as experiências que são características das ciências da natureza. O jurista também não pode realizar trabalhos de campo, ou recorrer a questionários e outras técnicas similares, próprias de ciências sociais como a psicologia e a criminologia. Em compensação, porém, ele tem um imenso e riquíssimo campo de investigação, que é constituído pela jurisprudência: são os juízes que, no labor diário de solução dos conflitos surgidos entre os homens, mostram quais são os problemas que afligem a sociedade para que importa estabelecer regras, ou para que é preciso criar novas normas, que substituam as anteriores. Por isso, não se concebe um trabalho verdadeiramente jurídico que não mergulhe na análise da jurisprudência. Ora, um dos domínios em que essa análise é essencial, é o relativo à adaptação das normas editadas por via legislativa às necessidades sociais.

Deve ser dito que a criação jurisprudencial de direito é fenômeno bem mais freqüente do que se poderia pensar. São diversos os casos que poderiam ser indicados. Para ficarmos só no âmbito do direito privado, um importante exemplo acontecido num passado ainda recente é constituído pela regra da

responsabilidade civil objetiva dos patrões e comitentes pelos atos danosos de seus empregados ou prepostos, construída ao tempo em que o Código Civil de 1916 claramente consagrava uma regra contrária, estabelecendo que aqueles só seriam responsabilizados “provando-se que [...] concorreram para o dano, por culpa, ou negligência de sua parte” (art. 1.523). Temos aqui um exemplo típico de norma de criação jurisprudencial que revogou anterior preceito legal, como esclarecemos melhor em nota de rodapé<sup>2</sup>

---

2 No Código Civil de 1916, a responsabilidade dos patrões e comitentes pelos atos danosos praticados pelos seus empregados ou prepostos estava prevista no art. 1.521, III, do Código Civil de 1916, que era complementado pelo art. 1.523. Esses preceitos atribuíam aos patrões e comitentes um regime de responsabilidade idêntico ao dos pais e tutores (art. 1.521. I e II): todos eles só seriam responsabilizados “provando-se que [...] concorreram para o dano, por culpa, ou negligência de sua parte” (art. 1.523).

Quanto aos patrões e comitentes, esse regime de responsabilidade civil puramente subjetiva era manifestamente inadequado. Se eram eles que ficavam com os benefícios resultantes das atividades em que ocupassem os subordinados, era socialmente incompreensível que sobre eles não recaíssem eventuais prejuízos causados pelas mesmas pessoas. Se a responsabilidade dos patrões e comitentes ficasse dependente da prova de eles terem procedido com culpa (que só poderia ser *in eligendo* ou *in vigilando*: na escolha dos seus empregados ou prepostos, ou na supervisão de suas atividades), dificilmente eles poderiam ser forçados a reparar os danos causados. Não obstante ter-se chegado a conjecturar que o disposto naquele art. 1.523 se deveria a um equívoco do legislador (demandando, por isso, interpretação corretiva), a verdade é que ele resultara de uma emenda aprovada no Senado, alterando o Projeto Beviláqua, art. 1.645, que estabelecia clara presunção de culpa. A solução adotada no Senado estava na mesma linha da consagrada pelo art. 243 do Código Comercial.

Dada a inadequação da solução consagrada no Código, a jurisprudência iniciou paulatinamente trabalho de construção judicial de direito novo, o qual começou com a inversão da regra relativa à necessidade de prova de culpa; assim, os juízes passaram a sustentar ser presumida a culpa dos patrões e comitentes, como ficou bem evidenciado na Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, editada logo em 1963, ano da criação desta nova forma de revelação do direito. De início, entendia-se esta presunção como sendo suscetível de ilisão por prova em contrário (isto é, seria uma presunção relativa, *juris tantum*). Todavia, mas como esta presunção ainda não correspondia à solução mais adequada, numa segunda fase da evolução jurisprudencial passou-se a sustentar que ela era absoluta (*juris et de jure*), por conseguinte indestrutível.

O Código de 2002 consagrou a solução jurisprudencial (art. 933), mas persistiu no erro de tratar do mesmo jeito patrões e comitentes, por um lado, e pais e tutores, por outro, sujeitando todos à regra da responsabilidade objetiva. O legislador esqueceu a lição da própria jurisprudência, segundo a qual “a melhor exegese está em atribuir à responsabilidade civil dos pais uma presunção *juris tantum de culpa*”, como se afirmou, por exemplo, no acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 6-12-1994 (*JSTJ e TRF, Lex-71:78-83*): nos termos deste acórdão, “se os pais demonstraram que não faltaram com o dever de vigilância, estarão exonerados de ressarcir os danos causados pela conduta ilícita de seus filhos”. Não é difícil vaticinar que a nova solução legal acabe sendo modificada pela jurisprudência: é que quanto aos responsáveis por incapazes, não se pode falar em risco de empresa, nem em risco de atividade; também não se pode dizer que os pais devam responder pelos danos causados pelos filhos só porque os geraram, porque não é ilícito, nem antijurídico, ter filhos. A responsabilidade de pais e tutores só pode ter por fundamento, não propriamente o pátrio poder, mas os deveres de *educação* e de *guarda* (ou *vigilância*) que lhes incumbem.

Os passos que seguiremos na exposição do processo de criação judicial de direito novo, no âmbito relativo à responsabilidade do transportador aéreo, são os que constituem os tópicos referidos no Sumário inicial.

## 1. A tarefa do jurista e importância da criação jurisprudencial de direito

Atualmente não se contesta mais que, se em sistemas jurídicos como o nosso (ditos de *civil law*, por contraposição aos anglo-saxônicos, de *common law*) as normas vigentes geralmente são legisladas, existem também aquelas de origem jurisprudencial, e até algumas formuladas por via consuetudinária. O alcance de todas elas varia com o passar do tempo. Mesmo as normas legisladas estão sujeitas a mudanças de significado, operando-se uma simbiose entre aquilo que o legislador quis e as ampliações ou limitações que as necessidades sociais e os valores prevalecentes em cada época recomendam – e que a jurisprudência vai consagrando, no seu incessante labor de “aplicação” do direito, orientado pelos princípios e valores subjacentes. É por este processo que princípios e valores imperceptivelmente vão fazendo evoluir o direito que nos rege.

