

Diritto e politica dei trasporti

rivista semestrale *open access*
di dottrina, giurisprudenza
e documentazione

Fascicolo II/2023

Promossa da
demetra
CENTRO STUDI

Anno 6, n. 11 (II-2023)

La Rivista è pubblicata dal Centro Studi Demetra (Development of European Mediterranean Transportation), con sede a Roma, via F. Civinini, 85, 00197, ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Centro Studi Demetra (*Development of European Mediterranean Transportation*), based in Rome, via F. Civinini, 85, 00197, and was registered at the Court of Rome under No. 150/2018 on 19 September 2018.

Direttore responsabile/Editor-in-Chief: Prof. Francesco Gaspari, Università degli Studi “G. Marconi” di Roma, via Plinio 44, 00193, Roma

<http://www.dirittoepoliticadeitrasporti.it/>

ISSN 2612-5056

© Centro Studi Demetra, via F. Civinini, 85, 00197, Roma

info@demetracentrostudi.it

www.demetracentrostudi.it/



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Grafica e impaginazione: Centro Studi Demetra

Pubblicato nel mese di marzo 2024

Comitato di direzione/Executive Editors

Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)
Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” – Roma e Centro Studi Demetra)

Comitato scientifico e tecnico/Scientific and Technical Board

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International - Montreal)
Prof. Marco Calabrò (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”)
†Prof. Antonio Catricalà (Università “Link Campus University” - Roma)
Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università “G. Marconi” - Roma e Pont. Ist. Orientale)
Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)
Prof. Pierre de Gioia Carabellese (Fellow of Advance HE – York, UK, e full Professor of Business Law and Regulation – ECU, Perth, Australia)
Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)
Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
Prof. Alberto Emparanza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)
Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)
Prof. Fabio Francario (Università di Siena)
Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” – Roma e Centro Studi Demetra)
Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)
Prof. Brian Havel (McGill University - Montreal)
Avv. Valentina Lener (Aeroporti 2030)
Prof. Mario Libertini (Università “Sapienza” - Roma)
Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)
Prof. Sergio Marchisio (Università “Sapienza” - Roma)
Prof. José Manuel Martín Osante (Universidad del País Vasco - Spagna)
Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)
Prof. Roberto Miccù (Università “Sapienza” - Roma)
Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Brasile)
Prof. Angelo Piazza (Università di Roma “Foro Italico”)
Prof. Aristide Police (L.U.I.S.S. “G. Carli” - Roma)
Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università di Teramo)
Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università statale di Milano)
Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università “Roma Tre” e Centro Studi Demetra)
Prof. Mario Sebastiani (Università “Tor Vergata” - Roma)
Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen - Germania)
Prof. Franco Gaetano Scoca (Università “Sapienza” - Roma)
Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università degli studi di Teramo)
Prof. Leopoldo Tullio (Università “Sapienza” - Roma)

Comitato editoriale/Editorial Board

Prof.ssa Flaminia Aperio Bella	Avv. Raissa Frascella	Dott. Marco Ragusa
Avv. Patrizia Beraldi	Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè	Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti
Prof.ssa Yolanda Bustos Moreno	Prof.ssa Annarita Iacopino	Dott.ssa Ersilia Sanginario
Avv. Luigi De Propriis	Prof.ssa Maria Assunta Icolari	Avv. Francesco Scalia
Avv. Marco Di Giugno	Avv. Emanuela Lanzi	Prof.ssa Martina Sinisi
Dott. Federico Di Palma	Dott. Antonio Mitrotti	Dott.ssa Veronica Sordi
Avv. Fabrizio Doddi	Avv. Andrea Nardi	Avv. Giovanni Terrano
Avv. Francesco Ferrara	Dott. Simone Paoli	Dott.ssa Sabrina Tranquilli
Dott. Simone Francario	Avv. Anton Giulio Pietrosanti	

Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file “.doc” alla direzione della Rivista (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) unitamente alle seguenti informazioni:

- 1) i dati personali dell’Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
- 2) un abstract in lingua inglese, che non deve superare le 1.000 battute (spazi inclusi), 5 parole chiave;
- 3) l’autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall’Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);
- 4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell’Autore:
 - a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell’Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d’autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;
 - b) che l’Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista telematica;
 - c) che le posizioni espresse impegnano l’Autore e non la Rivista;
 - d) che l’Autore esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge.

Il Comitato di direzione si riserva di non pubblicare i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste. Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti. Non si accettano scritti anonimi.

Tutti i contributi sono pubblicati in formato PDF. Si possono stampare gli “estratti” con le indicazioni tipografiche della Rivista e con la data di pubblicazione.

I criteri redazionali sono indicati nell’apposita sezione della Rivista.

Submission of contributions

Manuscripts are sent in “.doc” format to the Journal’s e-mail address (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it). The e-mail includes the following information:

- 1) Author’s personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;
- 2) abstract in Italian language of not more than 1.000 characters (including spaces), 5 key words;
- 3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);
- 4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:
 - a) that the manuscript is the result of research activity conducted by the Author and that it complies with the rules on intellectual property rights and on confidentiality of information, also with regards to the sources used;
 - b) manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another on-line Journal;
 - c) the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
 - d) the Author explicitly exonerates the Journal of all responsibility with regards to the choice to publish the manuscript, not to publish it, as well as to remove it from the Journal in the event of a breach of any legal provisions.

The Executive Editors reserve the right not to publish contributions that do not comply with the editorial criteria. Authors only are exclusively responsible for the contents of their writings. Anonymous writings are not accepted.

All contributions are published in PDF format. Off-prints may be downloaded and printed.

Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

Os Direitos do Passageiro Aéreo na Jurisprudência Portuguesa e na Justiça Europeia*

Carlos Alberto Neves Almeida

*Doutor em Direito. Professor Auxiliar do ISCTE-IUL – Instituto Universitário de Lisboa.
PhD, Assistant Professor at ISCTE-IUL – Lisbon University Institute*

Abstract

The Air Passenger Rights in the Portuguese Courts of Law and in the European Justice.

The paper gives a critical in-depth analysis on how the Portuguese courts of law have (not consistently) been applying, over the years, the exclusivity principle enacted under the 1929 Warsaw Convention, as well as under the 1999 Montreal Convention (MC99), with implications onto the passengers' rights and damages determination and limits. Grounded criticism is also raised against to the comparative judicial authority upholding the doctrine of complete preemption of the said international conventions, specially, with regards to the up-today case law established by the supreme judicial authority in the UK as well as in the USA. According to the author's view, the doctrine of complete preemption of the applying international conventions may lead to the air carrier's impunity, escaping from liability, or, to avoid such a result of absurdity, may lead to the de-characterization of the term of 'accident', broadly construing it and so making it equivalent to any neutral and aviation risks unrelated event. This distorts the 1999 Montreal Convention aim to be a shift from an air carrier/industry protection-oriented convention to a consumer protection-oriented convention and, consequently, the principle of "equitable balance of interests" (recitals 3 and 5 of the Preamble of MC99). Finally, the fact that the ECJ case law on EU Regulation 261/2004 had restructured it, so that passengers' compensation shall also apply to delays on destination equal or over 3 hours, broadening the said Regulation substantive scope to an extent beyond the non-performance of the air carriage contract respects (e.g. denied boarding, cancellation, long delay at departure) which domain the ECJ had qualified as the 'earlier stage' of regulatory substantive scope of 1999 Montreal Convention, causes the EU regulation to overlap the said Convention in contravention to the latter exclusivity principle (e.g. ruling on the air carrier liability for late arrival involving performance of the air carriage contract). Moreover, the right to compensation for late arrival under the EU Regulation holds the format of a liquidated damages compensation imposed on air carriers, where, under the MC99, the quantum of compensable damages sustained is subject to the burden of proof by the claimant. Therefore, exempting the claimant from the burden of proof upon the amount of damages – who, nonetheless, shall be entitled to claim compensation, even though no damages sustained occurred – makes the indemnity under the EU Regulation to constitute a true penalty instead of compensatory, which contravenes the MC99 principle of restitution (recital 3 and art. 29 of MC99).

* Sottoposto a referaggio/Article peer reviewed. Texto de suporte à conferência proferida pelo autor, na qualidade de relator convidado sobre o tema, nas XLV Jornadas Latino-Americanas de Direito Aeronáutico e Espacial e XIV Congresso Internacional de Direito Aeronáutico (ALADA – Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial) – 4-6 de Outubro de 2023 - São Paulo, Brasil. O texto da apresentação segue as regras de ortografia aplicáveis à língua portuguesa anteriores ao acordo ortográfico e foi revisto para publicação em Novembro de 2023.

Parole chiave: Exclusivity principle; Air carrier liability/accident; Passengers' rights; Air carrier/industry protection-oriented convention; Consumer protection-oriented convention.

Sumário — I – Nota prévia: do propósito e delimitação do objecto II – Do quadro normativo a tratar: lei competente para regular a responsabilidade civil do transportador aéreo conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo internacional de pessoas e bagagem III – Da aplicação do direito interno (lei geral) *versus* regimes internacionais especiais de *jus tractuum* (Sistema de Varsóvia/Convenção de Montreal de 1999) decidida na jurisprudência superior portuguesa IV – Dos aspectos críticos inerentes à jurisprudência comparada que pugna pela aplicabilidade à Convenção de Montreal de 1999 da *doctrine of complete preemption* V – Do Direito e da Justiça Europeus na protecção dos direitos do passageiro. 1. Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11.02. 1.1. Dos aspectos gerais. 1.2. Da recusa de embarque: pressupostos. 1.3. Do cancelamento de voo: pressupostos. 1.4. Do atraso na partida: pressupostos. 1.5. Da recusa de embarque e cancelamento de voo: efeitos. 1.6. Do atraso na partida: efeitos. 1.7. Do *downgrading* na admissão a bordo: efeitos VI – Das conclusões

I. Nota prévia: do propósito e delimitação do objecto

O presente texto traduz, no essencial, a visão crítica do autor sobre a interpretação e a aplicação por parte de alguma jurisprudência portuguesa, mas também comparada, do teor normativo dos principais textos de direito internacional público convencional originário e de direito europeu derivado, cujo objecto visa regular certos aspectos relativos aos direitos dos passageiros seja emergentes do contrato de transporte aéreo, seja decorrentes da responsabilidade civil do transportador aéreo conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo.

Ao projectar-se a abordagem de um tema como o presente, referente ao regime jurídico dos direitos do passageiro aéreo, são três as notas que, a título de intróito, se impõem.

A primeira nota prende-se com o facto de que, quando se fala nos direitos do passageiro aéreo, nem sempre as questões controvertidas suscitadas emergem necessariamente do *contrato* de transporte aéreo de pessoas e, ou, de bagagem. Tal é assim quando, em particular, estejamos perante o transporte aéreo internacional sujeito ou ao regime da Convenção de Varsóvia de 1929 – modificada, ou não –, ou ao regime da Convenção de Montreal de 1999 e se, em qualquer dos casos, se suscitarem questões de responsabilidade civil do transportador aéreo.

Na verdade, a responsabilidade civil do transportador aéreo estabelecida ao abrigo destas convenções internacionais não emerge exclusivamente do *contrato* de transporte aéreo, antes devendo ser concebida, quanto à sua fonte, origem ou natureza, como uma *responsabilidade conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo*. Em lugar da *summa divisio* entre responsabilidade obrigacional (contratual) e responsabilidade aquiliana, o legislador internacional pretendeu instituir, relativamente à generalidade das questões de responsabilidade civil emergentes do transporte aéreo, um regime *especial, uniforme, universal, e exclusivo* – isto é, sujeito ao *princípio da exclusividade* do qual decorre o *efeito preclusivo (preemptive effect)* do direito interno –, cuja aplicabilidade

terá, necessariamente, lugar de forma exclusiva, independentemente da origem ou natureza da responsabilidade ser *ex contractu* ou *ex delicti*¹.

Em segundo lugar, porque as fontes normativas que regulam a relação de transporte aéreo, se não exclusivamente, são, pelo menos, maioritariamente, de origem internacional, a análise da temática no âmbito da actividade jurisprudencial dos tribunais portugueses não pode ter-se por estanque ou situar-se à margem da análise, que urge igualmente fazer, da jurisprudência comparada desenvolvida seja noutras jurisdições de cariz nacional, seja no quadro da União Europeia pela Justiça Europeia.

Por último, e em terceiro lugar, considerando que a temática em apreço pode envolver uma panóplia indiferenciada de questões, iremos restringir o nosso objecto de estudo, por um lado, aos aspectos conexos com a prestação de serviço de transporte aéreo de pessoas e bagagens decorrentes das causas e pressupostos de responsabilidade civil do transportador aéreo, tal como tais aspectos se encontram regulados pela Convenção de Montreal de 1999, e, por outro lado, aos direitos dos passageiros previstos no direito europeu e sua compatibilização com o *princípio da exclusividade* da Convenção de Montreal de 1999. Não serão objecto de tratamento as questões relacionadas com cláusulas contratuais abusivas, designadamente, envolvendo a fixação de tarifas aéreas ou suplementos tarifários.

II. Do quadro normativo a tratar: lei competente para regular a responsabilidade civil do transportador aéreo conexa com a prestação de serviço de transporte aéreo internacional de pessoas e bagagem

A regulamentação normativa da relação jurídico-contratual em que se consubstancia a prestação de serviço de transporte aéreo tem sede em diversas fontes de direito, cuja identificação, segundo a acepção técnico-jurídica do conceito de fonte de direito, aponta quer para normas emergentes da actividade de produção legislativa interna e própria de cada Estado integrante da comunidade internacional, quer para normas emergentes do exercício, no plano internacional, do *jus tractuum*, quer ainda para normas emergentes da actividade de criação normativa subjacente e própria de certas organizações internacionais, em especial de natureza supra-estadual e regional (v.g. União Europeia). Noutros casos, aparecem-nos também normas de adesão contratual privada, estejam estas ligadas, ou não, a organizações internacionais de natureza *jusprivatística*, onde, habitualmente, convergem os diferentes sujeitos que operam no sector de actividade do transporte aéreo (v.g. *IATA-International Air Transport Association*)².

