



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000227490

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012281-23.2014.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada SWISS INTERNACIONAL AIR LINES, são apelados/apelantes JOSÉ MANUEL DE OLIVEIRA SIMÕES, VITÓRIA MANUELA SIMÕES (MENOR IMPÚBERE REPRESENTADA PELO PAI), ANA JULIA SIMÕES (MENOR IMPÚBERE REPRESENTADA PELO PAI) e THEREZINHA RAQUEL DOS SANTOS SIMÕES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso dos autores e negaram provimento ao recurso da ré. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HELIO FARIA E RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 3 de abril de 2018.

Henrique Rodriguero Claviso
Relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Cível nº 1012281-23.2014.8.26.0020

(Processo de origem nº 1012281-23.2014.8.26.0020)

Apelantes Swiss Internacional Air Lines e José Manuel de Oliveira Simões e outros

Apelados Swiss Internacional Air Lines e José Manuel de Oliveira Simões e outros

Comarca São Paulo – 3ª Vara Cível do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó

Voto nº 29725

Justiça gratuita - Concessão do benefício – Presunção relativa de declaração - Requisitos legais atendidos – Benefício concedido aos autores – Observação.

Indenização – Transporte aéreo internacional – Atraso de voo - Regra de incidência – Prevalência – Decisão vinculante do STF (RE 636331 - Tema 210 de Repercussão geral e ARE 766618) - Convenção de Montreal - Decretos nºs 59/2006 e 5910/2006 e artigo 178 da Constituição Federal - Nexo causal e culpa – Reconhecimento - Problemas operacionais - Fato não classificado como circunstância extraordinária inevitável - Empresa transportadora que assumiu os riscos inerentes à atividade - Caso fortuito ou de força maior ou ato de terceiro – Não reconhecimento – Obrigação da empresa aérea de assistência material e compensação – Presunção de culpa do transportador - Artigo 21º, alínea 2, da Convenção - Responsabilidade civil do transportador e limites de indenização por danos causados, reguladas pela Convenção de Montreal (artigos 17º a 38º) de natureza compensatória (artigo 29º, da Convenção), observada a limitação do valor a que refere o artigo 22º, 1, da Convenção – Dano moral – Responsabilidade limitada e tarifada – Hipótese de incidência vinculada à prova de dolo ou culpa grave da empresa transportadora ou de seus prepostos – Inocorrência – Artigos 186 e 927, do Código Civil - Prestação de assistência material – Prova efetiva da ocorrência – Ônus da ré – Não atendimento - Ressarcimento de despesas devido – Valor de compensação – Adequação do montante fixado em Primeiro Grau – Reconhecimento por fundamento diverso – Correção monetária a partir do arbitramento e juros de mora a contar da citação (art. 405 do CC) – “Quantum” indenizatório – Arbitramento em patamar diverso do pretendido – Procedência total da ação - Aplicação da Súmula 326 do STJ – Pretensão acolhida – Sucumbência exclusiva da ré.

Recurso dos autores provido, negado provimento ao recurso da ré.

Vistos.

A r. sentença de fls. 127/1431 julgou procedente a ação de indenização por danos morais, para o fim de condenar a empresa requerida a pagar a cada um dos autores indenização por danos morais no montante R\$ 15.000,00 (quinze mil

reais), atualizado monetariamente desde o ajuizamento da ação de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e acrescido de juros moratórios legais, desde a citação. Reconhecida a sucumbência recíproca, com fulcro no artigo 86 do CPC, deverão os autores arcar com setenta por cento das custas e despesas processuais, arcando a ré com os dez por cento restantes. No mais, os autores foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre a diferença havida entre o valor pleiteado a título de danos morais e o valor efetivamente obtido, ou seja, R\$ 140.000,00, devendo este ser atualizado monetariamente de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde a propositura da ação. Por fim, o réu foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em dez por cento sobre o valor da atualizado condenação.

Apelam as partes.