As forças que modelam o direito parecem poder ser reconduzidas a três categorias, que analisamos noutro lugar:<sup>3</sup> as *necessidades sociais* a satisfazer, a adequação à *natureza das coisas* e o respeito pelos princípios ético-jurídicos cristalizados nos *princípios fundamentais de direito*. As necessidades sociais determinam o surgimento da hipótese fática a normar, a natureza das coisas estabelece a ponte entre os fatos e a nova norma, garantindo a exeqüibilidade desta, e os princípios fundamentais de direito estabelecem segunda ponte, entre os valores que prevalecem na sociedade e a norma a instituir, garantindo a legitimidade desta. Se as necessidades sociais apontam a finalidade a alcançar, a natureza das coisas indicará os meios disponíveis, enquanto os princípios fundamentais de direito esclarecerão o que é legítimo fazer.

---

3 NORONHA Fernando. *Direito e sistemas sociais* – a jurisprudência e a criação de direito para além da lei. Florianópolis: EdUFSC, 1988, p. 167-89.

Essas forças, ou diretrizes do direito, são válidas para as atividades de criação de direito, quer a legislativa, quer a judicial, e ainda para as tarefas mais comuns, de interpretação das normas jurídicas e de integração das suas lacunas. Aliás “interpretação e progressiva criação do direito são uma e a mesma coisa”, como afirma Esser, “ainda que naquela se destaque mais o método estabilizador da *explicitatio* de algo implicitamente ordenado, e nesta apareça sobretudo o processo que aberta ou ocultamente pugna para alcançar um fim”.<sup>4</sup> Larenz também diz que “a interpretação da lei e o desenvolvimento judicial do direito não devem ver-se como essencialmente diferentes, mas só como distintos graus do mesmo processo de pensamento”.<sup>5</sup>

Não há que ter receio de admitir que a jurisprudência possa efetivamente criar regras de direito, apesar de o fato ser tradicionalmente negado por uma corrente de pensamento que se funda na idéia da separação absoluta dos três Poderes, a qual, aliás, é em larga medida utópica. Se o juiz não pode fazer justiça de caso concreto, se ele tem de partir sempre de um preceito de natureza geral, suscetível de aplicação a novas hipóteses fáticas que apresentem as mesmas características, a criação judicial de direito será indispensável quando o juiz, ao fim de todos os esforços de interpretação e integração de lacunas, verificar que falta no sistema vigente uma norma jurídica que regulamente a situação fática, ou que o sistema vigente oferece uma solução em relação à qual a consciência jurídica geral se sobressalte.

Postos estes esclarecimentos preliminares, passemos a ver em que termos se processou a evolução jurisprudencial em matéria de responsabilidade civil do transportador aéreo por danos a pessoas, bagagens e cargas, que levou à criação judicial de direito novo.

---

4 ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.** Barcelona: Bosch, 1961, p. 330.

5 LARENZ, Karl. **Metodología da ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997, p. 519.

## **2. Os preceitos legais suscetíveis de invocação na matéria da responsabilidade do transportador aéreo**

São essencialmente dois os diplomas editados com a finalidade específica de reger o transporte aéreo: o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565/86) e a Convenção de Varsóvia de 1929. Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), pôs-se o problema de saber se o regime de responsabilidade civil específico para as relações entre fornecedores e consumidores, por ele estabelecido, prevaleceria sobre os comandos dos outros dois diplomas, que estatuíam outro regime, sem diferenciar as pessoas envolvidas mas visando só aos transportes aéreos.

A relação antinômica entre o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia, por um lado, e o Código de Defesa do Consumidor, por outro, é restrita apenas à matéria relativa à responsabilidade civil do transportador, por ser a única em que aqueles estatutos contêm dispositivos específicos. No mais, ou seja, como observa Herman Benjamin, “em temas como o controle das cláusulas abusivas, da publicidade, dos bancos de dados, da cobrança de dívidas e das práticas abusivas (entre elas, o *overbooking*), o Código de Defesa do Consumidor reina sozinho”, salvo quando se trate de “relações tipicamente comerciais”.<sup>6</sup>

A antinomia pode ser equacionada assim: enquanto o Código de Defesa do Consumidor consagra a regra da efetiva reparação de todos os danos, “patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (cf. art. 6.º, VI) e independentemente da existência de culpa do fornecedor (cf. art. 12), já no Código Brasileiro de Aeronáutica e na Convenção de Varsóvia a responsabilidade da empresa transportadora só é ilimitada na hipótese de ocorrência de dolo ou culpa grave, sendo nos demais casos tarifada, ou seja, é a lei que fixa os valores das reparações possíveis, ou os quantitativos máximos destas.

O Código Brasileiro de Aeronáutica foi editado para reger o transporte aéreo nacional; o âmbito da Convenção de Varsóvia é o transporte internacional, assim considerado aquele que tenha o seu ponto de partida,

---

<sup>6</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. “O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor”, *Ajuris*, edição especial, março 1998, v. 2, p. 508.

ou um intermediário, ou ainda o de destino, situado fora do território nacional (Código de Aeronáutica, art. 215, Convenção de Varsóvia, art. 1.º).