No âmbito de semelhante quadro normativo, o objecto da nossa análise restringir-se-á quer à interpretação e aplicação por alguma jurisprudência superior, nacional e comparada (em particular EUA e Reino Unido), dos regimes internacionais emergentes da Convenção de Montreal de 1999, sem, para o efeito, descurar o peso e a importância do legado histórico com origem e desenvolvimento no *Sistema de Varsóvia*³, quer à

¹ C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo e da Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo*, Coimbra, 2010, p. 440-463 e 667-668. Tal não impede o entendimento pacífico de que as convenções internacionais aplicáveis, por norma, pressupõem e têm por base a existência duma relação contratual de transporte – *id.*, p. 49, nota 8.

² C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 43 ss.

³ Integram o *Sistema de Varsóvia* quer a Convenção de Varsóvia de 1929 na sua versão originária, quer os demais instrumentos de direito internacional público que ao longo dos anos vieram introduzir modificações à Convenção de Varsóvia ou que apenas a vieram complementar, a saber, o Protocolo da Haia de 1955, a Convenção Suplementar de Guadalajara de 1961, o Protocolo da Guatemala de 1971 e os Protocolos

interpretação e aplicação do direito europeu pela jurisprudência europeia de recurso, em particular, no que concerne ao quadro normativo introduzido pelo Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos.

III. Da aplicação do direito interno (lei geral) *versus* regimes internacionais especiais de *jus tractuum* (Sistema de Varsóvia/Convenção de Montreal de 1999) decidida na jurisprudência superior portuguesa

É pacífico o entendimento de que a Convenção de Montreal de 1999, assim como também sucede à luz da Convenção de Varsóvia de 1999, institui um regime de responsabilidade civil do transportador aéreo que não só é *especial*, como também é *exclusivo*, ou seja, é informado pelo *princípio da exclusividade*, o que, a verificarem-se certos pressupostos, implica o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) de recurso subsidiário à norma geral de direito interno.

Na verdade, quer a Convenção de Varsóvia de 1929, quer a Convenção de Montreal de 1999, vieram estabelecer um regime de responsabilidade civil do transportador aéreo não apenas *especial*, mas, também, como forma de garantir a sua *uniformidade universal*, *exclusivo*, o que implica o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) da aplicação do direito interno, enquanto norma geral subsidiária. Todavia, a *exclusividade* do regime convencional de responsabilidade civil do transportador aéreo não é absoluta, no sentido da sua abrangência material, porquanto apenas abrange os conteúdos por si regulados (*substantive scope*)⁴, sendo que, no demais, dentre os conteúdos reservados à Convenção mas não directamente regulados por esta, é a própria Convenção que, directa ou indirectamente, remete para o direito interno competente⁵. Não obstante tal entendimento,

Adicionais nºs 1, 2, 3 e 4 de Montreal de 1975. Destes instrumentos, apenas o Protocolo da Guatemala de 1971 e o Protocolo Adicional nº 3 de Montreal de 1975 nunca chegaram a gozar de vigência internacional. Relativamente à Convenção Suplementar de Guadalajara de 1961, embora gozando de vigência internacional, Portugal não é parte contratante da referida convenção – neste sentido *vide* C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 47-78.

⁴ Para maiores desenvolvimentos nesse sentido, *vide* C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 447, incluindo nota 438, 459-463 e 465, nota 462. H. DRION, *Limitation of Liabilities in International Air Law*, The Hague, 1954, p. 72-73. *Vide*, em sentido contrário, posição citada e atribuída a outras fontes pelo primeiro autor em ID. *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 456-458 e nota 454.

⁵ Neste sentido, *vide* C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 52, nota 13, 62, nota 24, 74-75, nota 35, 85, nota 50, 87, nota 57, 372-386, e, em particular, 447, nota 438, e 465, nota 462, ID., *Da Responsabilidade Civil das Companhias de Aviação face ao Novo Regulamento (CE) nº 2027/97 do Conselho de 17.10*, ROA, Ano 58, III, Lisboa, Dezembro de 1998, p. 1136-1142, 1151, nota 26, e ID., *Contrato de Transporte Aéreo de Passageiros*, em *Estudos de Direito do Consumo*, Lisboa, 2017, vol. V, p. 287-373, nota 12. São as seguintes as situações em que tal sucede (desvios ao *princípio da exclusividade*): (i) determinação da *legitimidade* para o exercício do direito de acção (competência da lei designada pela norma de conflitos da *lex fori*) – artº. 24º da Convenção de Varsóvia, cuja interpretação nesse sentido viria a ser confirmada pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América em *Zicherman v. Korean Air Lines*, 1996, WL 12619 US, e artº. 29º da Convenção de Montreal de 1999; (ii) determinação dos *direitos* que assistem ao reclamante (competência da lei designada pela norma de conflitos da *lex fori*) – artº. 24º da Convenção de Varsóvia, cuja interpretação nesse sentido viria a ser confirmada pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América em *Zicherman v. Korean Air Lines*, 1996, WL 12619 US, e artº. 29º da Convenção de Montreal de 1999; (iii) afastamento ou atenuação da responsabilidade do transportador aéreo havendo *concurso de culpa* (competência da *lex fori*) – artº. 21º da Convenção de

Varsóvia; (iv) admissibilidade legal para fixação da indemnização sob a forma de *renda* ou de *pagamentos periódicos* (competência da *lex fori*) – artº. 22º, nº 1, da Convenção de Varsóvia; (v) caracterização da *culpa* do transportador aéreo ou dos seus propositos (competência da *lex fori*) – artº. 25º da Convenção de Varsóvia na versão originária. A partir do Protocolo da Haia de 1955, com a modificação introduzida à redacção do artº. 25º, a Convenção veio regular directamente a questão da caracterização da culpa do transportador aéreo ou dos seus propositos; (vi) determinação da *forma e tramitação* da acção de responsabilidade civil intentada contra o transportador aéreo (competência da *lex fori*) – artº. 28º, nº 2, da Convenção de Varsóvia e artºs. 33º, nº 4, e 45º da Convenção de Montreal de 1999; (vii) determinação da forma de *contagem do prazo de caducidade* para o exercício do direito de acção contra o transportador aéreo (competência da *lex fori*) – artº. 29º, nº 2, da Convenção de Varsóvia e artº. 35º, nº 2, da Convenção de Montreal de 1999. Sobre a caracterização do prazo para o exercício do direito de acção contra o transportador aéreo como um *prazo de caducidade*, vide, nos tribunais portugueses, Ac. do STJ, de 28 de Abril de 1988 (*Tranquilidade Seguros, EP v. Trans World Airlines - Proc. nº 75 689*), BMJ, nº 376, Maio 1988, p. 606-612, [1990] II Uniform LR 414, <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4a600e2054d7f5ed802568fc00392d04?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), Ac. do TRL de 12.03.1987 (Proc. 23985), publicado in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/04cb115d2dc963b98025680300038fc7?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), e Ac. do TRL de 07.02.2002 (Proc. 123112), publicado in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/692aa864509d24a780256bc20037965c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023). Vide, igualmente, na doutrina nacional, L. PEDREIRA, *O regime jurídico do transporte aéreo internacional segundo a Convenção de Varsóvia*, Revista da Ordem dos Advogados (ROA), Ano 13º, nºs 3 e 4, Lisboa, 1953, p. 94-123, 122, defendendo tratar-se de prazo de caducidade e não de prescrição; (viii) regulação da responsabilidade civil do transportador aéreo por *acordos especiais* mais favoráveis ao utilizador do transporte aéreo – artºs. 22º, nº 1, 23º e 32º da Convenção de Varsóvia, artº. IX, nºs 1 e 3, da Convenção Suplementar de Guadalajara de 1961, e artºs. 25º, 26º, 27º, 47º e 49º da Convenção de Montreal de 1999; (ix) imputação das custas judiciais e outras despesas do processo (competência da *lex fori*) – artº. 22º, nº 4, da Convenção de Varsóvia alterada pelo Protocolo da Haia de 1955, e artº. 22º, nº 6, da Convenção de Montreal de 1999; (x) conversão das unidades monetárias correspondentes a 65,5 mg ou a 75,5 mg de ouro fino de 900 milésimos em moeda nacional (competência da *lex fori*) – artº. 22º, nº 4, da Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo Adicional nº 1 de Montreal de 1975, artº. 22º, nº 4, da Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo da Haia de 1955 e pelo Protocolo Adicional nº 2, de Montreal de 1975, artº. 22º, nº 6, da Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo da Haia de 1955 e pelo Protocolo Adicional nº 4, de Montreal de 1975, e artº. 23º, nº 2, da Convenção de Montreal de 1999; (xi) *obrigação* de pagar adiantamentos em caso de acidente do qual resulte morte ou lesão à integridade física do passageiro (competência da lei designada pela norma de conflitos da *lex fori*) – artº. 28º da Convenção de Montreal de 1999; (xii) por último, entende-se também que, por natureza, o *princípio da exclusividade* da convenção (de Varsóvia ou de Montreal) não deve conduzir à sobreposição do regime convencional sobre o direito interno aplicável sempre que se verifique concorrência da relação contratual de transporte aéreo com *relações jurídicas contratuais primárias* constituídas anteriormente entre o transportador aéreo e o lesado (v.g. concurso com relação de trabalho subordinado), sendo que a cedência do *princípio da exclusividade* da convenção aplicável haverá que ser enquadrada no âmbito da *ratio legis* subjacente ao normativo dos artºs. 23º e 32º da Convenção de Varsóvia e dos artºs. 26º, 47º e 49º da Convenção de Montreal de 1999, isto é, desde que não implique violação de normas imperativas do regime convencional e o *regime primário* se mostre mais favorável à tutela dos interesses do passageiro. Para mais desenvolvimentos a este propósito, vide C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 379-386. Em sentido diferente, vide T. SALINAS, *Curso de Derecho Aeronautico*, Barcelona, 1980, p. 316, que considera que o viajante vinculado ao transportador por contrato individual de trabalho não pode simultaneamente ser parte de relação contratual de transporte com o seu empregador quando se desloque em missão de serviço, por se considerar, nesses casos, existir incompatibilidade entre a relação laboral e a relação de transporte (*relações contratuais incompatíveis*), acabando por concluir ser aplicável, nesses casos, o regime laboral visto que, tal como fundamenta, o transporte se efectuar em execução da relação laboral. Em sentido contrário, porém, vide H. DRION, *op. cit.*, p. 58-62, que defende que, independentemente da acção de responsabilidade se fundar no contrato de trabalho ou no contrato de transporte, o transportador poderá sempre invocar as condições e limites estabelecidos na Convenção de Varsóvia. Também D. GOEDHUIS, *National Airlegislations and the Warsaw Convention*, The Hague, 1937, p. 130, e ID., *La Convention de Varsovie*, La Haye, 1933, p. 89-90, considerando *de jure constituto* que, em

o Acórdão do STJ de 30.09.1997⁶, contrariando o *princípio da exclusividade* da Convenção de Varsóvia de 1929, modificada pelo Protocolo da Haia de 1955, julgou, de forma inadequada, ser aplicável ao caso em julgamento o disposto nos artºs 798º e 799º, nº 1, do Código Civil, bem como o regime do ónus da prova previsto no artº. 342º, nºs 1 e 2, do Código Civil, regras estas que lhe permitiram concluir no sentido de que tendo o passageiro feito prova dos factos constitutivos do seu direito a uma indemnização, a prova dos factos limitativos desse direito competia ao transportador aéreo, prova essa que, por não ter sido feita, conduziria à condenação do transportador aéreo sem sujeição aos limites da responsabilidade civil previstos na Convenção. Ao julgar nestes termos, o STJ aplicou incorrectamente o direito interno a uma relação de transporte aéreo sujeita ao *regime exclusivo* da Convenção de Varsóvia constante dos artºs. 18º, 20º, 22º e 25º da referida Convenção, que, por princípio regra, estabelece a *responsabilidade limitada* do transportador aéreo com fundamento em *presunção de culpa* – artºs. 18º, nº 1, 20º e 22º da Convenção –, e que apenas prevê a quebra dos limites de responsabilidade civil do transportador aéreo quando se prove que o dano é resultante de uma acção ou de uma omissão da entidade transportadora ou dos seus agentes feita ou com intenção de provocar um dano ou temerariamente e com a consciência de que desse facto resultará provavelmente um dano, cabendo, para o efeito, o respectivo *onus probandi* ao lesado – artº. 25º da Convenção. Com efeito, sendo o artº. 25º da Convenção de Varsóvia apenas aplicável para efeitos de quebra do limite de responsabilidade civil do transportador aéreo quando sobre ele já incide uma *presunção de culpa* que o próprio não logrou ilidir – artºs. 18º, nº 1, e 20º da Convenção –, do seu regime só pode resultar a inversão do ónus da prova: não é ao transportador que compete provar os factos limitativos da indemnização, mas ao lesado que compete provar os factos que evidenciam o dolo do transportador ou seus agentes ou propostos e que lhe permitirão quebrar o limite de responsabilidade do transportador aéreo⁷. O sentido da jurisprudência plasmada no Acórdão do STJ de 30.09.1997, laborando, diga-se, em erro de hermenêutica jurídica, teve seguimento nos Acórdãos do TRL, de 05.04.2001⁸, e de 12.02.2004 (Proc. 237/2004-6)⁹. No primeiro, o Tribunal da Relação de Lisboa, aplicando, à revelia do *princípio da exclusividade* da Convenção de Varsóvia, o direito interno, mais exactamente o artº. 342º, nº 2, do Código Civil, relativo, para efeitos do caso apreciado, ao ónus da prova dos factos limitativos do direito do lesado à indemnização, julgou que “[é] a ré transportadora que tem o ónus de provar os pressupostos desse limite de responsabilidade [,] ou seja, que não se verifica qualquer das circunstâncias previstas no artº. 25º da [...] convenção [de Varsóvia]”¹⁰. O Acórdão sustenta, desta forma, existir um desvio à disciplina geral da responsabilidade contratual traduzida na fixação de um limite indemnizatório, socorrendo-se, ainda e para

tais situações, o transportador deverá responder nos termos da Convenção de Varsóvia, embora de *jure condendo* defenda que a responsabilidade deveria ser tratada no âmbito da relação de emprego.

⁶ CJ, Ano V, Tomo III, 1997, p. 37-41.

⁷ Tecendo, igualmente, reparo sobre o julgamento plasmado no Acórdão do STJ de 30.09.1997, *vide* M. DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil do transportador aéreo*, *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XII, 1998, Tomo 2, p. 71-94, 74, nota 8.

⁸ CJ, Ano XXVI, Tomo II, p. 101-103, embora versando sobre o transporte aéreo de mercadoria, mas envolvendo, igualmente, perda por extravio.