A ré (fls. 155/167) pretende a reversão do julgado por entender que os fatos experimentados pelos autores não passam de mero aborrecimento e foram tomadas todas as medidas e prestada toda assistência necessária para minimizar qualquer desconforto e garantir a segurança de seus passageiros, de modo que a condenação não pode prevalecer ou deve ser diminuída para patamar razoável e proporcional. Requer a aplicação da Convenção de Montreal ao caso, com limitação da indenização a 332 “Direitos Especiais de Saque DES”.

Os autores (fls. 194/201) pedem a concessão da justiça gratuita. Insurge-se quanto ao reconhecimento da sucumbência recíproca, já que seu pedido foi integralmente acolhido, ainda que o valor da indenização obtida não corresponda ao pleiteado na inicial, em conformidade com o art. 326 do STJ.

Foram apresentados pareceres da D. Procuradoria Geral de Justiça às fls. 177/179 e 221/225).

Recursos em ordem, recebidos e com respostas (fls. 184/193 e 208/212).

É o relatório.

Inicialmente, quanto ao pedido dos autores apelantes de concessão da justiça gratuita nas suas razões recursais, é certo que a gratuidade judiciária diz respeito à garantia constitucional ao acesso ao Judiciário.

Por isso, pode ser postulado em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição (art. 99 do CPC), inclusive, porque a parte pode de um momento para o outro ter modificada a sua situação financeira.

Este é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, em caso parêlho: “Processual civil. Justiça gratuita. Requerimento em apelação. Possibilidade. Indeferimento. Intimação posterior para pagamento do preparo. Legalidade. Precedentes. Recurso provido. I - Indeferido o pedido de gratuidade da Justiça, requerido em apelação, deve-se oportunizar o pagamento posterior do preparo. II - A gratuidade judiciária

assegurada na lei e na própria Constituição é matéria que não preclui, até porque a situação geradora de sua proteção pode decorrer de atos supervenientes” (STJ-4ª Turma, Resp nº 165222/RS (9800134433), j. 20/10/98, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Esta Corte já decidiu: “Assistência Judiciária. Pleito formulado na contestação, porém não apreciado pelo Juízo. Benefício que pode ser formulado em qualquer fase da ação. Possibilidade. Art. 6º, da Lei, 1.060/50. Não transita em julgado o pedido que não foi apreciado. Processual civil. Intimação da parte através de seu procurador. Admissibilidade. Inteligência do artigo 475, 'J', § 1º, do CPC. Lei processual civil de aplicação imediata, no momento da execução. Agravo parcialmente provido para conceder os benefícios da gratuidade processual.” (AI nº 9038743-14.2009.8.26.0000, Rel. Des. Oliveira Santos, 6ª Câmara de Direito Público do TJSP, j. 29/06/2009).

Conforme se sabe, a assistência judiciária, em consonância com o disposto no art. 98 do CPC, será concedida a pessoa com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, sendo presumida como verdadeira a alegação de insuficiência deduzida pela parte, nos termos do art. 99, §3º do CPC.

Tal requisito foi devidamente atendido pelos apelantes, pois há declaração de que a recorrente é pessoa de rendimentos insuficientes e que não tem condições de arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários de sucumbência sem o prejuízo do próprio sustento, devendo ser acolhida sua pretensão, para conceder os benefícios da justiça gratuita.

No mais, os autores propuseram ação de indenização por danos morais em face da ré, tendo em vista as precárias condições físicas e morais a que foram submetidos após cancelamento de voo por problemas técnicos na aeronave de propriedade da ré, obrigados a pernoitar no chão do saguão do Aeroporto de Zurique.

Nos termos da r. sentença de Primeiro Grau, aí reconhecida a sujeição da hipótese às regras do CDC e sua prevalência em relação a Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), bem como afirmando a ocorrência da má prestação de serviços decorrente do adiamento do voo e sem posterior fornecimento de devida e adequada acomodação, reconheceu o r. Juízo dos dissabores e transtornos advindos aos autores e condenou a ré, por decorrência, no pagamento de indenização por danos morais a cada um dos autores no valor de R\$ 15.000,00.