No transporte aéreo nacional, o Código de Aeronáutica, no art. 257, limita a responsabilidade da empresa aérea transportadora, no caso de morte ou lesão de passageiros ou de tripulantes, ao valor correspondente a 3.500 OTN's (Obrigações do Tesouro Nacional) por pessoa. Nos casos de atraso do transporte de passageiros ou de perda ou avaria da bagagem, esse mesmo artigo e o art. 260 fixam para a indenização o teto de 150 OTN's. A indenização devida no caso de atraso, perda, destruição ou avaria de carga é limitada ao valor correspondente a três OTN's por quilo, salvo declaração especial de valor, como pagamento de taxa suplementar (art. 262). Estes tetos de indenização só deixam de valer “se for provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos” (art. 248).<sup>7</sup>

No transporte aéreo internacional, a Convenção de Varsóvia de 1929, modificada pelo Protocolo de Haia de 1955, rege-se por princípios semelhantes aos do Código Brasileiro de Aeronáutica (o que é compreensível, dado que este procurou acompanhá-la, na medida do possível): a respon-

---

7 Note-se que o § 1.º do art. 248, em redação absurda, considera como sendo uma só e única coisa o dolo e a culpa grave. O que ele estabelece é que o “dolo ou culpa grave” (como se dolo e culpa grave não fossem diferentes) ocorre “quando o transportador ou seus prepostos quiseram o resultado ou assumiram o risco de produzi-lo”. Nesta noção não está, evidentemente, contida a idéia de culpa grave. O legislador, nela, limitou-se a reproduzir a definição de *dolo* contida no art. 18, I, do Código Penal, e que certamente ele não podia ignorar. O erro do legislador é, porém, irrelevante: é claro que ao dolo sempre estará equiparada, nos seus efeitos civis, a culpa grave, considerada no seu verdadeiro significado, de extrema inconsideração.

Exemplo característico de culpa grave no transporte aéreo é procurar o piloto pousar em aeródromo “completamente fechado para qualquer tipo de operação, devido ao nevoeiro” (acórdão de 2-8-1987, do TJMS, *RT*, 626:165).

A redação absurda do § 1.º do art. 248 provavelmente representa uma tentativa de excluir a responsabilidade no caso da verdadeira culpa grave; por isso, procurou-se dar a esta uma definição equivalente à de dolo eventual. Mas o esforço foi em vão porque culpa grave é uma coisa e dolo (direto ou eventual) é outra. O artifício tentado pelos *lobbies* atuantes junto ao Ministério da Aeronáutica e ao Congresso certamente procurou tirar proveito de um dispositivo da Convenção de Varsóvia: esta, no art. 25, prescrevia que o teto de indenização não valeria em caso de “dolo ou culpa grave que, segundo a lei do foro demandado, seja considerada como equivalente ao dolo”. Esse art. 25 foi modificado pelo Protocolo de Haia de 1955, passando a afirmar que a reparação será integral em todos os casos em que “o dano resulte de um ato ou de uma omissão do transportador ou de seus prepostos, quando realizado seja com a intenção de causar o dano, seja temerariamente e com consciência de que um dano dele resultará provavelmente” (“*le dommage résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur ou de ces préposés fait soit avec l'intention de causer le dommage, soit témérairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement*”).

sabilidade é ilimitada em caso de dolo ou culpa grave e, fora disso, é tarifada, embora se estabeleçam limites de indenização bem superiores aos fixados no Código Brasileiro. As grandes companhias aéreas internacionais filiadas à IATA (*International Air Transport Association*), indo além da Convenção (e sem dúvida devido às pressões a que estão sujeitas), têm estabelecido entre elas alguns acordos (*agreements*) pelos quais, em caso de morte ou lesão de passageiros, admitem responsabilidade independentemente de prova de qualquer culpa da parte delas, mas só até ao limite de cem mil direitos especiais de saque.<sup>8</sup>

Como se vê, à luz do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia, a responsabilidade da empresa transportadora só é ilimitada na hipótese de ocorrência de dolo ou culpa grave, sendo nos demais casos tarifada. Por outras palavras, no Código Brasileiro de Aeronáutica e na Convenção de Varsóvia a responsabilidade em princípio é *objetiva* e *tarifada*; só passará a ser *subjetiva*, e neste caso *sem tarifação*, caso se prove dolo ou culpa grave da empresa transportadora ou de seus prepostos. A culpa simples (ou mera culpa) será simplesmente irrelevante: em caso de acidente devido à culpa simples não haverá outra indenização, além daquela tarifada e prevista a título de responsabilidade objetiva.

Será que o Código de Defesa do Consumidor revogou os preceitos relativos à responsabilidade civil do transportador, do Código Brasileiro de Aeronáutica ou mesmo da Convenção de Varsóvia, ou que pelo menos os derrogou, no tocante aos transportes que configurem relações de consumo?

### **3. A jurisprudência e a responsabilidade do transportador aéreo, antes do Código de Defesa do Consumidor**

Quando os tetos indenizatórios foram estabelecidos no transporte aéreo, tinha-se em vista o elevado risco empresarial ligado a essa atividade, o qual era consequência dos chamados “riscos do ar”, ou “riscos de vôo”, como acidentes aéreos ou mesmo panes no avião, atrasando a partida e, portanto, o transporte de coisa perecível, que nos tempos iniciais da avia-

---

<sup>8</sup> Os direitos especiais de saque são o instrumento de conta do Fundo Monetário Internacional, equivalendo cada um mais ou menos a um dólar e meio norte-americano.

ção eram muito altos. Por isso, na Convenção de Varsóvia os preceitos relativos à responsabilidade civil só admitiam responsabilidade nas duas hipóteses indicadas: responsabilidade ilimitada, se houvesse dolo ou culpa grave; responsabilidade limitada e objetiva, nos demais casos. Os passageiros ou os expedidores de mercadorias que desejassesem uma garantia maior, deveriam pagar o acréscimo resultante do seguro respectivo. Atualmente, porém, desapareceram as razões justificativas desse tratamento privilegiado. As estatísticas mostram que o transporte aéreo tem margens de segurança que chegam a ultrapassar as do transporte terrestre. A mais famosa companhia de seguros do mundo, a inglesa *Lloyds*, conforme dado fornecido por Herman Benjamin, “calcula que a possibilidade de morrer em desastre automobilístico é 20 vezes maior do que em desastre aéreo.”<sup>9</sup>

Se hoje a limitação de responsabilidade do transportador aéreo é, *de lege ferenda*, injustificável, ela só se pode manter no ordenamento jurídico pela força da inércia.