⁹<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/94ff7fc70476a95680256eb7005663f3?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), pese embora versar também sobre o transporte aéreo de mercadoria, mas envolvendo, igualmente, perda por extravio.

¹⁰ CJ, Ano XXVI, Tomo II, p. 101.

o efeito, da fundamentação subjacente ao Acórdão do STJ, de 20 de Maio de 1997¹¹, que, envolvendo um caso de perda de mercadoria no âmbito da execução de um contrato de transporte internacional por estrada, e, por isso, não sujeito ao regime convencional aplicável ao transporte aéreo internacional, à data, a Convenção de Varsóvia, mas aplicando o direito interno, concluíra que “[n]a medida em que o «direito» da Ré à limitação de indemnização surge (...) como «meio de defesa», sobre ela recaía o ónus da alegação e prova – que não cumpriu – dos factos (...), donde pudesse emergir o limite indemnizatório da sua responsabilidade”¹². No segundo julgamento, do ano de 2004, relativamente a factos ocorridos, igualmente, ao abrigo da Convenção de Varsóvia de 1929, modificada pelo Protocolo da Haia de 1955, o mesmo tribunal de recurso julgou no sentido de que “[c]ompete ao transportador aéreo a alegação e prova dos factos limitativos da respectiva responsabilidade civil” e que “[a] falta de cumprimento desse ónus obriga o transportador a indemnizar o lesado sem a limitação prevista na Convenção de Varsóvia”. Para tal, também aqui o tribunal de recurso se socorreu da aplicação do direito interno, considerando que, para efeitos do art.º 25º da Convenção de Varsóvia de 1929, modificada pelo Protocolo da Haia de 1955, onde ali se preceitua que “[o]s limites de responsabilidade previstos no art.º 22 não se aplicam se se provar que o dano é resultante de uma acção ou de uma omissão da entidade transportadora ou dos seus agentes feita ou com intenção de provocar um dano ou temerariamente e com consciência de que desse facto resultará provavelmente um dano”¹³, o cumprimento do ónus da prova deveria, nos termos do art.º 342º, n.º 2, do Código Civil, recair sobre o transportador. Com efeito, o tribunal julgou que a aplicação da norma do art.º 342º, n.º 2, do Código Civil, que preceitua que “[a] prova dos factos impeditivos, modificativos, ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita”, se impunha, a título de norma geral e complementar do regime estabelecido no art.º 25º da Convenção. Assim, tendo considerado esse incumprimento imputável à entidade transportadora, o tribunal concluiu não ter sido ilidida a presunção de culpa decorrente do art.º 799º, n.º 1, do Código Civil, o que, nos termos e para os efeitos do art.º 798º do Código Civil, permitiria concluir pela falta culposa do transportador no cumprimento da obrigação, tornando-se este responsável pelo prejuízo causado ao credor sem sujeição a qualquer limite de responsabilidade. Esta interpretação, mais uma vez, em clara violação do *princípio da exclusividade* da Convenção, desvirtua o modelo normativo da responsabilidade civil ali previsto ao abrigo do qual a responsabilidade civil do transportador aéreo com fundamento na mera *presunção de culpa* é sempre *limitada*. O Supremo Tribunal de Justiça acabaria por inverter o sentido desta jurisprudência que se seguira ao Acórdão do STJ de 30.09.1997, adoptando, em 2006, aquela que deve ser a interpretação correcta das convenções aplicáveis ao transporte aéreo internacional de pessoas e bens, o que fez através do seu Acórdão de 7 de Novembro de 2006, no Processo n.º 06A2847 (Salreta Pereira)¹⁴, votado por unanimidade, e a que se seguiriam outras

¹¹ CJ, 1997, Tomo II, p. 84-86.

¹² *Id.*, p. 86.

¹³ Decreto-Lei n.º 45069 de 12.06.1963, rectificado pela Declaração de Rectificação publicada no Diário do Governo, n.º 169, Iª série, de 19.07.1963, e Aviso de ratificação publicado no Diário do Governo, n.º 259, Iª série, de 05.11.1963.

¹⁴ <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f2c82ebcc6e102b4802572910053db05?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023): “[o] transportador só responderá acima dos limites previstos no art.º 22º, n.º 2, quando o dano resultar do seu dolo ou da sua culpa, que, segundo a lei portuguesa, for equivalente ao dolo. Esta é a excepção à regra do limite da responsabilidade da Ré, cabendo ao Autor o ónus de provar a ocorrência das circunstâncias aí previstas”.

decisões em sentido semelhante, designadamente, o Acórdão de 20 de Maio de 2014, proferido no Processo nº 5808/09.9TVLSB.L1.S1 (Gregório Silva Jesus)¹⁵. No entanto, já anteriormente, em 2003, o Acórdão do TRP, de 3 de Julho de 2003, proferido no Processo nº 0320620 (Alziro Cardoso)¹⁶, viria julgar no sentido de que “[n]o transporte aéreo cabe ao transportado, para ter direito a indemnização não sujeita aos limites a que se refere o artigo 22 da Convenção de Varsóvia de 1929, o ónus de alegação e prova de factos que integrem actuação dolosa ou negligência grosseira da transportadora”, sendo que a única crítica que se pode suscitar relativamente a esta interpretação resulta do facto de que a motivação subjacente à eventual conduta do transportador ou dos seus agentes a provar pelo lesado, para efeitos de quebra dos limites de responsabilidade, terá sempre, nos termos do artº. 25º da Convenção de Varsóvia, de corresponder a uma conduta *intencional*, ainda que subsumível ao mero *dolo eventual*, pois a negligência, mesmo quando qualificada de grosseira, não releva para o efeito. Também em 2006, o Tribunal da Relação de Lisboa julgaria em sentido idêntico no seu acórdão de 21.09.2006 (Proc. 6293/2006-6 – Carlos Valverde)¹⁷: “[a] responsabilidade que para o transportador resulta do facto de não ter ilidido a presunção estabelecida no art. 20º não implica, sem mais, a prova exigida pelo art. 25º, desde logo, porque a simples não ilisão dessa presunção não significa que se tenha feito a prova do seu contrário, isto é, nem sequer significa a prova da culpa efectiva do transportador, antes se fica sem saber o que realmente se passou - se, efectivamente, o transportador actuou ou não com negligência -, impondo-se, por isso, a culpa presumida que a lei faz, quanto aos respectivos efeitos, equivaler à culpa efectiva, pelo que só a admissibilidade de que a não ilisão daquela presunção de culpa possa conduzir, não só à prova da existência desta, mas ainda à prova de uma conduta intencional do transportador com o objectivo de causar o dano ao lesado - condição necessária ao afastamento dos limites legais da sua responsabilidade - revela-se como algo que choca a razão e o senso comum”.

Outro aspecto que merece especial atenção e tratamento, já por se situar no âmbito dos *desvios* admitidos ao *princípio da exclusividade* das convenções de direito internacional público em análise, e pela relevância que o assunto assume, respeita aos direitos (*danos ressarcíveis*) que assistem ao demandante/lesado em acção de responsabilidade civil contra o transportador aéreo, em particular, no que se refere à ressarcibilidade do dano

¹⁵<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/15fec722c45c6ef080257cdf0035c47d?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

¹⁶<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd88a29f7fb86e097380256de4003f06b2?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

¹⁷<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d5e72a301e47f2e9802572a000478bf3?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023). Aliás, cumpre mencionar que, em Portugal, a primeira jurisprudência superior, de que há registo, cujo sentido se mostra conforme com o disposto na Convenção de Varsóvia no que concerne à interpretação correcta do seu artº. 25º, foi produzida ao nível dos Tribunais da Relação de Lisboa e do Porto, respectivamente, em 1991 e em 1996. Neste sentido, *vide* Acórdão do TRL, de 09.07.1991 (Proc. 37261), publicado no *website* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3b11391b057203598025680300005f9c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), em que, relativamente a uma situação de perda total de carga aérea, o tribunal julgou que, por não se ter provado o dolo, deveria ser aplicado, na fixação do montante indemnizatório, o limite de responsabilidade, e Acórdão do TRP, de 22.04.1996 (Proc. 9550985), <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd816c01ea55c489af8025686b0066d40c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), em que, relativamente a uma situação de extravio e consequente perda de bagagem registada, o tribunal julgou que a responsabilidade da transportadora aérea para com o passageiro só não teria o limite fixado no artº. 22º da Convenção de Varsóvia, modificada pelo Protocolo da Haia de 1955, se a transportadora agisse com intenção de provocar o dano ou temerariamente e com a consciência de que da sua actuação resultaria provavelmente o dano.

não patrimonial, por um lado, e à questão da sua sujeição aos limites de responsabilidade previstos nas Convenções, por outro lado. Assim, torna-se pertinente mencionar o tratamento que quer a jurisprudência nacional portuguesa, quer a jurisprudência comparada, quer a jurisprudência europeia, têm dispensado à questão.

Com efeito, e a título de enquadramento da questão, nos termos, respectivamente, do art.º 24.º da Convenção de Varsóvia, e do art.º 29.º da Convenção de Montreal de 1999, à luz dos quais se consagra o *princípio da exclusividade* de cada uma das Convenções, a que for aplicável, a determinação do *dano ressarcível* é matéria deixada, pela via da *regulação positiva*, ao direito interno que, de acordo com as normas de conflitos de direito internacional privado da *lex fori*, for considerado competente, tratando-se, por conseguinte, de realidade que integra os desvios admitidos ao referido *princípio da exclusividade*.

A aparente demissão que o legislador internacional impôs a si próprio na regulação desta matéria, não impediu, no entanto, que não deixasse de reservar para o regime convencional internacional a regulação de certos aspectos mínimos no que à determinação do dano ressarcível diz respeito.

Deste modo, tanto a Convenção de Varsóvia como a Convenção de Montreal de 1999 privilegiam a natureza compensatória do direito à indemnização, facto que conduz à inadmissibilidade de indemnizações com carácter sancionatório (*punitive damages*)¹⁸.

Um outro aspecto, que merece ser tratado como ponto assente, liga-se à não admissibilidade do *dano moral autónomo* em resultado de acidente no transporte aéreo de pessoas¹⁹.

Igualmente, em sede de responsabilidade civil por atraso no transporte aéreo, prevalece na jurisprudência comparada o entendimento de não admitir a ressarcibilidade do dano moral quando a origem da responsabilidade se situe no plano contratual, embora essa admissibilidade se conceba a título de excepção nas situações em que o objecto do contrato vise permitir à parte lesada uma satisfação do foro espiritual, ou seja, paz de espírito, condições pessoais de bem-estar, lazer, descanso, entretenimento, e prazer, gozo ou realização intelectual²⁰.

¹⁸ Este entendimento encontra suporte nos trabalhos preparatórios que conduziram à assinatura da Convenção de Varsóvia. Assim, parecem indiciar as palavras do relator Henry de Vos, no relatório apresentado ao CITEJA em 15 de Maio de 1928: «*la question a été posée de savoir si l'on ne pourrait, à cet égard, déterminer la catégorie de dommages sujets à réparation*» – *cfr. Comité International Technique d'Experts Juridiques Aériens – Compte Rendu de la 3^{ème} Session, 1928, SL, p. 106*. A mesma terminologia encontra-se expressa no relatório final do CITEJA, apresentado, mais uma vez por Henry de Vos, em 25 de Setembro de 1928, acompanhando o projecto preliminar de Convenção a submeter à discussão e votação pela conferência diplomática: “*the question was asked of knowing if one could determine who the persons upon whom the action devolves in the case of death are, and what are the damages subject to reparation. It was not possible to find a satisfactory solution to this double problem, and the CITEJA esteemed that this question of private international law should be regulated independently from the present Convention*” – R. C. HORNER, D. LEGREZ, *Second International Conference on Private Aeronautical Law*, New Jersey, 1975, p. 255. Deste modo, ao usar-se o termo *reparação*, entende-se que, no espírito do legislador, esteve presente a intenção de não estabelecer o dever de indemnizar com foros que não fossem meramente reparatórios ou compensatórios, com exclusão de toda e qualquer indemnização inspirada exclusivamente em propósitos sancionatórios ou punitivos. Este é, aliás, o sentido dominante da jurisprudência comparada – C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 435, nota 433. Relativamente à Convenção de Montreal de 1999, *vide*, a este propósito, o Considerando terceiro do Preâmbulo da Convenção, assim como o seu art.º 29.º *in fine*.

¹⁹ *vide* C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 508 ss. e 572-573.