No entanto, conforme a r. decisão vinculante do STF (RE 636331 - Tema 210 de Repercussão geral e ARE 766618), que decidiu: "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", relacionados os fatos da causa à transporte aéreo internacional – tanto que ocorrido em território estrangeiro - incidente na hipótese a Convenção de Montreal celebrada em 28 de maio de 1999, que unifica as regras relativas ao transporte aéreo internacional, observada a

regra de incidência pela aprovação no Brasil pelo Decreto nº 59/2006 e promulgada através do Decreto nº 5910/2006, nos termos da regra do artigo 178 da Constituição Federal e inerente supremacia (CF artigo 5º § 2º).

Nesse sentido, nos termos da Convenção de Montreal (artigo 1º, alínea 2), como por transporte internacional se entende todo transporte de pessoas, bagagens ou carga, efetuado em aeronaves, em que o ponto de partida e o ponto de destino - haja ou não interrupção no transporte, ou transbordo - estejam situados, ou no território de dois Estados Partes ou no território de um só Estado Parte signatário da convenção, nessa hipótese se impõe o dever de observância da referida regra de incidência.

Superada a questão relativa à regra de incidência, quanto à culpa e responsabilidade, sendo fato que, como refere a r. sentença de Primeiro Grau, o atraso de voo referido (trecho de retorno: Zurique-Brasil) se deu em razão de problemas técnicos na aeronave, ausente causa justa a excluir ou isentar a responsabilidade da ré (artigo 20º da Convenção), até porque a referência que faz ela a problemas operacionais, não lhe exclui referido ônus, uma vez que é da essência dos contratos o princípio da exigibilidade ou obrigatoriedade das convenções, ou seja, lei entre as partes, à parte lesada deve ser garantida a reparação das consequências advindas do descumprimento da obrigação, consequência essa que deriva da necessidade de segurança dos negócios jurídicos, não sendo por outra razão a regra basilar civil relativa a justiça contratual, em especial, o da boa-fé objetiva no art. 422 do Código Civil, a regular todo o direito obrigacional.

Ademais, sendo de risco o contrato de transporte aéreo, ao se responsabilizar pelo transporte dos passageiros, a empresa transportadora assumiu os riscos inerentes a esse tipo de atividade, de modo que, referidos problemas operacionais, sendo fato previsível e evitável - até porque relacionados à própria atividade da ré - problemas no trem de pouso - não pode ser considerado caso fortuito ou de força maior nem ato de terceiro, por não desligada da atividade de prestação de serviço a que vinculada a ré, bem como porque não se pode classificar referido fato como circunstância extraordinária inevitável.

Por decorrência e considerando os fatos da causa, observado o conceito jurídico de dano por violação de direito ou excesso no seu exercício (artigos 186 a 188 do Código Civil), superada a questão relativa aonexo causal, mesmo que delimitada a obrigação da ré e apelante pela regra de sujeição referida, reconhecido o descumprimento contratual sem justa causa, pela prática de ato violador de direito, de rigor a sujeição da ré à responsabilidade decorrente, que no caso, diz respeito a assistência e indenização.

A prova dos autos demonstrou que por conta do cancelamento do voo e decorrente atraso de embarque e viagem de retorno dos autores, a eles adveio preocupação, incerteza, insegurança, com o acréscimo da falta de prova pela ré da efetiva prestação de adequada assistência material aos autores, conforme reconheceu a r. sentença recorrida (fls. 129), o que justifica os danos reclamados em decorrência do atraso e ausência de assistência material.

Relativamente à assistência material - é fato que nos termos

dos regramentos pertinentes (Resolução ANAC 141/2010 e ato normativo que trata das Condições Gerais de Transporte Aéreo (CGTA) que é regido pela Resolução nº 400/2016, que define os novos direitos e deveres dos passageiros no transporte aéreo), devida pela empresa aérea aos passageiros "...a partir de 4 horas: acomodação ou hospedagem (se for o caso) e transporte do aeroporto ao local de acomodação; se o atraso for superior a 4 horas (ou a empresa já tenha a estimativa de que o voo atrasará esse tempo), ou houver cancelamento de voo ou preterição de embarque, a empresa aérea deverá oferecer ao passageiro, além da assistência material, opções de acomodação ou reembolso".