Nestas circunstâncias, não é de estranhar que os juízes, a quem cabe a tarefa de solucionar os apelos de justiça que surgem no seio da comunidade, tenham procurado, desde há várias décadas, dar aos textos legais “interpretações” mais condizentes com as necessidades sociais. Ora, a matéria dos transportes aéreos é um dos campos em que se tem revelado com mais clareza a criação judicial de direito.

Mesmo antes da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, fazia-se na jurisprudência prevalecente (mas não pacífica) uma distinção entre *danos ligados aos riscos do ar* e *outros danos* e afirmava-se que, se a limitação de responsabilidade estava ligada aos riscos de vôo, a tarifação só deveria valer, por exemplo, para as hipóteses de acidentes ocorridos durante o transporte aéreo, mas não para casos como os de extravio de bagagem. Assim, quando houvesse um dano que não guardasse relação com tais riscos, defendia-se a aplicação do regime comum da responsabilidade civil, e designadamente do art. 159 do Código Civil de 1916 (correspondente aos arts. 186 e 927 do Código de 2002), pelo que bastava ao

---

<sup>9</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. “O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor”, op. cit., p. 504.

lesado provar a simples culpa da empresa aérea ou de seus prepostos, para ter direito a uma indenização pela totalidade do prejuízo.

Outra jurisprudência, fiel ao princípio de que quem age com culpa deveria sempre indenizar, sem as restrições do tipo das estabelecidas para o transportador aéreo, tendia a dar como demonstrada a culpa grave, necessária para a condenação, em situações em que seria duvidosa a sua ocorrência.<sup>10</sup>

#### **4. As três correntes jurisprudenciais sobre a responsabilidade do transportador aéreo, formadas após o Código de Defesa do Consumidor**

Depois da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, comprehensivelmente subiram de tom os protestos contra o anacronismo do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia. Afinal, agora tinha-se um diploma legal resultante de preocupações sociais manifestadas não só nele como na Constituição onde ele ficou previsto (arts. 5.º, XXXII, 24, VIII e 170, V). Desde cedo delinearam-se três correntes.

Uma, mais comedida, apegou-se ao fato de a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica só se referirem a danos, sem es-

---

10 Significativo desta linha é o acórdão de um Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, de 26-1-1988 (JTACSP, Lex-123:166), do qual extraímos o seguinte extrato: "Chega a ser notório que a despressurização de uma aeronave em vôo não se reveste de fortuidade: quem quer que, por via aérea, se tenha feito transportar de um a outro ponto mais distante, por certo foi alertado sobre o fenômeno da despressurização e sobre as providências a serem tomadas para, se porventura verificado o fenômeno, evitar-lhe os efeitos, efeitos estes, portanto, que não são em absoluto impossíveis de evitar ou impedir. E daí a não exclusão de ré pela morte dos bovinos, tal como o vêm entendendo as várias Câmaras deste Egrégio Tribunal, no julgamento de recursos interpostos em processos instaurados em virtude de demandas propostas pelos proprietários de outros animais mortos no mesmo vôo. (...) no vôo internacional de que aqui se trata, tendo ocorrido a morte por asfixia de nada mais nada menos que sessenta e nove animais, não consta, e nem mesmo foi alegado pela ré, que a tripulação da aeronave tenha tomado qualquer providência para evitar a hecatombe. Agiu, pois, temerariamente, tanto que, na tentativa de encobrir a grave omissão, não realizou os obrigatórios registros no diário de bordo. Se esses registros houvessem sido feitos, a ré sem dúvida os teria trazido aos autos, procurando demonstrar que a tripulação não agiu temerariamente. Como não o fez, lícito é concluir-se pela culpa grave da tripulação, a afastar a indenização limitada da Convenção de Varsóvia".

pecificar que os danos extrapatrimoniais (ou morais em sentido amplo<sup>11</sup>) também estavam incluídos. Partindo daí, uma parte da jurisprudência passou a entender que a indenização tarifada no transporte aéreo dizia respeito apenas a danos patrimoniais e que, portanto, não estava sujeita a esse limite a reparação dos danos extrapatrimoniais.

Significativo nesse sentido é um importante acórdão do Supremo Tribunal Federal datado de 6-2-1996 (RE 172.720-9-RJ), verdadeiro *leading case*. O caso decidido era respeitante a um extravio de uma mala em viagem aérea internacional, que somente foi restituída ao passageiro quando do retorno ao Rio de Janeiro. Segundo a Alta Corte, mesmo no transporte internacional os danos extrapatrimoniais estão excluídos dos tetos indenizatórios. Se a Convenção de Varsóvia não pudesse ser entendida neste sentido, argumentou-se, haveria conflito com o disposto na própria Constituição Federal, quando esta manda reparar danos morais (em sentido amplo, ou extrapatrimoniais). Tal conflito sempre teria de ser resolvido pela prevalência da norma constitucional, dado que, conforme posição já anteriormente firmada pelo Supremo Tribunal Federal, as convenções internacionais só prevalecem sobre leis ordinárias.<sup>12</sup>

A segunda corrente, de início fortemente minoritária, foi mais longe e sustentou que a limitação da responsabilidade a tetos era contrária à ordem pública constitucional instituída em 1988, na medida em que estava em contraposição com o sistema de tutela do consumidor, previsto na

---

11 A expressão dano moral, tão corrente, pode ser entendida em duas acepções: numa, será sinônima de dano *extrapatrimonial* (hipótese em que seria conveniente falar em *dano moral em sentido amplo*), na outra referirá somente os danos à pessoa que se traduzam em lesão de sentimentos alheios (*danos anímicos*, ou *morais em sentido estrito*). É que há danos à pessoa que não podem ser chamados de morais: são os que afetam, não a integridade psíquica ou moral do lesado, mas a sua vida ou integridade física: estes são os *danos corporais*, ou *biológicos*. Tratamos mais desenvolvidamente desta matéria em **Direito das obrigações**, v. 1 (de próxima publicação), seções 8.1.2 e 8.1.3.