²⁰ V. SERRA, *Reparação do dano não patrimonial*, BMJ, n.º 83, Fev. 1959, p. 102 ss.. Para mais desenvolvimentos *vide* também C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 362-368,

Concebe-se, também, a ressarcibilidade do dano não patrimonial em caso de dano material proveniente da destruição, perda ou avaria de bagagens, quando tal implique, igualmente, a violação de um interesse do foro psicológico, afectivo ou intelectual, ao qual a lei competente dispense tutela efectiva²¹.

nota 388. *Vide*, também, na jurisprudência, nos EUA, *Tarar v. Pakistan International Airlines*, 17 Avi 18,618 (United States District Court for the Southern District of Texas, Houston Division, 1982), que, pese embora envolver o transporte aéreo internacional de carga, não deixa, na parte relevante, de estar sujeito às mesmas regras aplicáveis ao transporte aéreo de bagagem registada à luz da Convenção de Varsóvia na sua versão original, tratando-se de julgamento relativo ao transporte aéreo de restos mortais entre os EUA e o Paquistão, que, pelo facto de se ter verificado um atraso de quatro dias na chegada ao destino, originou o adiamento das cerimónias fúnebres o que motivou que parte dos amigos e da família já não pudessem estar presentes. Foram arbitrados danos do foro não patrimonial. No entanto, em sentido contrário, negando, à luz da Convenção de Varsóvia, o direito à ressarcibilidade de danos não patrimoniais por atraso no transporte aéreo, *vide Cho v. Korean Air Lines Co.*, 28 Avi 15,502 (United States District Court for the Central District of California, 2001). Neste caso judicial, devido ao atraso, os demandantes ficaram privados de usufruir de uma parte do passeio turístico que haviam previamente adquirido e que implicava a visita a vários países asiáticos. Igualmente em *Morgan v. United Air Lines, Inc.*, 750 F.Supp. 1046; 23 Avi 17,438 (United States District Court for the District of Colorado, 1990): “(...) *mental distress due to lost vacation time [vacation delay] could not be recovered under Warsaw Convention*” (Babcock, *District Judge*, 750 F.Supp., p. 1046, 1047 e 1056); e em *Siben v. American Airlines, Inc.*, 25 Avi 17,355 (United States District Court for the Southern District of New York, 1996), julgamento relativo a atraso e avaria de bagagem registada de passageiros em lua-de-mel. Já em *Daniel v. Virgin Atlantic Airways Ltd.*, 59 F.Supp.2d 986 (United States District Court for the Northern District of California, 1998), o tribunal considerou que, embora a Convenção de Varsóvia não permitisse o ressarcimento do dano moral autónomo (do foro psicológico) resultante de atraso no transporte aéreo, sempre ao lesado assistia o direito a ser ressarcido pelo dano decorrente da inconveniência ou incómodo emergente do tempo de atraso. Em França, no julgamento *Internationale Contenair et Transport SA (ICT) v. Comité Français des Expositions (CFE)*, [1990] I Uniform LR 415 (Cour de Cassation – France, 1989), o tribunal julgou devida compensação por danos não patrimoniais em resultado de atraso no transporte aéreo de material publicitário (carga aérea). No caso em apreço, eram alegados prejuízos decorrentes da perda de oportunidade no uso do referido material em campanha publicitária. Anteriormente, igualmente em França, arbitrando danos morais pelos inconvenientes resultantes de atraso no transporte aéreo de pessoas, *vide Souillac v. Air France*, [1965] 28 RGA 15 (Tribunal de Grande Instance de la Seine, 1re Ch., 2e Section, 1964). Em Portugal, negando a ressarcibilidade do *dano contratual não patrimonial* no contrato de transporte aéreo, *vide* Acórdão do STJ de 30.09.1997, CJ, Ano V, Tomo III, 1997, p. 37-41 (41). Todavia, em sentido contrário na jurisprudência portuguesa, julgando em sentido favorável à ressarcibilidade do *dano contratual não patrimonial* no contrato de transporte aéreo, *vide* Ac. TRP de 22.04.1996 (Processo nº 9550985 – Paiva Gonçalves), <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd7/816c01ea55c489af8025686b0066d40c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023); e ainda o julgamento da Relação de Lisboa através do Ac. do TRL de 25.09.2014 (Processo nº 300/13.0YXLSB.L1-6 – António Martins), <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2400db43c4f2f2b980257d70002fbfd2?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023). No mesmo sentido na Justiça da UE *vide* Ac. do TJUE de 06.05.2010 (Case C-63/09 – *Axel Walz v Clickair SA*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476748363582&uri=CELEX:62009CJ0063> (data de acesso 01.10.2023).

²¹ Será, por exemplo, o caso da profanação de cadáver ocorrida durante o período de transporte aéreo de restos mortais – *vide Johnson v. American Airlines*, 20 Avi 18,248; 834 F.2d 721 (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 1987), embora, neste caso judicial, pese embora também o facto de se tratar de carga aérea, o tribunal não tenha chegado a apreciar a questão de mérito por ter julgado procedente a excepção de ilegitimidade dos demandantes. Outros exemplos são também habitualmente referidos na doutrina como seja o caso da morte, ocorrida durante o período de transporte aéreo, de animal doméstico de elevado valor afectivo, ou, ainda, a perda, destruição ou avaria de peça de arte original e única ou de qualquer outro objecto de grande valor estimativo. *Vide* C. MENDES, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, Lisboa, 1995, p. 132. Admitindo, no âmbito da previsão normativa da Convenção de Montreal de 1999, a ressarcibilidade quer do dano material, quer do dano moral, por perda de bagagem, *vide* Ac. do TJUE de 06.05.2010 (Case C-63/09 – *Axel Walz v Clickair SA*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476748363582&uri=CELEX:62009CJ0063> (data de acesso 01.10.2023). No

Deste modo, em jeito de síntese preliminar, cumpre destacar três vectores essenciais em que assenta a finalidade garantística quer do Sistema de Varsóvia, quer da Convenção de Montreal de 1999, mormente quanto à problemática da ressarcibilidade do dano:

- a) consagração, seja na forma implícita ou expressa, do *princípio da restituição* ou *função reparatória* o que impede que sejam arbitradas indemnizações com carácter sancionatório (*regulação negativa*);
- b) não ressarcibilidade do *dano não patrimonial autónomo*, o que constitui consequência da definição dos pressupostos mínimos da responsabilidade no transporte aéreo de pessoas com fundamento em acidente e no transporte aéreo de bagagem registada com fundamento em dano resultante de perda, destruição ou avaria (*regulação negativa*);
- c) consagração do *princípio da intervenção mínima* no que ao restante se refere em matéria de determinação do dano ressarcível (*auto-exclusão da função de regulação positiva*).

Outra questão, que se tem colocado com alguma frequência nesta sede, é, em especial no caso de atraso no transporte aéreo, a da responsabilização do transportador não só por *danos emergentes* (facto este que é ponto assente sempre que o lesado faça prova dos

mesmo sentido, nos tribunais portugueses, *vide* Ac. TRP de 22.04.1996 (Processo nº 9550985 – Paiva Gonçalves), reconhecendo a ressarcibilidade do dano não patrimonial ao abrigo da Convenção de Varsóvia e a sujeição da reparação por danos não patrimoniais ao limite da responsabilidade previsto naquela Convenção em resultado de perda de bagagem registada: «tal limite vale também quanto a todos os danos resultantes das consequências da perda da bagagem, não sendo aplicável tão só ao valor material da mesma bagagem», acessível no *website* do ITIJ – Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd7f816c01ea55c489af8025686b0066d40c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023); Ac. do TRL de 25.09.2014 (Processo nº 300/13.OYXLSB.L1-6 – António Martins): “*O termo «dano» utilizado na Convenção inclui tanto os danos materiais como os danos morais*”, aplicando a Convenção de Montreal de 1999 a um caso de extravio e perda de bagagem registada ocorrido ao abrigo de contrato de transporte aéreo internacional entre Lisboa (Portugal) e Fortaleza (Brasil) com escala na Cidade da Praia (Cabo Verde), disponível no *website* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2400db43c4f2f2b980257d70002fbfd2?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023); Ac. do TRL, de 29.04.2010 (Proc. 4324/06.5TVLSB – Silva Santos), publicado no *website* do ITIJ – Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2d8cbda92ee8b6378025774a0039f106?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), reconhecendo *obiter dictum* a ressarcibilidade do dano não patrimonial num caso de perda por extravio de bagagem registada de passageiros em viagem de lazer. Ainda em Portugal, decidindo pela não ressarcibilidade do dano não patrimonial a favor de sociedade comercial, não porque a Convenção de Montreal de 1999 não o permitisse, mas pelo tipo de pessoa colectiva em causa ser de natureza jurídica orientada para a obtenção do lucro, pelo que “*o bom nome e a reputação apenas interessa na medida em que contribuem para a obtenção de vantagens económicas. Assim, a sua ofensa apenas pode produzir um dano patrimonial indirecto, ou seja, um reflexo negativo na potencialidade de lucro a auferir, não sendo, pois, susceptível de indemnização por danos estritamente morais, que apenas afectam os indivíduos com personalidade moral*” *vide* Ac. do TRL de 08.11.2011 (Processo nº 4694/04.0TCLRS.L1-7 – Rosa Ribeiro Coelho) publicado no *website* do ITIJ, <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6c2b5b017f48e16a8025796b00566081?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

danos sofridos)²², mas também por *lucros cessantes* (“*lost profits*”)²³. Este último tipo de danos é susceptível de enquadramento normativo como dano consequencial, sendo que, normalmente, as condições gerais do transportador aéreo tendem a afastar essa responsabilidade. Todavia, para além do tratamento jurídico que as respectivas condições gerais contratuais de transporte estabelecidas pelo transportador possam, em especial nesta matéria, vir a merecer ao abrigo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais²⁴, é, igualmente, nosso entendimento que, quer a Convenção de Varsóvia, quer a Convenção de Montreal de 1999, não excluindo a responsabilidade do transportador por danos consequenciais, não deve este poder fazê-lo, por meio de regulamento ou norma de adesão contratual, tanto mais que, se assim fosse, ficaria prejudicado o disposto no art.º 23º, nº 1, da Convenção de Varsóvia, e no art.º. 26º da Convenção de Montreal de 1999, onde, em ambos os casos, se estatui que as disposições destinadas, ou toda a cláusula tendente, a exonerar o transportador da sua responsabilidade ou a estabelecer ou a fixar um limite inferior ao que está previsto ou fixado na Convenção são nulas, ou é aquela nula, e de nenhum efeito²⁵.

Com efeito, constituem danos ressarcíveis todos os danos cronologicamente sobrevindos ao facto causal e que tenham sido por este causados segundo uma relação de *nexo de causalidade adequada*. Considera-se existir *causalidade adequada* quando o dano constitua consequência normal, ordinária, típica ou provável de certo facto abstractamente considerado (*efeito adequado*). Na formulação do juízo abstracto de adequação devem ser tomadas em consideração: (a) as circunstâncias reconhecíveis à data do facto por observador experiente; e (b) as circunstâncias efectivamente conhecidas do lesante. No que concerne aos lucros cessantes ou danos subsequentes não se exige que haja previsibilidade destes danos como efeito adequado de certo facto por parte do autor desse facto. A previsibilidade do dano é imprescindível quando a responsabilidade dependa de culpa e se refira ao dano emergente. No caso dos danos consequenciais ou lucros cessantes é apenas essencial que, quanto a estes, o facto constitua causa *objectivamente adequada*²⁶. Todavia, para efeitos da determinação do dano indemnizável é também necessário ter em consideração o fim tutelado seja pelo contrato, seja pela norma legal de protecção, consoante se trate de responsabilidade contratual ou de responsabilidade extracontratual, respectivamente. Tal implica, em primeiro lugar, a necessidade de identificar os interesses tutelados quer pelo fim do contrato, quer pelo fim

²² Será o caso, por exemplo, no contrato de transporte sucessivo, do reembolso das despesas de alojamento directamente resultantes da perda dum voo de ligação por atraso verificado no voo anterior. Para estes efeitos, a jurisprudência, normalmente, apenas considera existir transporte sucessivo quando ambas as partes – isto é, passageiro e transportador – tenham assumido esse transporte como uma única operação. Por conseguinte, tal não se verificará quando sejam adquiridas passagens aéreas separadas de cujo encadeamento o transportador não tenha conhecimento. Neste sentido, nos EUA, vide *Karfunkel v. Compagnie Nationale Air France*, 14 Avi 17,674, 427 F.Supp. 971 (United States District Court for the Southern District of New York, 1977); *Hernandez v. Aeronaves de Mexico*, 18 Avi 18,227 (United States District Court for the Northern District of California, 1984); e *Nahm v. SCAC Transport*, 21 Avi 17,478 (Illinois Appellate Court, Fourth Division, 1988).

²³ Por exemplo, a perda duma oportunidade de negócio.

²⁴ Vide C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 144-145, nota 134, e p. 579, nota 569.

²⁵ Embora, nos termos dos referidos preceitos seja da Convenção de Varsóvia, seja da Convenção de Montreal de 1999, a nulidade duma tal cláusula constitua apenas uma invalidade parcial do contrato de transporte, pelo que, no restante, não envolve a nulidade do contrato que continuará sujeito às disposições daquela Convenção (*favor negotii* ou *princípio da redução e aproveitamento do negócio jurídico*).

²⁶ A. VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, Coimbra, 2000, p. 895.

da norma. Em segundo lugar, tal significa que apenas os danos causados a esses interesses, porque situados dentro da órbita do fim do contrato ou da norma de protecção, são passíveis de reparação.

Conjugados os critérios do *nexo de causalidade adequada* e do *fim tutelado* chega-se à conclusão daquilo que deverá ser o dano consequencial indemnizável em sede de contrato de transporte aéreo. Embora tanto a Convenção de Varsóvia como a Convenção de Montreal de 1999 contenham normas de protecção visando tutelar interesses imediatos como seja a reparação do dano resultante de atraso, ou a reparação do dano resultante da morte ou de ofensa à integridade física do passageiro, ou ainda a reparação do dano resultante de avaria, perda ou destruição da bagagem registada, o exercício de exegese jurídica com vista à determinação do dano consequencial deverá ser feito de *jure constituto* à luz do direito interno nacional competente segundo determinação da *lex fori*²⁷.

Em função do exposto, cumpre, no entanto, sublinhar que a jurisprudência comparada, produzida nos diferentes Estados partes contratantes das convenções de *jus tractuum* vigentes na matéria, tem tratado a questão da ressarcibilidade do dano consequencial de forma não uniforme, como, aliás, seria previsível face à remissão do problema para os direitos nacionais²⁸. Da análise das decisões que, em geral e nesse âmbito, têm sido

²⁷ Cfr. artº. 24º da Convenção de Varsóvia e artº. 29º da Convenção de Montreal de 1999.