No mesmo sentido as disposições contidas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (artigos 91º, nº 1, e artigo 100º, nº 2º), bem como o Regulamento (CE) 261/2004 e Regulamento (CE) nº 1107/2006, sendo que, quanto a incidência desses regramentos, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE), indica que, "...Aos passageiros que não possam embarcar deve ser-lhes oferecido: (i) assistência (refeição, telefone e alojamento, se necessário), (ii) a escolha entre o reembolso no prazo de 7 dias (e, se necessário, o voo gratuito para o ponto de partida inicial), e o reencaminhamento ou a continuação da viagem na primeira oportunidade, ou numa data posterior acordada mutuamente e (iii) uma indenização imediata...".

Veja-se, como refere a doutrina e jurisprudência, ofende a dignidade do consumidor, de forma relevante e gravosa, o transportador que, diante da impossibilidade de embarque imediato dos passageiros, por problemas operacionais da companhia aérea, deixa de prestar a necessária e adequada assistência, causando frustração, apreensão e constrangimentos que malferem direitos da personalidade, notadamente em sua esfera de tutela da integridade psicológica.

No caso, isso faz com que, observada a presunção de culpa do transportador (artigo 21º, alínea 2, da Convenção), deva a ré indenizar os autores, observadas as disposições referentes à responsabilidade civil do transportador e limites de indenização por danos causados, reguladas pela Convenção de Montreal (artigos 17º a 38º) na forma de natureza compensatória (artigo 29º, da Convenção), que no caso abrange – pelo dever de assistência material não atendido – o dever de compensação, uma vez que o causador do dano tem o dever de recolocar a pessoa lesada em seu 'status quo ante', recompondo todos os danos havidos, observada a limitação do valor da compensação ao montante a que refere o artigo 22º, 1, da Convenção, mesmo que a prova dos autos demonstre que por conta dos fatos tenha advindo preocupação, incerteza, insegurança uma vez que, quanto à compensação moral, a indenização tarifada exclui a possibilidade de se acrescer indenização de natureza imaterial.

E isso apesar de não se desconhecer a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a não inclusão na indenização tarifada – como no caso – dos danos morais e da responsabilidade das companhias aéreas por danos morais – pela regra de supremacia das disposições constitucionais em relação às regras internacionais (tratados e convenções) e regra multidisciplinar do sistema de defesa do consumidor que visa a garantir a dignidade nas relações de consumo (artigo 4º CDC) que faz com que se entenda que a lesão a interesse jurídico personalíssimo enseja dano moral – confira-se: "São indenizáveis os danos morais e materiais decorrentes de atraso de vôo e de extravio temporário de bagagem. Inexistência de violação ao art. 178 da CF - "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" - e à Convenção de Varsóvia que, ao dispor sobre a reparação tarifada dos danos materiais referentes ao extravio de bagagem, não excluiu a garantia de indenização por danos morais prevista na CF (art. 5º, V e X)...” - ”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”. (STF, RE 172.720-RJ).

Veja-se que o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia - Montreal, no que respeita a responsabilidade da empresa transportadora, explicitam que apenas é ilimitada "na hipótese de ocorrência de dolo ou culpa grave, sendo nos demais casos é tarifada", de modo que a responsabilidade, de regra, é objetiva e tarifada, só passando a ser subjetiva - e neste caso sem tarifação - caso se prove dolo ou culpa grave da empresa transportadora ou de seus prepostos, o que determina - como refere a doutrina e jurisprudência - a exclusão da culpa simples (ou mera culpa).