12 É a seguinte a ementa desse RE 172.720-RJ, que foi relatado pelo Min. Marco Aurélio: “INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA – CONVENÇÃO DE VARSÓVIA – INDENIZAÇÃO 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 art. 5.º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil”.

Carta Magna e depois traduzido no Código de Defesa do Consumidor. Por isso, pelo menos no âmbito das relações de consumo não seriam concebíveis tetos indenizatórios.

Esta corrente experimentou um processo de progressivo crescimento nos Tribunais de Justiça de diversos Estados, mas só ganhou verdadeiro destaque nacional quando foi acolhida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de 4-4-2000 (REsp. n. 169.000-RJ) que, sem votos divergentes, rompeu com o entendimento até aí adotado. Na própria ementa o acórdão proclama, referindo-se ao Código de Defesa do Consumidor, que “editada lei específica em atenção à Constituição (art. 5.º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável a existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer”. Acrescenta-se ainda que “havendo antinomia, o previsto em tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível”. O caso concreto era relativo ao extravio de uma encomenda de livros raros que eram transportados do Rio de Janeiro para Paris, mas que foram parar na Rússia, acabando por chegar ao seu destino somente um ano e meio depois, com algumas danificações. Além da reparação do dano patrimonial, o lesado ganhou 485 salários mínimos a título de dano moral (isto é, extrapatrimonial).

Esse entendimento ainda foi objeto de algumas resistências dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça: em especial, uma semana depois daquele acórdão proferido no REsp. n. 169.000-RJ, a Quarta Turma ainda decidiu, mas com um voto vencido, que “em regra, é tarifada a responsabilidade civil da empresa de transporte aéreo em decorrência de extravio de mercadoria ou bagagem, consoante art. 22 da Convenção de Varsóvia, alterada pelo Protocolo de Haia”, salvo se for “provada a ocorrência de dolo ou culpa grave” (REsp. 135.535-PB, j. 11-4-2000). Este acórdão tem duas peças notáveis, constituídas pelo voto do Relator, Min. Sálvio de Figueiredo e pelo voto-vista vencido do Min. Ruy Rosado de Aguiar, que sintetizavam bem o estado da questão, naquele momento.<sup>13</sup> Mas como era de se

---

13 O grande argumento do voto de Sálvio de Figueiredo ainda é o seguinte, que o eminentíssimo Ministro extrai de um acórdão anterior, de que foi relator o Min. Eduardo Ribeiro: “O Código Brasileiro de Aeronáutica prevê limites para indenização [...] especificamente em relação à carga [...] ‘salvo declaração especial de valor feita pelo expedidor e mediante pagamento de taxa suplementar, se

prever, a jurisprudência acabou sendo uniformizada no sentido do entendimento esposado na Terceira Turma.

Assim, quando em 24-4-2002 a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça foi chamada a decidir uns embargos de divergência em recurso especial (EResp. n. 269353-SP), referente também a um extravio de bagagem, já foi possível dizer-se que a divergência entre a Terceira e a Quarta Turmas não existia mais e que a responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento ocorreu em sua vigência, ficando afastada a indenização prevista na Convenção de Varsóvia: como afirmou o relator, ministro Castro Filho, neste caso “aplica-se o princípio da responsabilidade objetiva e se considera abusiva a cláusula que eventualmente limite a responsabilidade pelos danos causados. Partindo-se de interpretação sistemática, verifica-se que as normas previstas no Código de Defesa do Con-

---

for o caso’(art. 262). [...] Em verdade, a lei estabeleceu opção. Preferindo o expedidor pagar o frete normal, sujeitar-se-á à limitação de responsabilidade. Se lhe convier contratar de forma diversa, fará declaração especial de valor e arcará com taxa suplementar, deixando de haver a questionada restrição”.

Do voto vencido do Min. Ruy Rosado de Aguiar, são de destacar as seguintes considerações: “a regra geral que regula a responsabilidade do transportador, a encontramos nos arts. 102 e 103 do CComercial: ‘Durante o transporte, corre por conta do dono o risco que as fazendas sofrerem, proveniente de vício próprio, força maior ou caso fortuito. A prova de qualquer dos referidos sinistros incumbe ao condutor ou comissário de transportes’. ‘As perdas ou avarias acontecidas às fazendas durante o transporte, não provindo de alguma das causas designadas no artigo precedente, correm por conta do condutor ou comissário de transportes’. A limitação ao valor da indenização, que veio a ser estipulada em convenções internacionais e inserida na legislação interna [...] está em desacordo com aqueles princípios gerais, devendo por isso receber interpretação restritiva. [...] Por isso (refere-se às implicações do princípio da igualdade, inserido no art. 5.º da Constituição da República), na relação contratual do transporte aéreo é inadmissível cláusula que estabeleça nítida desigualdade entre as partes, criando situação de verdadeira exoneração de responsabilidade em favor do transportador, que não responde em termos adequados pelo mau cumprimento do contrato, além de conceder à empresa aérea benefício que não concede aos demais transportadores. A aplicação reflexa daquele princípio constitucional influi na interpretação que se deve dar às normas legais sobre a responsabilidade civil em geral (art. 159 do Civil) e à responsabilidade do transportador, em particular (arts. 102 e seguintes, do CCom), levando ao afastamento da cláusula de indenização tarifada, a qual permite minguada reparação. Alega-se que o limite da indenização somente não incide quando o passageiro faz a declaração dos valores da bagagem. Hoje, porém, na perspectiva da legislação sobre o consumo, há de se entender que a exoneração da companhia de transporte - responsável, em princípio - ocorre quando ela exige do passageiro a declaração do valor, a lhe permitir a verificação do declarado. Se a companhia deixa de tomar essa providência, não pode invocar o privilégio. Tal é a regra que se encontra no Projeto de Código Civil, aprovado pelo Senado Federal: ‘É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização’”.

sumidor são de ordem pública e interesse social, revogando, portanto, a legislação em vigor que preveja indenização restritiva por ato ilícito”.