²⁸ Nos EUA, arbitrando indemnização por danos consequenciais e decretando inválida a norma do contrato de transporte que estabelecia a irresponsabilidade do transportador por danos indirectos, *vide Saiyed v. Transmediterranean Airways*, 16 Avi 17,835 (United States District Court for the Western District of Michigan, Southern Division, 1981), julgamento relativo a atraso no transporte aéreo de mercadorias que haviam sido importadas do Paquistão para serem vendidas durante a época natalícia. O demandante viera alegar lucros cessantes (*lost profits*). Ainda nos EUA, embora respeitante a julgamento não sujeito à aplicação da Convenção de Varsóvia, *vide Daun v. Sun Aire Airlines*, 17 Avi 17,536 (San Francisco Municipal Court, California, 1982). Neste caso judicial, relativo a transporte aéreo doméstico de passageiros, o demandante, médico de profissão, viajara de Los Angeles para Palm Springs, California, onde iria participar num congresso médico a realizar no dia seguinte. À chegada, a sua bagagem não lhe foi entregue. No dia seguinte e continuando sem a possibilidade de dispor da bagagem, o demandante viu-se forçado a adquirir vestuário novo, vindo em juízo reclamar o reembolso das despesas assim efectuadas, bem como compensação por danos consequenciais resultantes do incómodo, inconveniência e desconforto da situação gerada pela falta da sua bagagem. O tribunal julgou procedente o pedido. Igualmente, no Canadá, em *Vassallo and Clare v. Trans Canada Air Lines*, [1963] 38 DLR (2d) 383; [1964] 27 RGA 172 (Ontario High Court, Canada, Toronto, 1963), julgamento relativo ao atraso no transporte aéreo de peças de vestuário importadas de Itália para revenda antes do início da estação da Primavera, visto que o tipo de cliente alvo tinha por hábito, durante o mês de Março, ausentar-se para o Sul em cruzeiro. O tribunal julgou devida indemnização por danos directos e indirectos, reconhecendo o direito dos demandantes a serem reembolsados da diferença entre o preço de mercado à data em que os bens deveriam ter sido entregues e o preço de venda efectiva fora da estação para a qual aqueles eram esperados. Também, no Reino Unido, em *Panalpina v. Densil Underwear*, [1981] 1 Lloyd's Rep 187 (Queen's Bench Division, 1980). Neste caso judicial, a demandada, sendo uma empresa exportadora, havia contratado à demandante, empresa transitária, o transporte com destino a Lagos, na Nigéria, de vários volumes contendo vestuário destinado a revenda durante a época natalícia. Para o efeito a demandante, na qualidade de expedidor, contratou o transporte à companhia aérea Cargolux. Devido a atraso no transporte, os bens apenas chegaram ao destino a 18 e 21 de Dezembro, tendo o destinatário recusado a sua aceitação por considerar a entrega tardia para permitir que a mercadoria fosse escoada durante a época natalícia. Como o frete não havia sido pago, a demandante interpôs acção judicial com vista a obter o reembolso daquele. Em reconvenção, a demandada veio reclamar lucros cessantes que se traduziram na perda de oportunidade de negócio devido ao atraso verificado no transporte. O tribunal considerou devida a reparação de tais danos por compensação com o valor do frete. Na fundamentação, o tribunal considerou que os danos indirectos apenas são indemnizáveis desde que pelo agente sejam conhecidas ou reconhecíveis as circunstâncias envolventes que permitam a sua previsibilidade ou contemplação: "(...) *as to remoteness of damage* (...) [t]he claim here is for a large

sum of money reflecting a fall in the value of the goods because they missed the Christmas market. (...) this is clearly an item of damage which is too remote in the ordinary course of events and can only be claimed if it was reasonably within the contemplation of the parties because the party to be charged had been given information which enabled him to appreciate that this kind of damage would flow. (...) There was information given to the plaintiffs from which they could reasonably contemplate that the damages, if there were damages for delay, would be swelled by the loss of the Christmas market” (His Honour Judge Fay, id., p. 191). Anteriormente, e ainda no seio da justiça inglesa se bem que não respeitando a julgamento ao qual fosse aplicável a Convenção de Varsóvia, vide *Hobbs v. London & South Western Railway Co.*, (1875) L.R. 10 Q.B.; *The Digest - Annotated British, Commonwealth and European Cases*, London, 1989, Vol. 8(1), p. 254, § 1688; *The Digest*, cit., London, 1994, vol. 17(2), p. 99, § 660 (Court of Queen’s Bench, 1875), em que o tribunal julgou não devida indemnização pelo dano indirecto provocado no estado de saúde da demandante que, por incumprimento de contrato de transporte ferroviário, fora obrigada a caminhar, entre 4 a 5 milhas, durante cerca de três horas até ao destino que havia contratado, à noite e sob chuva intensa miudinha, facto que lhe causaria gripe, obrigando-a a ficar acamada e a suportar despesas médicas. Na fundamentação, o tribunal considerou não haver nexo de causalidade adequada (*proximate cause*) entre o incumprimento contratual e o dano alegado (*remote cause*); *Hamlin v. Great Northern Railway Co.*, [1856] 1 H & N 408 (Courts of Exchequer & Exchequer Chamber, 1856), em que o tribunal apenas considerou indemnizável o dano patrimonial emergente. O demandante que se havia deslocado em viagem de negócios vinha também alegar lucros cessantes (*lost profits*) por incumprimento do contrato de transporte: “(...) *he had no right to cast upon the Company the remote consequences of remaining the night at Grimsby; that, not having communicated to the Company his intention of proceeding from Hull to Driffield, he could not recover damages for having been prevented from doing so; that he was entitled to the fare paid from Great Grimsby, and perhaps (...) for his bed and refreshment” (id., p. 409).* Em Espanha, em *Perez and Torralba v. Pan Am* (Rec.74/89), [1990] II Uniform LR 377 (Tribunal Supremo de España, 1990), reconhecendo o direito ao ressarcimento de lucros cessantes desde que se trate da frustração de proventos certos – e, por isso, não meramente contingentes –, e se situem os mesmos numa relação de causalidade adequada face ao facto danoso: “(...) *la alegación del lucro cesante exige no solo la posibilidad de haber podido obtener ganancias en caso de no haberse producido el evento causante de los daños, sino (...) los perjuicios o lucro cesante han de apreciarse restrictivamente y ha probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que sean dudosas o contingentes y solo fundadas en esperanzas; además, según la misma doctrina, ha de guardar la debida relación de causa a efecto; requisitos que no se han probado en la litis, por lo que este motivo (...) ha de ser desestimado” (id., p. 389).* Em França, negando o direito à reparação do dano consequencial, vide *Messrs. P. et G. Perregre v. Swissair and Caisse Assurance Maladie Région Parisienne*, [1986] 21 Eur Tr L 435 (Cour de Cassation de France, 1986) julgando indevida a indemnização pelas despesas inerentes ao processo de sucessão hereditária de vítima mortal de acidente aéreo. Igualmente, na Suíça, em *Engeli, Pahud et Bigar v. Compagnie Swissair*, [1955] 9 RFDA 335 (Tribunal de Ire Instance de Genève, 1955), julgamento referente a atraso no transporte aéreo de mercadorias. No caso em apreço, um gabinete de arquitectos havia despachado uma caixa contendo uma proposta para participação em concurso internacional de arquitectura visando o estabelecimento de plano de reconstrução da cidade de Izmir na Turquia. O prazo limite para entrega das propostas terminava a 15 de Dezembro de 1951. Os demandantes procederam ao despacho junto do transportador a 28 de Novembro de 1951. A 9 de Abril de 1952 a caixa foi entregue ao destinatário, não tendo a proposta sido admitida a concurso por se mostrar extemporânea. Embora à data da ocorrência dos factos a Turquia não fosse parte contratante da Convenção de Varsóvia, o tribunal considerou competente a lei suíça, à luz da qual julgou devida indemnização por danos emergentes, calculados, em parte, com base no tempo de preparação da proposta, mas negou que fosse devida indemnização por danos consequenciais (lucros cessantes). Com efeito, o tribunal considerou que nada podia assegurar a certeza de que, se os demandantes tivessem participado no concurso, lhes seria garantido o primeiro lugar. Deste modo, supondo que os demandantes houvessem sido admitidos a participar no referido concurso mas que, em todo o caso, a sua proposta acabasse por não ser seleccionada como proposta vencedora, o dano alegado existiria sempre, pelo que o atraso no transporte não constituía causa adequada do insucesso no resultado do concurso: “[a]insi on ne peut considérer qu’il y a un rapport de causalité adéquate entre la mauvaise exécution du contrat de transport (...) et le dommage allégué” (*id.*, p. 344). Em Portugal, numa situação semelhante de atraso culposos na entrega de correspondência, implicando cumprimento defeituoso do contrato, o tribunal julgou devido o direito à indemnização, considerando que o dano reparável não se encontra restrito ao preço do transporte nem corresponde aos lucros que resultariam do negócio não realizado, por entrega extemporânea da proposta concursal, mas configura-se como a perda de uma oportunidade, pelo que se deveria atender à

proferidas, é possível concluir em síntese pela identificação de três vectores informadores em que, naquelas, tem assentado a respectiva fundamentação para efeitos de relevância do dano consequencial, a saber, (1º) *previsibilidade* ou *contemplação* pelas partes do efeito provável; (2º) *nexo de causalidade adequada* entre o facto e o dano; e (3º) *fim tutelado* pelo contrato. Em Espanha, a jurisprudência superior valoraria ainda a característica da *certeza* ou *verificação necessária* ou *obrigatória* do lucro ou benefício indirecto, cuja frustração o facto danoso haja provocado.

O aspecto fundamental a reter prende-se, no entanto, com o princípio de que o regime de responsabilidade decorrente quer do Sistema de Varsóvia, quer da Convenção de Montreal de 1999, não permite afastar a ressarcibilidade do dano consequencial quando este seja indemnizável à luz do direito declarado competente por efeito de aplicação da Convenção.

Por último, a questão, que importa suscitar a final, respeita à sujeição do *dano não patrimonial* aos limites de responsabilidade previstos nas Convenções. Esta questão tem sido tratada por alguma jurisprudência comparada com resultados não coincidentes. Em Portugal, a jurisprudência dos tribunais portugueses tem-se orientado para a aplicação dos limites de responsabilidade sem distinção do tipo de danos a ressarcir. É disso exemplo o Ac. TRP de 22.04.1996 (Processo nº 9550985 – Paiva Gonçalves), que, numa situação controvertida de perda de bagagem registada, para além de reconhecer a ressarcibilidade do *dano não patrimonial* ao abrigo da Convenção de Varsóvia, julgaria no sentido de que a reparação por danos não patrimoniais não deveria escapar à sujeição ao limite da responsabilidade previsto naquela Convenção: “*tal limite vale também quanto a todos os danos resultantes das consequências da perda da bagagem, não sendo aplicável tão só ao valor material da mesma bagagem*”²⁹. No mesmo sentido na Justiça da UE julgaria o Ac. do TJUE de 06.05.2010 (Case C-63/09 – *Axel Walz v Clickair SA*)³⁰: “[o] conceito de «dano», subentendido no artigo 22.º, n.º 2, da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de Maio de 1999, 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”, concluindo que “os diferentes limites de indemnização mencionados no capítulo III da Convenção de Montreal, incluindo o fixado no artigo 22.º, n.º 2, desta Convenção, devem ser aplicados à totalidade do prejuízo causado, independentemente da sua natureza material ou moral” pelo que “o limite da responsabilidade da transportadora aérea pelo prejuízo resultante

possibilidade de êxito da autora no concurso, em função, nomeadamente, do número de concorrentes e à inerente probabilidade de obtenção dos lucros que resultariam do negócio não realizado. Assim, tendo ficado provado que a proposta elaborada pela autora era, na maioria dos casos, aquela que oferecia melhores preços, menores prazos de entrega e maiores garantias, seria suficientemente seguro afirmar que as propostas elaboradas pela autora e por uma outra concorrente eram indiscutivelmente melhores que as restantes apresentadas pelos demais concorrentes, pelo que o tribunal considerou legítimo concluir, segundo critérios da experiência comum que, caso tivesse sido admitida a concurso, a autora teria, na realidade, uma probabilidade de adjudicação não inferior a 50% e, como tal, o dano indemnizável haveria de consistir em 50% dos lucros que resultariam do negócio não realizado – *cf.* Ac. do TRL de 10.11.2005 (Proc. 9805/2005), publicado no *website* do ITIJ – Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/193d04733825e1f2802570ce003b92e2?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

²⁹<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/816c01ea55c489af8025686b0066d40c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

³⁰http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476748363582&uri=CELEX:62009CJ0063_(data de acesso 01.10.2023).

da perda de bagagens, previsto no referido artigo, é (...) um limite absoluto que cobre tanto o dano moral como o dano material” (Sumário do acórdão e §§ 37, 38 e 39). Entendemos que esta é a interpretação correcta a fazer quer da Convenção de Montreal de 1999, quer da Convenção de Varsóvia de 1929. Na verdade, e conforme se defendeu *supra* seja a propósito da amplitude e desvios admitidos ao *princípio da exclusividade*, seja, nessa esteira, a propósito do *princípio da intervenção mínima* do regime convencional internacional no que se refere à determinação do dano ressarcível, o objecto principal em matéria de responsabilidade civil quer da Convenção de Montreal de 1999, quer da Convenção de Varsóvia de 1929, é definir um regime de responsabilidade civil que, constituindo a superação da *summa divisio* entre responsabilidade obrigacional (contratual) e responsabilidade aquiliana, seja um regime *especial, uniforme, universal, e exclusivo*, e no qual se prevê a limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo. A determinação qualitativa do dano ressarcível não foi preocupação principal do alcance regulatório do legislador internacional através da sua regulação pela *via positiva*, domínio em que aquele se limitou a estabelecer um regime informado pelo *princípio da intervenção mínima*, e apenas estabelecendo pela via da *regulação negativa* a observância de certos ditames fundamentais, mediante a consagração no texto normativo de dois princípios, ou seja, o *princípio da restituição* ou *função reparatória* que exclui a obrigação de pagamento de indemnizações com fins punitivos ou sancionatórios (*punitive damages awards*) e o *princípio do dano material mínimo* que exclui a ressarcibilidade do *dano não patrimonial autónomo/perigo de dano*, ou seja, do *dano não patrimonial* desassociado de dano material ou físico³¹.

³¹ Em sentido diferente na jurisprudência superior do Brasil, *vide* Acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF), de 25.05.2017, Processo nº RE 636.331/RJ (Gilmar Mendes), acessível em stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13394583, decidindo que a limitação imposta pelos acordos internacionais (Convenção de Varsóvia de 1929 e Convenção de Montreal de 1999) alcança tão somente a indemnização por dano material, e não a reparação por dano moral. Nos termos da fundamentação do Acórdão, essa exclusão justifica-se porque a disposição do artº. 22º de qualquer das Convenções não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos pré-estabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral. Ainda de acordo com a fundamentação do Acórdão, corrobora essa interpretação da inaplicabilidade do limite do *quantum* indemnizatório às hipóteses de dano moral a previsão do artº. 22º que permite ao passageiro emitir “declaração especial” do valor da bagagem, como forma de eludir a aplicação do limite legal de responsabilidade, concluindo que se pode o passageiro afastar o valor limite da responsabilidade do transportador aéreo 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. Em função de semelhante interpretação, o Tribunal Superior julgou aplicável o limite de responsabilidade apenas aos danos materiais, mas não aos danos não patrimoniais. Comentando a jurisprudência do STF a este propósito *vide* F. REZEK, *O Transporte Aéreo Internacional ante a Justiça do Brasil*, *Revista do Advogado*, Ano XXXIX, nº 142, Junho de 2019, São Paulo, Brasil, p. 32-40 (37); O. MARQUEZ, *La importancia del Convenio de Montreal de 1999 para un desarrollo consistente del transporte aéreo internacional y la necesidad de un sistema armonizado de reglas en materia de responsabilidad civil*, *Revista do Advogado*, Ano XXXIX, nº 142, Junho de 2019, São Paulo, Brasil, p. 108-114 (113); R. BERNARDI, *A Convenção de Montreal, o Tema nº 210 e sua ‘ratio decidendi’*, *Revista do Advogado*, Ano XXXIX, nº 142, Junho de 2019, São Paulo, Brasil, p. 115-128 (116, 117, 118, 121, 122, 123, 124, 126, 127).