Daí e por isso, no caso e observadas as disposições dos artigos 186 e 927, do Código Civil e como ensina a doutrina, “só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia, desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos” (Sérgio Cavaliere Filho, in Programa de Responsabilidade Civil, 2ª ed. Malheiros 1999), não se reconhecendo como extrapolados pela ré os limites do razoável, mesmo ocorridos os transtornos e dissabores, não se justifica o reclamo de dano moral.

Observado para tanto o conceito jurídico de dano por violação de direito ou excesso no seu exercício (artigos 186 a 188 do Código Civil e CF/88, art. 5º, incisos V e X), se sujeita o causador do prejuízo à reparação tanto moral quanto patrimonial, seja pelo resgate do estado fático anterior à violação perpetrada ou, quando impossível, mediante indenização, mesmo que independente de culpa, no caso de risco por conta da atividade (art. 927 do Código Civil), o que implica a necessidade de existência do dano efetivamente configurado - também de natureza imaterial - como pressuposto essencial e indispensável da reparação moral, até porque, quanto a esse, também a necessidade de prova da repercussão negativa, pois que, por si, não cabe indenização por danos morais a partir de vínculo contratual, sem a prova de que tenha causado o fato consequência danosa.

Não por outra razão é que se reclama a prova da

consequência danosa, pois “no plano do dano moral não basta o fato em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão prejudicialmente moral” (Yussef Said Cahali, Dano moral, pg. 703, Ed RT, 2ª ed).

Então e como já afirmado, mesmo que reconhecido os dissabores e transtornos advindos pelo fato da causa, referidos eventos não podem ser reconhecidos como dano moral, porquanto, além de evento possível – e indenizável materialmente – a situação vivenciada – por falta de prova - não se reconhece como dolosa ou de natureza grave, a ponto de romper o equilíbrio psicológico dos autores.

Confira-se, “como ensina a doutrina (*) não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito”. Deram provimento em parte à apelação. Unânime.” (Ap. Cível nº 70048952204, 10ª Câmara Cível, TJ/RS) (*Maria Celina Bodin de Moraes. Danos à Pessoa Humana, uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Ed Renovar. Rio de Janeiro. 2003).

Por decorrência, no caso, quanto ao valor da condenação, nos termos do referido julgado (STF/RE 636331), como limitado o montante ao patamar estabelecido no art. 22º da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores, observado que em caso de dano causado por atraso no voo, a responsabilidade da companhia aérea se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro (artigo 22º, I, da Convenção de Montreal), equivalente referido limite a atuais R\$ 18.717,08, como o montante fixado na r. sentença – ainda que por fundamento diverso - se adequa à essa regra posto que impôs indenização individual de R\$ 15.000,00, não se justifica a pretendida revisão, a permitir, mesmo que por fundamento diverso, se manter a indenização tal como fixada pela r. sentença de Primeiro Grau.

Observe-se, apenas, que o valor da condenação deverá ser atualizado pela Tabela Prática do TJSP a partir do arbitramento, ajustamento este de ordem pública que não implica modificação meritória do julgado, mantidos os juros de mora a partir da citação (art. 405 do CC).

E quanto à insurgência dos autores, é certo que, em se tratando de danos morais, o pedido do autor é considerado pela jurisprudência do STJ mera estimativa, que não lhe acarretará ônus de sucumbência, caso o valor da indenização seja bastante inferior ao pedido. Ou seja, sendo de natureza judicial o critério da fixação da indenização por dano moral, de rigor observar que o magistrado não se vincula aos parâmetros de valor pleiteados pela parte, de modo que a adequação da verba indenizatória em patamar diverso ao pretendido na inicial não afasta a procedência da demanda e tampouco implica em sucumbência, a teor do disposto na Súmula 326 do C. STJ: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

Assim, ainda que por fundamento diverso, impõe-se a total



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

procedência da ação proposta, nos termos acima expostos, condenando-se a ré no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no importe de 10% do valor total da condenação (art. 85, §2º do CPC).

Dá-se provimento ao recurso dos autores, e nega-se provimento ao recurso da ré.

Des. Henrique Rodrighero Clavasio
Relator