A terceira corrente, ainda mais arrojada, invoca a Constituição para se contrapor a toda e qualquer limitação indenizatória, mesmo para além das relações de consumo e pelo menos no que disser respeito a danos à pessoa:<sup>14</sup> se, como afirma Herman Benjamin, a Constituição tem por fundamento “a dignidade da pessoa humana” e se ela tem por objetivo a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, então “os limites indenizatórios do transporte aéreo não passam pelo teste constitucional da dignidade humana, nem, muito menos, da justiça e solidariedade social”.<sup>15</sup>

## 5. Análise das três correntes jurisprudenciais

Se analisarmos do ponto de vista do direito posto as três correntes que, sobretudo após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, procuram restringir a aplicação dos dispositivos do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia, cremos que nenhuma delas tem fundamentação suficiente.

Quanto à primeira corrente (o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia dizem respeito apenas a danos patrimoniais), não parece que a Constituição tenha o alcance de determinar que todo e qualquer dano extrapatrimonial deva ser objeto de reparação. Ela não determina coisa similar nem a propósito de danos patrimoniais, em que o princípio geral foi sempre o da reparação integral, com reposição do patrimônio do lesado na situação anterior (como se afirma nos quadros da chamada teoria da diferença). O argumento tirado do fato de o dano moral (em sentido amplo) hoje ser objeto de alguns dispositivos constitucionais (os

---

14 Considerando a natureza do bem que é atingido pelo dano, este pode ser classificado em duas categorias essenciais, o *dano a coisas* e o *dano à pessoa*. O dano à pessoa ainda se subdivide em dano biológico (corporal) e anímico (moral em sentido estrito). Considerando a possibilidade de qualquer dano ter ou não, em si mesmo, um valor econômico (isto é, ser ou não suscetível de avaliação pecuniária), ele classifica-se em *patrimonial* (ou *econômico*) e *extrapatrimonial* (ou *moral, em sentido amplo*). Sobre estas distinções, v. o nosso *Direito das obrigações*, v. 1, cap. 8, seções 8.1.2 e 8.1.3 (no prelo, ed. Saraiva).

15 BENJAMIN, Antônio Herman V. “O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor”, op. cit., p. 508.

incs. V, X e XLIX do art. 5.º) não é decisivo, porque estes apenas prevêem determinadas ofensas e não parecem ter como propósito determinar a reparabilidade, sempre e em qualquer caso, dos danos extrapatrimoniais, como cremos ter demonstrado noutro lugar.<sup>16</sup> Seria absurdo incluir nas garantias fundamentais a reparação “pelo sentimento de desconforto, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala”, como se afirma no acórdão do Supremo Tribunal Federal datado de 6-2-1996 (RE 172.720-9-RJ), que atrás já se disse ser verdadeiro *leading case*.

Aliás, mesmo que os danos extrapatrimoniais estivessem excluídos dos tetos indenizatórios, isso não significaria que fossem reparáveis com fundamento diverso dos danos patrimoniais, isto é, que, no transporte aéreo, pudesse ser conhecidos com base em mera culpa. Eles continuariam sujeitos às leis especiais relativas a esse transporte. E de acordo com estas leis (Código Brasileiro de Aeronáutica e Convenção de Varsóvia), pelo menos nos casos relacionados com os riscos do ar ainda teríamos responsabilidade tarifada, salvo quando se demonstrasse dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos.

A respeito da segunda corrente (o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia não são aplicáveis no âmbito das relações de consumo), são duas as objeções que ela suscita, do ponto de vista do direito escrito que se poderia ter como vigente, se abstraíssemos das orientações jurisprudenciais cuja consolidação está em vias de criar direito novo.

Primeiro, o fato de o art. 1.º do Código de Defesa do Consumidor definir que “o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social” não significa que elas tenham de prevalecer sobre quaisquer outros preceitos jurídicos (exceto os comandos constitucionais e os de leis complementares à Constituição). Como exposto no capítulo 1, é preciso não confundir normas de ordem pública e princípios de ordem pública: estes são digamos que “pilares fundamentais” da sociedade.<sup>17</sup> O Código é lei ordinária, por

---

16 **Direito das obrigações** (de próxima publicação), v. 2, seção 10.2.3.

17 A *ordem pública* é constituída pelos princípios fundamentais tutelares de valores superiores, políticos, econômicos, morais, religiosos, tidos por essenciais na sociedade, tal como esta se encontra organizada; são princípios que reclamam vigência incondicional, quer estejam explicitamente traduzidos em normas (com freqüência de valor constitucional), quer estejam apenas

isso no mesmo plano das outras leis ordinárias.<sup>18</sup>

Depois, comete-se um equívoco quando se afirma que o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia são leis especiais perante o Código de Defesa do Consumidor, como lei geral. Só se pode dizer que dois ramos de direito estão, um em relação ao outro, numa situação de direito comum para direito especial quando o âmbito do segundo se insere totalmente dentro do âmbito maior do primeiro, só tendo como nota distintiva o acréscimo de alguns elementos específicos daquele. Só se pode falar num direito especial quando, se ele não existisse, todos os casos por ele abrangidos caíssem no âmbito do direito geral, para serem por ele regulados. Ora, não é isto que acontece com o direito das relações de consumo e com o direito da responsabilidade civil do transportador aéreo. A posição em que estes se encontram, um em relação ao outro, é a de dois direitos especiais, sendo por isso mais complexa e suscitando os problemas que tivemos oportunidade de referir.

Quanto à terceira corrente (o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia não podem impedir a reparação integral de qualquer espécie de danos, ou pelo menos de danos à pessoa), por muito louváveis que sejam os propósitos que a norteiam, pode-se dizer que no apelo que faz para princípios gerais, acaba confundindo princípios e normas –

---

implícitos no ordenamento jurídico. As *normas de ordem pública*, também chamadas de normas *imperativas*, *cogentes* ou *preceptivas* (ou ainda *injuntivas*, conforme termo que modernamente vai ganhando divulgação), contrapõem-se a normas *supletivas*, *dispositivas*, ou de *interesse particular*: as primeiras são as que se impõem aos particulares de modo absoluto, não podendo ser afastadas por estipulações dos interessados em sentido diferente; as segundas são as que se limitam a estabelecer uma regulamentação apenas para o caso de as partes interessadas nada haverem convencionado a esse respeito.