IV. Dos aspectos críticos inerentes à jurisprudência comparada que pugna pela aplicabilidade à Convenção de Montreal de 1999 da *doctrine of complete preemption*

No sentido oposto à situação crítica, enunciada no ponto anterior, de não observância do *princípio da exclusividade* das Convenções de direito internacional público em análise, e a padecer igualmente de análise crítica, poderá estar, numa perspectiva de uniformização da jurisprudência comparada, a aplicação do referido *princípio da exclusividade* interpretado de acordo com a *doctrine of complete preemption*.

Na jurisprudência portuguesa, essa orientação não tem registo, situando-se o histórico dos aspectos críticos da actividade jurisprudencial no sentido precisamente oposto, conforme se viu.

Assim, tal como se referiu *supra*, o quadro jurídico introduzido pela Convenção de Montreal no que diz respeito à responsabilidade civil do transportador aéreo – dando nesse âmbito continuidade à Convenção de Varsóvia – está sujeito ao *princípio da exclusividade*, o que significa que a Convenção prevê a solução exclusiva em caso de responsabilidade civil do transportador aéreo. Isto significa também que o regime de responsabilidade previsto na Convenção, embora tratando-se de regra especial (*special rule*), não permite aos tribunais aplicar o direito interno como regra geral subsidiária. Pelo contrário, ao estabelecer um regime exclusivo, a Convenção produz o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) do direito interno e, assim, faz do regime de responsabilidade civil do transportador aéreo ao abrigo da Convenção regra *especial, uniforme, universal e exclusiva*.

No entanto, o entendimento desta questão haverá de fazer-se no sentido de que a solução exclusiva (*exclusive remedy*) só se aplica à responsabilidade civil do transportador aéreo quando o dano ocorra no âmbito do quadro jurídico material da Convenção, independentemente, do fundamento da responsabilidade civil poder ser de natureza obrigacional, ou não, ou seja, ser aquela fundada no contrato de transporte aéreo ou em acto ilícito ou em qualquer outra causa – artº. 29º da Convenção de Montreal de 1999. Com efeito, o objectivo do legislador internacional, subjacente à Convenção, não foi o de qualificar se a responsabilidade civil do transportador aéreo deveria ser contratual ou extracontratual (não obrigacional), mas, substituindo-se essa *summa divisio*, prever um regime de responsabilidade *especial e exclusivo*, capaz de garantir *uniformidade universal* (*universal certainty*) no âmbito do seu objecto relevante (*substantive scope*). Esta é a razão pela qual a Convenção é, formalmente, denominada *Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional* (*Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air*), não se pretendendo que o seu escopo seja a unificação de todas as regras em matéria de responsabilidade civil, ou seja, que deva ser um regime *total*³².

Tal significa que o regime de responsabilidade civil regulado pela Convenção que ao caso seja aplicável (Sistema de Varsóvia ou Convenção de Montreal de 1999) não deverá impedir a aplicação de eventuais regras de protecção do direito interno que, de acordo com as normas de conflito da *lex fori* for considerado competente, sempre que as *causas e os pressupostos típicos da responsabilidade* (*typical causes and preconditions or circumstances of liability*) previstos e regulados pela Convenção não estejam na base (*causa efectiva*) da responsabilidade civil do transportador aéreo (*effective cause of damage*). Assim, se, por exemplo, a causa do dano (*causa-de-pedir*) for totalmente alheia

³² Vide C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 447-449, nota 438; p. 456-463; p. 465, nota 462; e p. 667-676.

às *causas e aos pressupostos típicos da responsabilidade*³³ previstos e regulados na Convenção, situando-se fora do seu '*substantive scope*' (*amplitude material*), não existe, ao abrigo da Convenção considerada aplicável à relação jurídica de transporte, fundamento, com base no *princípio da exclusividade* da Convenção, para que o tribunal possa recusar a aplicação, à relação jurídica controvertida trazida a juízo, do regime geral de responsabilidade civil de direito interno que for aplicável³⁴.

Deste modo, se é necessário que os factos que estão na origem da responsabilidade se situem no âmbito do *substantive scope* da Convenção, a fim de que o regime de responsabilidade previsto na Convenção seja considerado *exclusive remedy*, a chave para a resolução da questão residirá na determinação da sua amplitude.

A fim de concretizar tal objectivo, dois desafios cumulativos se colocam ao intérprete: (1) o primeiro é, de acordo com o artº. 1º da Convenção a aplicar, verificar se se preenchem os *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção à relação jurídica de transporte; e (2) o segundo é verificar se, cumulativamente, também se preenchem os *pressupostos do efeito preclusivo* da Convenção que antes, fruto do primeiro exercício, se concluiu ser aplicável. O primeiro exercício visa determinar a aplicabilidade da Convenção à relação jurídica de transporte, mas não permite concluir pela subsunção dos factos que fundamentam a responsabilidade à *amplitude material (substantive scope)* da Convenção considerada competente. Com efeito, este primeiro exercício interpretativo serve apenas para determinar se a relação jurídica de transporte aéreo consubstancia uma operação de transporte aéreo internacional à qual a Convenção deva ser aplicável, não sendo, só por si, suficiente para concluir que os factos se enquadram no âmbito da *amplitude material (substantive scope)* da Convenção para efeitos aplicação do regime de responsabilidade civil por esta regulado. Desta forma, o segundo exercício é

³³ Constituem *causas típicas* da responsabilidade civil do transportador no transporte aéreo internacional de pessoas, ao abrigo seja da Convenção de Varsóvia de 1929, seja da Convenção de Montreal de 1999, a ocorrência, na execução do contrato, de *acidente* ou de *atraso* à chegada. Por sua vez, no transporte aéreo internacional de bagagem registada, ao abrigo das mesmas Convenções, constituem *causas típicas* da responsabilidade civil do transportador aéreo, a ocorrência, na execução do contrato, de *facto ou evento danoso* ou de *atraso* na entrega da bagagem. Por outro lado, constituem *pressupostos típicos do efeito preclusivo (preemptive effect)* do direito interno no transporte aéreo internacional de pessoas, de acordo com as referidas Convenções, o *acidente* ter ocorrido a bordo ou durante as operações de embarque ou de desembarque, e, no caso do transporte aéreo internacional de bagagem registada sujeito a qualquer das Convenções, que a bagagem se encontre à guarda do transportador aéreo, sendo que, se for aplicável a Convenção de Varsóvia de 1929 (com excepção da versão alterada pelo Protocolo Adicional nº 4 de Montreal de 1975), tal custódia terá que ocorrer num aeródromo, porém, sem desconsiderar, para o efeito, as aterragens fora de um aeródromo – C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 463-556, 579-584 e 667-669, e ID., *Contrato de Transporte Aéreo de Passageiros*, cit., p. 299-319.

³⁴ Nesse sentido, nos EUA, *Rogers v. American Airlines, Inc.*, 28 Avi. 15,812 (United States Court for the Northern District of Texas, Dallas Division, 2001): o tribunal julgou que a Convenção de Varsóvia não preclude a aplicação de norma interna reguladora do incumprimento contratual em acção judicial instaurada contra o transportador aéreo que, alegadamente, teria incumprido com o dever de informação dos passageiros sobre a exigência de passaporte para o filho de ambos, em idade infantil, que os acompanhava na viagem, omissão essa que esteve na origem da recusa de embarque em voo de ligação internacional e consequente regresso forçado aos EUA. O tribunal, citando e distinguindo a jurisprudência proferida em *El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tseng*, 26 Avi 16,141 (United States Supreme Court, 1999), sustentou que só quando as acções judiciais, interpostas ao abrigo da lei estadual, caem no âmbito do "*substantive scope*" da Convenção de Varsóvia, deve o tribunal recusar, com fundamento no *princípio da exclusividade* da Convenção, o seu julgamento ao abrigo da lei estadual interna. Também na doutrina, vide R. H. MANKIEWICZ, *The Liability Regime of the International Air Carrier*, London, 1981, p. 2 e 13; e E. GIEMULLA, *Montreal Convention*, annotated by Elmar Giemulla, Ronald Schmid, Wolf Müller-Rostin, Regula Dettling-Ott and Rod Margo, The Netherlands, 2017, *Introduction*, p. 18, § 37.

fundamental para determinar se os factos se enquadram no âmbito da *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção, e, conseqüentemente, para concluir se se verificam os *pressupostos do efeito preclusivo* (*preemptive effect*) do direito interno e que está subjacente ao *princípio da exclusividade* de qualquer das Convenções.

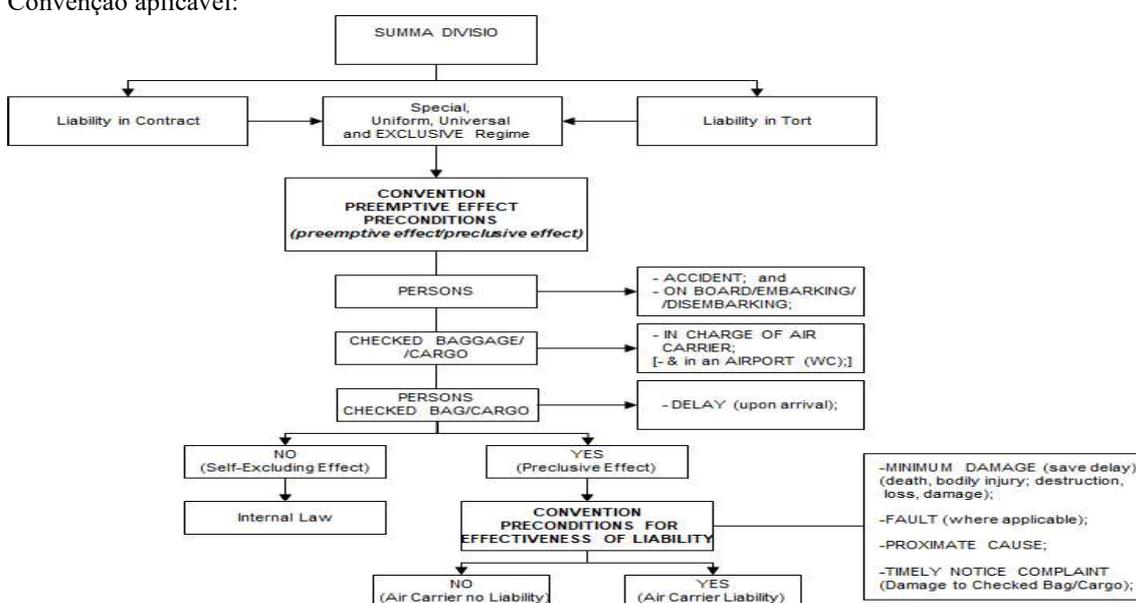
Assim, enquanto o primeiro exercício é fundamental para identificar se existe um regime regulatório internacional que deva ser aplicável a certa relação jurídica de transporte aéreo internacional (verificação dos *requisitos ou pressupostos de aplicabilidade* da Convenção), o segundo exercício é crucial para identificar qual a norma de responsabilidade civil aplicável, ou seja, qual o regime de responsabilidade civil a aplicar, a saber, se o regime de responsabilidade civil previsto na Convenção enquanto *exclusive remedy* se for de operar o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*), ou se, não sendo esse o caso, o regime de responsabilidade civil do direito interno considerado competente (não verificação dos *pressupostos do efeito preclusivo* previstos na Convenção que for aplicável e conseqüente *efeito de auto-exclusão* desta). Ambos os exercícios e tipologia de pressupostos ora referidos servem para, de forma sucessiva, determinar a *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção e a aplicabilidade do *princípio da exclusividade* da Convenção aplicável. A verificação dos *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção apenas determina a *amplitude formal* (*scope of application*) da Convenção e não a sua *amplitude material* (*substantive scope*).

Para além do exercício de verificação quer dos *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção, quer dos *pressupostos do efeito preclusivo*, e sempre que este último efeito operar, impõe-se, igualmente, que se proceda à verificação do preenchimento dos *pressupostos de efectivação da responsabilidade* do transportador aéreo, dentro do quadro jurídico da Convenção, com vista a determinar, em concreto, a responsabilidade efectiva, ou não responsabilidade, do transportador aéreo.

Conforme se concluiu anteriormente, a determinação da *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção é informada pela verificação cumulativa dos *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção – previstos no artº. 1º (Âmbito de aplicação) tanto da Convenção de Varsóvia de 1929, como da Convenção de Montreal de 1999, e que visam determinar qual a norma aplicável à relação jurídica de transporte aéreo – e dos *pressupostos do efeito preclusivo* – cujo preenchimento visa determinar e confirmar o regime de responsabilidade civil da Convenção, em cujo âmbito de aplicação a relação jurídica de transporte aéreo se insere, e que se consubstanciam nas *causas e pressupostos de responsabilidade* tipificados na respectiva Convenção, ou seja, ‘*acidente*’ a ‘*bordo*’, ou durante o ‘*embarque*’ ou ‘*desembarque*’, objecto à ‘*guarda do transportador*’, ‘*num aeródromo*’ (somente na Convenção de Varsóvia), ‘*atraso*’ à chegada do transporte, permitindo aferir se o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) e, conseqüentemente, o *princípio da exclusividade* da Convenção como *exclusive remedy* têm, ou não, aplicação. Deste modo, quando o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) se aplica, determinando, por força do *princípio da exclusividade* da Convenção que esta opere como *exclusive remedy*, o exercício que a seguir se impõe ao intérprete e julgador é verificar, dentro do quadro jurídico da Convenção, se se preenchem os *pressupostos de efectivação da responsabilidade* do transportador aéreo, a fim de conhecer se há, ou não, responsabilidade civil efectiva do transportador aéreo. Para tal, e de acordo com a previsão legal das Convenções, integram os *pressupostos de efectivação da responsabilidade* do transportador aéreo, a aferir pelo julgador, o *dano mínimo* – dano material ou físico, ou seja, ‘*morte*’, ‘*lesão corporal*’, ‘*destruição*’, ‘*perda*’, ‘*avaria*’ –, salvo em caso de atraso à chegada, a *culpa* (presumida ou efectiva), salvo nos casos em

que se prevê a responsabilidade civil objectiva, o *nexo de causalidade adequada* (*proximate cause*) e o *protesto oportuno* sempre que aplicável, previsto no artº. 26º da Convenção de Varsóvia de 1929 e no artº. 31º da Convenção de Montreal de 1999^{35 36}.

³⁵ A representação gráfica seguinte reproduz o modo como o *efeito preclusivo* (*preemptive effect and exclusive remedy*) da Convenção se concretiza, o que sucede na sequência do preenchimento dos *pressupostos do efeito preclusivo* (segundo exercício/*second test*), que, por sua vez, se segue ao preenchimento dos *pressupostos de aplicabilidade da Convenção* (primeiro exercício/*first test*), sendo desta forma sucessiva que se determina a subsunção dos factos à *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção relativamente ao regime de responsabilidade por esta regido. Os *pressupostos de efectivação da responsabilidade* correspondem ao terceiro exercício (*third test*) após se ter concluído pela verificação do *efeito preclusivo* (*preemptive effect/preclusive effect*) do direito interno, e cujo propósito é determinar a *responsabilidade efectiva e actual* do transportador aéreo de acordo com o regime de responsabilidade da Convenção aplicável:



©Copyright: C. A. Neves Almeida

³⁶ Este entendimento na forma como o *princípio da exclusividade* da Convenção deve operar não corresponde ao sentido da jurisprudência superior, adoptada, primeiramente, no Reino Unido no julgamento *Sidhu v. British Airways/Abnett v. British Airways*, [1997] 1 All ER 193, [1997] 51 RFDA 163 (House of Lords, 1996) também em <https://uniset.ca/terr/css/1997AC430.html> (data de acesso 01.10.2023), e, posteriormente, nos EUA, no julgamento *EL AL Israel Airlines, Ltd. v. Tseng*, 26 Avi 16,141 (United States Supreme Court, 1999). De acordo com esta orientação jurisprudencial, construída com base na interpretação da Convenção de Varsóvia, o *princípio da exclusividade* da Convenção conduz a que esta se afirme como *'absolute exclusive cause of action and sole remedy'* (*doctrine of complete preemption*). Tal significa que, assim que se conclua que a Convenção é aplicável à relação de transporte, o que sucede por força da verificação dos *pressupostos de aplicabilidade da Convenção* (primeiro exercício/*first test*) previstos no seu artº. 1º, ficará precludida qualquer acção judicial de responsabilidade civil a instaurar contra o transportador aéreo ao abrigo do direito interno, mesmo que os factos não sejam subsumíveis às *causas e pressupostos típicos da responsabilidade* previstos na Convenção: assim, nos domínios em que a Convenção estabelece um regime específico – e o regime da responsabilidade civil do transportador aéreo é um desses domínios –, se a Convenção não estabelecer a solução normativa a aplicar (*remedy*), significa que essa solução normativa (*remedy*) simplesmente não está disponível nem na Convenção, nem no direito interno, visto que à Convenção é atribuída a função de *'exclusive and exhaustive code governing actions arising out of international carriage by air'*. Semelhante interpretação da Convenção significa, também, que o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) da Convenção se considera, imediatamente, verificado logo que preenchidos os *pressupostos de aplicabilidade da Convenção* à relação de transporte aéreo. Os fundamentos subjacentes a esta interpretação são: (i) a Convenção é *'wholly exclusive'*, o que significa que a intenção do legislador internacional foi vir estabelecer, de forma exaustiva, as únicas circunstâncias em que o transportador aéreo deverá responder civilmente sempre que se trate de danos causados em conexão com o

Doutro modo, situação que se verifica à luz da jurisprudência superior do Reino Unido e dos EUA, se o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) do regime de responsabilidade civil do direito interno depender apenas do âmbito de aplicação formal (*scope of application*) das Convenções, e não da respectiva *amplitude material* (*substantive scope*)³⁷, ou seja, ficando, apenas, dependente do preenchimento dos *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção, situação em que as Convenções assumem, em termos de função normativa, o alcance ‘*wholly exclusive*’, apresentando-se como *absolute exclusive cause of action and sole remedy* (*doctrine of complete preemption*), o risco de impunidade do transportador aéreo em termos de responsabilidade civil acabará, seguramente, por ocorrer em certas situações não obstante se reconhecer a evidência da imputabilidade à conduta do transportador aéreo do dano infligido ao passageiro.

Negar toda e qualquer garantia de protecção ao passageiro, designadamente ao abrigo do direito interno, com fundamento no argumento de que a *causa-de-pedir* (*cause of action*) não se enquadra no âmbito da previsão normativa, em matéria de causas e pressupostos de responsabilidade civil, da Convenção, sendo esta aplicável à relação jurídica de transporte aéreo, e, por conseguinte, privar o passageiro do ressarcimento dos danos que lhe foram infligidos, não obstante a ocorrência de conduta culposa do transportador aéreo e a violação dos direitos do passageiro ao abrigo do direito interno, resultará, seguramente, numa afronta aos princípios e regras do Estado de Direito, ao mesmo tempo que permite que o transportador aéreo possa escapar à assunção da responsabilidade civil decorrente de conduta que lhe é imputável a título de culpa (v.g. designadamente, por inobservância do *dever geral de cuidado* em diligenciar pela manutenção das instalações que lhe estão atribuídas no edifício da aerogare e usadas pelo passageiro enquanto aguarda pelo seu voo³⁸).

Acresce que, de acordo com semelhante entendimento, e, nomeadamente, numa situação de responsabilidade civil do transportador aéreo por morte ou lesão corporal do passageiro emergente de acidente ocorrido a bordo da aeronave ou durante uma operação de embarque ou desembarque, a fim de evitar que o transportador aéreo possa beneficiar de total e absoluta impunidade, tem-se assistido, na jurisprudência comparada que pugna pela *doctrine of complete preemption*, ao proliferar de uma tendência para a ampliação do conceito de *acidente*, que, para além de permitir subsumir ao referido conceito eventos que nada têm a ver com os riscos próprios do transporte aéreo, contribuindo, assim, para a *descaracterização material* do conceito de *acidente* tal como concebido à luz quer do Sistema de Varsóvia, quer da Convenção de Montreal de 1999, têm, também, o efeito de contrariar, subverter e prejudicar materialmente a realização do princípio do “*justo*

transporte aéreo internacional; (ii) permitir que o transportador aéreo respondesse civilmente noutras circunstâncias ao abrigo do direito interno contrariaria o objectivo da uniformidade subjacente à Convenção.

³⁷ No entanto, deve notar-se que, mesmo quando os factos sejam subsumíveis à *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção, o *princípio da exclusividade* não é absoluto, já que a Convenção remete expressamente certas questões para o direito interno – *vide supra* nota 5.

³⁸ Além da iniquidade em forçar o passageiro a suportar o custo de acto negligente do transportador aéreo, isentando-o dessa responsabilidade, é também um incentivo à omissão no sentido de prevenir ocorrência danosa – *Tseng v. El Al Israel Airlines, Ltd.*, 25 Avi 18,226 (U.S. Court of Appeals, Second Circuit, 1997), p. 18234 (Cardamone, *Circuit Judge*) – decisão revogada pelo Supremo Tribunal Federal Norte-americano. *Vide* também C. A. NEVES ALMEIDA, *Da Responsabilidade Civil das Companhias de Aviação*, cit., p. 456-463.

equilibrio de interesses” previsto no último parágrafo do Preâmbulo à Convenção de Montreal de 1999.

De facto, a Convenção de Montreal de 1999 é responsável por introduzir um novo enquadramento jurídico no regime da responsabilidade civil do transportador aéreo conexo com a prestação de serviço de transporte aéreo internacional, privilegiando o modelo da *socialização* ou da *objectivação* da responsabilidade civil em que a responsabilidade por *risco* deve ser assumida por quem cria o risco e dele retira o principal proveito no exercício da sua actividade (*‘risque-crée’* e *‘risque profit’*), o que teve repercussões relevantes na alteração do *equilíbrio de interesses* entre as partes da relação jurídica de transporte aéreo, assentando, maioritariamente, no conceito da *responsabilidade objectiva (strict liability)*³⁹. O conceito de *responsabilidade objectiva*, previsto na Convenção de Montreal de 1999, sucede ao modelo de responsabilidade limitada fundada em presunção de culpa (*limited and presumptive fault liability system*) previsto na Convenção de Varsóvia de 1929⁴⁰, e representa um novo paradigma da responsabilidade civil do transportador aéreo que incrementa o seu grau de exposição em termos de assunção da responsabilidade civil conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo internacional. Contrariamente, o regime de responsabilidade limitada fundada em presunção de culpa, estabelecido na Convenção de Varsóvia, fora desenhado com a finalidade de garantir protecção e condições adequadas ao desenvolvimento económico da actividade de transporte aéreo internacional, então no seu início e carente de consolidação enquanto oportunidade de negócio e de desenvolvimento estratégico, pelo que o modelo encontrado, baseado na culpa, ainda que presumida, mas sujeito a limites máximos de responsabilidade, se mostrava ser o modelo ajustado à necessidade de protecção de uma actividade economicamente estratégica e a necessitar de condições de desenvolvimento e de consolidação (*protective liability system*)⁴¹. Tal significa que

³⁹ Com excepção das situações em que a causa da responsabilidade civil do transportador aéreo se funda em atraso, ou morte ou lesão corporal, aqui exclusivamente no *second tier* em que a responsabilidade é ilimitada fundada em presunção de culpa, a norma consagrada na Convenção de Montreal de 1999 é fundada na responsabilidade objectiva (*strict liability*):

1999 MONTREAL CONVENTION			
	CAUSE OF LIABILITY	LIABILITY REGIME	DEFENCES
PASSENGERS	Death or bodily injury	1st Tier - <i>Strict liability</i> + Limited Liability (up to 128,821.00 SDR/pass); 2nd Tier - <i>Presumptive Fault Liability</i> + Unlimited Liability;	1st Tier - Contributory negligence only (art. 20); 2nd Tier - Unavoidable event [art. 21(2)] + contributory negligence (art. 20);
	Delay (upon arrival)	1. <i>Presumptive Fault Liability</i> + Limited Liability (up to 5,346.00 SDR/pass); 2. <i>Willful misconduct</i> : unlimited liability;	Unavoidable event (art. 19) + contributory negligence (art. 20);
BAGGAGE (checked baggage)	Destruction, Loss or Damage	1. <i>Strict Liability</i> + Limited Liability (up to 1,288.00 SDR/pass); 2. <i>Willful misconduct</i> /special declaration of interest: unlimited liability/declared value;	Contributory negligence only (art. 20);
	Delay (upon delivery)	1. <i>Presumptive Fault Liability</i> + Limited Liability (up to 1,288.00 SDR/pass); 2. <i>Willful misconduct</i> /special declaration of interest: unlimited liability/declared value;	Unavoidable event (art. 19) + contributory negligence (art. 20);
CARGO	Destruction, Loss or Damage	1. <i>Strict Liability</i> + Limited Liability (up to 22.00 SDR/Kg); 2. Unbreakable limit (save special declaration of interest);	Contributory negligence only (art. 20);
	Delay (upon delivery)	1. <i>Presumptive Fault Liability</i> + Limited Liability (up to 22.00 SDR/Kg); 2. Unbreakable limit (save special declaration of interest);	Unavoidable event (art. 19) + contributory negligence (art. 20);

* Revised limits to apply from December 28, 2019.

©Copyright: C. A. Neves Almeida

⁴⁰ A responsabilidade civil do transportador aéreo limitada com fundamento em presunção de culpa (*limited and presumptive fault liability system*) é a regra aplicável à luz da versão original da Convenção de Varsóvia de 1929:

1929 WARSAW CONVENTION			
	CAUSE OF LIABILITY	LIABILITY REGIME	DEFENCES
PASSENGERS	Death or bodily injury	1. <i>Presumptive Fault Liability</i> + Limited Liability; 2. <i>Willful misconduct</i> : unlimited liability/ /Special declaration of interest: declared value (baggage & cargo);	Unavoidable event (art. 20) + contributory negligence (art. 21)
	Delay (upon arrival)		
BAGGAGE (checked baggage)	Destruction, Loss or Damage		
	Delay (upon delivery)		
CARGO	Destruction, Loss or Damage		
	Delay (upon delivery)		

©Copyright: C. A. Neves Almeida

⁴¹ Vide F. D., ROOSEVELT, C. HULL, *Warsaw Convention, 1929 – Message of President Roosevelt and Report of Secretary of State Hull*, U.S. Aviation Reports, 1934, p. 239; também C. A. NEVES ALMEIDA, *Da*

entre a Convenção de Varsóvia, assinada no final da década dos anos 20 do século passado, e a Convenção de Montreal de 1999, assinada no final da última década do século passado, e em que decorreram cerca de 70 anos, o *equilíbrio de interesses* entre as partes tradicionais da relação de transporte aéreo, bem como o *principal objetivo* subjacente a cada uma das Convenções se alteraram, tendo o regime acordado em 1929 e que era, então, em grande parte, informado pela necessidade de assegurar *protecção* adequada ao desenvolvimento da indústria de transporte aéreo, e, por conseguinte, resultando num regime informado pelo objetivo de *protecção do transportador aéreo*, evoluído, em 1999, para um *regime de protecção do passageiro*, na qualidade de consumidor, e cujos principais aspectos e contornos, adoptando a concepção do “*seguro social*”, expõe o transportador aéreo (*regime de exposição*). Registou-se, assim, no que concerne aos principais aspectos do *equilíbrio de interesses* e dos *bens jurídicos* a proteger, em matéria de responsabilidade civil, a evolução de um *regime (eminentemente) de protecção do transportador aéreo (air carrier protective oriented liability system)* para um *regime de exposição do transportador aéreo (consumer protective oriented liability system)*.

Deste modo, sempre que, no passado, a jurisprudência comparada, aplicando a Convenção de Varsóvia, tenha ‘ampliado’ o conceito de “acidente”⁴², visando evitar

Responsabilidade Civil das Companhias de Aviação, cit., p. 442-443 e 659-663; e, ainda, em *International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999*, ICAO, vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, p. 59.