18 Não podemos concordar com os autores que sustentam que todas as leis, anteriores ou posteriores ao Código de Defesa do Consumidor, têm de se subordinar a este, só porque as normas que estabelece são “de ordem pública e interesse social”, como ele próprio refere logo no art. 1º. O fato de essas normas serem “de ordem pública e interesse social” não nos pode levar a confundir normas de ordem pública com a ordem pública, como se esclareceu na nota de rodapé anterior. E o fato, que é exato, de este constituir um “microssistema principiológico de defesa do consumidor” (“o microssistema do *Direito das Relações de Consumo*”), como muito bem aponta o mui eminente jurista que é Nelson Nery Júnior, a nosso ver não chega para sustentar a conclusão do ilustre mestre, no sentido de que as normas que contém não podem ser modificadas por “leis posteriores setorizadas, isto é, por leis que tratem de algum tema específico de relações de consumo” (in: *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 345 e 422).

ou regras e princípios, para os juristas que consideram as normas jurídicas como sendo compostas por estas duas categorias.<sup>19</sup> Ora, mesmo para

19 Temos para nós que se o direito existe em função da sociedade, não é possível ao jurista ignorar os critérios supralegais de valoração, sejam eles valores propriamente ditos, sejam, se assim se preferir, os princípios que exprimem esses valores. Robert Alexy está certo quando afirma que a diferença entre princípios e valores está em que os primeiros têm caráter deontológico, enquanto os segundos são de caráter axiológico (**Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 147), mas daí não se pode concluir, como ele faz, que “princípios e valores são o mesmo, uns sob o manto deontológico, os outros sob o manto axiológico” (p. 541). Ainda como Alexy afirma, os valores significam que algo pode ser objeto de uma apreciação, que vai do bom ao mau: “belo, valente, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou próprio do Estado de direito” são valores (p. 140). Mas quando se afirma que um determinado valor deve ser respeitado, entramos no domínio dos princípios; saímos do âmbito axiológico, para entrarmos no deontológico. Ora, nem sempre aquilo que no mundo dos valores pode ser tido como o melhor, corresponde àquilo que no mundo dos princípios se entende como devido.

Por isso, a nosso ver continua sendo conveniente distinguir *normas*, *princípios* e *valores*. O sistema jurídico é composto somente por normas e princípios: ele possui normas positivas, que são informadas por princípios jurídicos. Os princípios jurídicos têm na sua base valores, mas estes são sociais, atuam no âmbito do sistema maior da sociedade global. Os valores são ideais éticos e de política social que fazem parte da cultura de cada sociedade, são neste sentido “verdades básicas”, mas que só se transformam em verdades jurídicas quando são incorporados por princípios jurídicos. Aliás, a nosso ver, se houver que distinguir regras, normas e princípios, nós preferiríamos dizer, de acordo com a significação normal das palavras, que no âmbito jurídico existem *regras* orientadoras da conduta das pessoas e de solução dos conflitos entre estas, e que tais regras umas vezes são constituídas por *normas* e outras vezes configuram meros *princípios*. Os *princípios jurídicos* são efetivamente “mandados de otimização” como afirma Alexy (p. 86) e, nesta qualidade, são essenciais para qualquer atividade jurídica, seja de mera interpretação das normas existentes, seja de colmatação de suas lacunas, seja mesmo de criação judicial de direito. Mas como têm na sua base valores sociais, eles também são necessariamente de fundo sociológico: refletem crenças e valores sociais, sejam de ordem religiosa e moral (como bons costumes e dignidade do ser humano), sejam de ordem sócioeconômica (como “bem comum”, “natureza sagrada da propriedade”). Devido a esta sua natureza, é preciso admitir mesmo que eles podem estar influenciados pelas ideologias dominantes; é até inevitável que isso aconteça, porque as ideologias também têm peso social.

Em contraposição aos princípios, as *normas* são prescrições que, perante determinadas situações hipotéticas nelas previstas (e que constituem o pressuposto, suporte fático ou previsão normativa), desencadeiam determinadas consequências, também nelas previstas (as quais constituem o que se chama de estatuição legal, dispositivo, efeito ou consequência jurídica).

Não é possível conceber duas normas divergentes (antinônicas) e que sejam simultaneamente aplicáveis; por isso a norma posterior revoga a anterior, a especial afasta a geral, etc., de acordo com os cânones hermenêuticos que todos conhecem. Já a respeito dos princípios é normal a coexistência de dois ou mais, ainda que antinônicos; o conflito entre eles será resolvido conforme o peso de cada um, que determinará em que medida cada um deles vai influir na concreta norma reguladora do caso. A aplicação dos princípios, como diz Alexy, deve ser objeto de “ponderação” (p. 157). Todavia, a nosso ver, os princípios não podem ser objeto de direta aplicação a casos concretos: entre eles e estes há de estar sempre uma norma, mesmo quando esta quase que se limite a reproduzir um princípio e ainda nos casos em que, por inexistir no ordenamento uma norma para a hipótese, incumba ao juiz a tarefa de construir a que reputé adequada.

os partidários da corrente que distingue princípios e regras, considerando as duas categorias como sendo normas, os primeiros são somente, como coloca o constitucionalista português Gomes Canotilho, que é um dos principais defensores dessa posição, “exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Em virtude da sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da ‘justiça’, da ‘idéia de direito’, dos ‘fins de uma comunidade’), os princípios têm uma função normogenética e uma função sistêmica: são o fundamento das regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ todo o sistema constitucional”<sup>20</sup>.

Além disso, se é questionável a orientação que pretende excluir a aplicação do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia no âmbito das relações de consumo, por maioria de razão será discutível, do ponto de vista do direito posto, uma corrente que vai ainda além dela, pretendendo a reparação integral de todos e quaisquer danos verificados no transporte aéreo, por muito louváveis (insiste-se) que sejam os propósitos que a norteiam.

## 6. A criação judicial de direito novo, na responsabilidade do transportador aéreo

Independentemente do acerto ou desacerto das interpretações que postulam a prevalência do regime jurídico estabelecido no Código de Defesa do Consumidor sobre a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica, ou mesmo a superação da distinção, em matéria de danos no

---

Efetivamente, como não é possível prever (e estabelecer) normas que contemplem todas as hipóteses fáticas que podem acontecer na vida real, o juiz, quando ocorrer uma *lacuna da lei*, tem de formular, recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais (conforme a formulação contida na Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º), a norma que lhe pareça mais adequada, em conformidade com o próprio sistema; será nessa norma, por ele construída, que subsumirá o caso decidendo. Existindo lacuna, o juiz não pode deixar de formular a norma com base na qual vai decidir, porque ele não pode fazer justiça de caso concreto, tem de partir de um preceito de natureza geral, salvo nos casos em que lhe seja consentido decidir por eqüidez (cf. Código de Processo Civil, art. 127). As normas vigentes, já dissemos no início deste estudo, geralmente são legisladas, mas existem também aquelas de origem jurisprudencial, e até algumas formuladas por via consuetudinária.

20 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2 ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1036-7.

transporte aéreo, da distinção entre relações de consumo e não de consumo, o certo é que estas têm futuro, dado o anacronismo daqueles diplomas. É justo que o transporte aéreo, quando se configurar uma relação de consumo (e na esmagadora maioria dos casos da vida real será isto que acontece), seja regido por ele. Mas se isso é justo, justo também será que nas relações que não sejam de consumo os transportes aéreos deixem de estar sujeitos à regra da limitação de responsabilidade. Se as duas situações não forem equiparadas, então naqueles transportes aéreos em que não se verifique uma relação de consumo, os lesados apenas poderão invocar em seu favor a distinção entre danos relacionados ou não com riscos do ar, anterior à Constituição de 1988 e ao Código de Defesa do Consumidor.

*De lege ferenda*, não há dúvida de que a melhor solução seria aquela propugnada pela terceira corrente: equiparação entre relações de consumo e não de consumo, para efeitos indenizatórios, no transporte aéreo. Ora, parece que os juízes são sensíveis a esse fato e parece mesmo que, independentemente dos argumentos invocados nos julgados, é nesse sentido que a jurisprudência caminha: um acórdão significativo nesse sentido é o do Superior Tribunal de Justiça proferido no REsp. 171.506-SP (julgado em 21-9-2000, com um voto vencido), relativo ao extravio de uma caixa de esmeraldas em estado bruto, embarcadas por uma empresa mineradora no aeroporto de Guarulhos (SP) e que seriam lapidadas por uma outra empresa, em Nova York. Apesar de nesta relação de transporte a mineradora não reunir os requisitos indispensáveis para caracterizar o que poderemos designar de *consumidores-empresários*, foi decidido que pelo extravio das pedras a transportadora aérea devia indenização integral, por aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, e não a indenização de acordo com o peso do objeto transportado, nos termos da Convenção de Varsóvia. Sintomaticamente não se invocou, como fundamento da decisão, a distinção entre danos relacionados ou não com riscos do ar, que no caso até seria aceitável.<sup>21</sup>

---

21 Nesse julgado, afirmou-se expressamente que “a origem das cláusulas limitativas do valor indenizatório, constantes dos tratados internacionais, está em ser o transporte aéreo uma atividade que, ao tempo, apresentava risco maior do que os outros meios de transporte. Os tempos mudaram e hoje o transporte aéreo, segundo divulgam as próprias companhias de aviação, é dos mais seguros, com o que desapareceu a razão de ser a própria limitação”. Disse-se mais que o

A reiteração de uma dada solução jurisprudencial, mesmo que contrária a um preceito legal acaba constituindo direito. Como dissemos no início deste trabalho, a criação jurisprudencial de direito é possível e até está sujeita às mesmas diretrizes da interpretação do direito e da integração de suas lacunas: as necessidades sociais a satisfazer, a adequação à natureza das coisas e o respeito pelos princípios ético-jurídicos cristalizados nos princípios fundamentais de direito; a interpretação e a progressiva criação de direito, por via judicial, não são processos diferentes, antes são “distintos graus do mesmo processo de pensamento”, como afirmam Esser e Larenz; a criação judicial de direito será indispensável quando o juiz, ao fim de todos os esforços de interpretação e integração de lacunas, verificar que falta no sistema vigente uma norma jurídica que regulamente a situação fática, ou que o sistema vigente oferece uma solução em relação à qual a consciência jurídica geral se sobressalte.

Ora é sem dúvida criação judicial de direito novo o que está acontecendo no âmbito da responsabilidade civil do transportador aéreo por danos a pessoas, bagagens e cargas.

## Conclusão

Como resulta do exposto, no âmbito da responsabilidade civil do transportador aéreo por danos a pessoas, bagagens e cargas, hoje é possível dizer que vigora uma regra jurídica, de criação jurisprudencial, obrigando à reparação integral de todos e quaisquer danos, sejam a pessoas ou a coisas, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais, que aconteçam dentro de relações de consumo. E nos domínios que ficam fora das relações de consumo, caminha-se também no sentido de, a breve trecho, estabelecer regra similar.

---

Código de Defesa do Consumidor deve prevalecer no julgamento em questão, porque “tem regra expressa, considerando abusiva a cláusula que restringe direitos inerentes à natureza do contrato, como acontece no caso de exoneração ou diminuição excessiva da responsabilidade, ocasionadas pelo mau serviço”.

## Referências consultadas

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. "O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor", *in: Ajuris*, edição especial, março 1998, v. 2.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed., Lisboa: Gulbenkian, 1997.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Comentários. *In: Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- NORONHA, Fernando. **Direito e sistemas sociais - a jurisprudência e a criação de direito para além da lei**. Florianópolis: EdUFSC, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Direito das obrigações**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.