⁴² Vide nos EUA, *Waxman v. C.I.S. Mexicana de Aviacion, SA*, 13 F.Supp.2d 508 (United States District Court for the Southern District of New York, 1998): da matéria de facto provada ficou demonstrado que, no dia 25 de Janeiro de 1997, o casal de apelido Waxman viajou de Newark, New Jersey, para Cancun, no México, no voo 877 da companhia aérea Mexicana. Durante o voo, o Sr. Philip Waxman picou-se numa agulha saliente do tecido das costas da cadeira à sua frente e que lhe perfurou a perna direita. O Sr. Waxman recebeu tratamento médico à chegada a Cancun e posteriormente no seu regresso aos EUA. Fez ainda testes ao HIV e foi-lhe ministrada vacina contra a hepatite. O passageiro alegou que a companhia aérea havia sido negligente ao não remover a agulha durante a limpeza da aeronave que antecederia o voo e que isso teria sido a causa do ferimento que lhe fora infligido. Como resultado de ter sido picado na perna pela agulha, e para além da lesão corporal, o passageiro alegou ter sofrido danos do foro psicológico (“an exacerbation of pre-existing psychiatric conditions”) causados pela incerteza dos efeitos do ferimento infligido pela agulha (“uncertainty surrounding the needle”) que, de forma ostensiva, se traduziram no receio de contrair AIDS/SIDA. O passageiro alegou ainda que o ferimento causado pela agulha o impediu a si e ao seu cônjuge de darem seguimento ao plano de constituírem família, visto que, enquanto casal, foram aconselhados a não estabelecer relações sexuais sem protecção por um período de seis meses após o incidente. Em consequência dos factos ocorridos, o passageiro interpôs acção judicial por danos patrimoniais e não patrimoniais contra a companhia aérea e a empresa responsável pelos serviços de limpeza. O tribunal considerou que a ofensa à integridade física do passageiro resultante do incidente constituía “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia (*‘incident in which passenger on international flight was stuck in leg by hypodermic needle that was protruding from fabric of seat immediately in front of him was caused by unexpected or unusual event or happening that was external to passenger, and thus was “accident” for purposes of Warsaw Convention; failure of airline and cleaning subcontractor to remove needle was properly viewed as unusual, unexpected departure from ordinary procedures’*); *Croucher v. Worldwide Flight Servs., Inc.*, 27 Avi 18,062 (United States District Court for the District of New Jersey, 2000): o tribunal considerou que a omissão de remover um saco de enjoos usado (“a contaminated airsickness bag”) da bolsa do assento foi a causa do dano infligido ao passageiro e que isso constituía “acidente” à luz da Convenção de Varsóvia, precludindo, assim, a aplicação do direito interno; *Fishman v. Delta Air Lines, Inc.*, 132 F.3d 138 (US Court of Appeals for the 2nd Circuit, 1998): o tribunal qualificou de “acidente” o facto de, durante o serviço de bordo, ter sido entornada água quente sobre o pescoço e o ombro de criança de dois anos de idade, causando-lhe queimaduras, distinguindo, para o efeito, a situação ocorrida de eventuais incidentes com origem em causas naturais, como, por exemplo, hérnia pré-existente, ataque cardíaco, ou ataque de asma, por não serem factos externos ao passageiro. O tribunal expendeu ainda

a opinião de que “(...) *an injury resulting from routine procedures in the operation of an aircraft or airline can be an «accident» if those procedures are carried out in an unreasonable manner*” (Jacobs, *Circuit Judge, id.*, p. 143); *Diaz Lugo v. American Airlines*, 686 F.Supp. 373; 21 Avi 18,020 (United States District Court for the District of Puerto Rico, 1988): o tribunal considerou que entornar café, servido a bordo, sobre um passageiro, causando-lhe queimaduras, constituía “acidente” para efeitos da Convenção de Varsóvia; *Gonzalez v. Taca International Airlines*, 23 Avi 18,431 (United States District Court for the Eastern District of Louisiana, 1992): o tribunal considerou que o acto involuntário de entornar desperdícios de comida sobre passageiro, durante o serviço a bordo, no momento em que se procedia à remoção do tabuleiro do *catering* de outro passageiro e o facto de ao passageiro ter sido servida bebida contendo objecto estranho, constituía “acidente” para efeitos da Convenção de Varsóvia; *Watson v. American Airlines, Inc.*, 28 Avi 16,536 (United States District Court for the District of Maryland, 2002): o tribunal considerou aplicável a Convenção de Varsóvia às acções fundadas em “food poisoning” resultante do *catering* servido a bordo; *Scala v. American Airlines*, 249 F.Supp.2d 176; 29 Avi 17,573 (United States District Court for the District of Connecticut, 2003): o tribunal considerou que o facto de, por lapso, durante o serviço de bordo, ter sido servida bebida alcoólica ao passageiro, não obstante ter sido pedida bebida sem álcool, na sequência do que o passageiro viria a desenvolver patologia cardíaca, constituía “acidente” para efeitos da Convenção de Varsóvia; *Langadinos v. American Airlines, Inc.*, 27 Avi 17,409; 199 F.3d 68 (United States Court of Appeals for the First Circuit, 2000): em que o passageiro interpôs acção judicial contra o transportador aéreo alegando que este havia violado a Convenção de Varsóvia ao continuar a servir álcool a passageiro embriagado que depois o molestou. O tribunal julgou tratar-se de “acidente”, à luz da Convenção de Varsóvia, o comportamento errático e agressivo, sobre outro passageiro, por parte de passageiro embriagado a quem o transportador continuara a servir álcool apesar de ciente do seu aparente estado de embriaguez e do seu comportamento disruptivo; *Oliver v. SAS*, 17 Avi 18,283 (United States District Court for the District of Maryland, 1983): em que a demandante, na qualidade de passageira, alegou ter sofrido lesão corporal quando um passageiro embriagado, a quem o transportador continuara a servir bebidas alcoólicas, caiu sobre ela. O tribunal julgou tratar-se de “acidente”, não o facto do transportador ter servido álcool ao passageiro, mas o facto do passageiro embriagado ter caído sobre a demandante causando-lhe ferimentos: “(...) *an accident occurred when the fellow passenger fell unexpectedly upon the plaintiff*” (Miller, *D.J., id.*, p. 18284); *Lahey v. Singapore Airlines, Ltd.*, 27 Avi 18,124 (United States District Court for the Southern District of New York, 2000): o tribunal julgou tratar-se de “acidente” nos termos e para efeitos da Convenção de Varsóvia a agressão de passageiro por outro passageiro a bordo de voo internacional. Na fundamentação, o tribunal considerou a agressão um risco característico do transporte aéreo porque a vítima viajava sentada em espaço confinado da classe económica, à frente do agressor, que se manifestaria de forma inesperada, violenta e hostil à conduta da passageira em reclinar o encosto do seu assento. O agressor bateu na cabeça da passageira e atirou sobre ela a bandeja do *catering*. O tribunal considerou tratar-se incidente ‘*unexpected, unusual, and external to the victim*’; *Wallace v. Korean Air*, 27 Avi 17,864 (United States Court of Appeals for the Second Circuit, 2000): o tribunal de recurso qualificou como “acidente”, nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia, o facto da passageira ter sido molestada sexualmente por outro passageiro sentado ao seu lado a bordo de voo internacional. Na fundamentação, o tribunal considerou que as características do transporte aéreo haviam contribuído para agravar a vulnerabilidade da passageira à agressão, uma vez que aquela estava confinada a um espaço apertado ao lado do abusador, a iluminação da cabine havia sido reduzida, e nenhum membro da tripulação se encontrava próximo ou sequer se apercebeu do sucedido. O tribunal concluiu que a agressão constituía um facto ‘*unexpected or unusual*’ e *externo* à passageira. *Vide*, também, no Reino Unido, *Morris v. KLM*, [2001] 3 All ER 126; [2002] 1 Lloyd’s Rep. 745; [2002] 2 All ER 565; [2002] 1 All ER (Comm) 385 (Court of Appeal, Civil Division, 2001; House of Lords, 2002), envolvendo o caso de menor não acompanhada, em idade adolescente, que viajava entre Kuala Lumpur e Amesterdão, e que foi, igualmente, molestada sexualmente por passageiro que se encontrava sentado ao seu lado. O tribunal não pôs em causa que se tratava de “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia, pese embora ter considerado que o dano não patrimonial autónomo não era passível de indemnização à luz da Convenção de Varsóvia. *Vide*, também, no Canadá, *Naval-Torres v. Northwest Airlines Inc.*, [1998] 159 D.L.R. (4th) 67 (Ontario Court, General Division, Canada, 1998): o tribunal julgou que a exposição do passageiro ao fumo proveniente da zona de fumadores, apesar de lhe ter sido atribuído assento na zona de não fumadores, constituía “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia. Os exemplos de decisões judiciais por força das quais se tem julgado subsumível ao termo “acidente” factos que pouco ou nada têm a ver com os riscos próprios da aviação são inúmeros e continuam a ser actuais ao abrigo da Convenção de Montreal de 1999. O que torna crítica esta orientação jurisprudencial que pugna pela aplicação da *doctrine*

decisões que, doutro modo, seguramente conduziriam à impunidade do transportador aéreo – e assim decidindo apenas como forma de reacção à adopção do entendimento que resulta da *doctrine of complete preemption* da Convenção e, em consequência, interpretando a Convenção como *absolute exclusive cause of action* –, o resultado foi o de ‘importar’ para o âmbito regulatório da Convenção situações que, em rigor, não deveriam ser tratadas nesse âmbito, mas que, pelo contrário, teriam o seu cabimento normal no âmbito da previsão normativa do direito interno considerado competente, permitindo-se, assim, que o transportador aéreo beneficiasse de um regime de responsabilidade civil mais protector por estabelecer limites à responsabilidade do transportador aéreo e, conseqüentemente, pudesse, assim, beneficiar de uma *vantagem económica não justificada* – porque não relacionada com a especificidade dos riscos da sua actividade de transporte aéreo –, quando feita a comparação com o regime geral da responsabilidade civil que lhe seria, provavelmente, aplicado ao abrigo do direito interno considerado competente e que, por norma, não estaria sujeito aos mesmos limites de responsabilidade previstos na Convenção (*unlimited liability*)⁴³. Recorrendo à exemplificação, pode-se pensar numa situação em que o passageiro é sujeito a tratamento

of complete preemption é que, para evitar a *impunidade* do transportador aéreo – devido ao *princípio da exclusividade* da Convenção, ao abrigo do qual e de acordo com a referida doutrina a Convenção é interpretada como *exclusive cause of action* –, o intérprete sofre da pressão de ter de subsumir os factos às *causas e pressupostos típicos da responsabilidade* previstos na Convenção, de modo a evitar a jusante o resultado absurdo de *impunidade* do transportador aéreo, sempre que esteja em causa facto danoso que, à luz do direito interno, seria, seguramente, causa de responsabilidade civil. Desta forma, para que se mantenha aplicável o regime de responsabilidade previsto na Convenção, os tribunais tendem a interpretar o termo “acidente” em sentido lato, ampliando o conceito ao ponto de abranger situações que, como se viu nos exemplos dados, não constituem eventos que tenham qualquer relação com os riscos próprios e específicos de ocorrerem na aviação, e, por conseguinte, alimentando o risco da *descharacterização* do termo “acidente”, cujo valor semântico está longe de ser *neutro*. Semelhante orientação jurisprudencial não parece, no entanto, ter qualquer sustentação naquela que terá sido a intenção do legislador internacional nesta matéria, balizando a necessidade da Convenção em garantir o objectivo da *uniformidade universal* com circunscrição à sua *amplitude material (substantive scope)*. De facto, ‘*being stuck in his leg by a hypodermic needle that was protruding from the fabric in the back of the seat that was directly in front of passenger*’, corresponde tal situação a evento, cuja probabilidade de risco em ocorrer seja exclusiva da actividade de transporte aéreo? Ou ser-se vítima de agressão por outro passageiro? Não podem tais situações ocorrer noutros modos de transporte de pessoas, nomeadamente, por via rodoviária ou ferroviária? E a conduta involuntária de ‘*spilling hot coffee, scalding water, food waste*’ sobre o passageiro constitui um risco inerente exclusivamente ao transporte aéreo (exceptuadas as situações em que a causa desse facto se deva a ocorrência imprevisível de turbulência)? E o risco de intoxicação alimentar (*‘food poisoning’*) resultante da ingestão de alimentos do *catering* servido a bordo? Ou o risco de trocar a bebida que se serve e que deveria ser sem álcool? Ou o risco de exposição ao fumo do tabaco proveniente de zona reservada a fumadores? Não podem estes eventos ocorrer num restaurante, bar ou cafetaria? Se sim, por que razão este tipo de eventos (*no typical aviation risks related events*) devem responsabilizar o transportador aéreo ao abrigo de norma especial concebida à parte do regime geral da responsabilidade civil aplicável à generalidade dos demais agentes económicos? A justificação, que poderá estar subjacente à resposta, parece indicar no sentido de que, doutro modo, a não ser essa a interpretação a adoptar, por força do denominado e já referido *absolute exclusive cause of action principle*, a conduta do transportador aéreo acabaria por ficar impune, apesar da verificação dos pressupostos do regime geral da responsabilidade civil e da violação dos direitos do lesado a ser indemnizado.

⁴³ *Tseng v. El Al Israel Airlines, Ltd.*, 25 Avi 18,226 (U.S. Court of Appeals, Second Circuit, 1997) – decisão revogada pelo Supremo Tribunal Federal dos EUA (reversed judgment): “(...) *the Convention limits airline liability for accidents. But the Convention does not purport to insulate carriers from the ordinary risks of doing business, such as keeping their facilities in good repair. An injury to a passenger caused, for example, by a failure of a carrier to keep its walkways in a safe condition is hardly the type of catastrophic incident that would likely force even a fledgling airline out of business, and cannot be assumed to have been within the contemplation of the drafters of the Convention*” (Cardamone, Circuit Judge, *id.*, p. 18234).

discriminatório proibido por lei de acordo com os respectivos *factores de diferenciação discriminatória* e que esses actos são praticados pelo transportador aéreo ou pelos seus trabalhadores ou agentes, ocorrendo a bordo ou durante o embarque. Os actos de discriminação não apresentam qualquer relação *exclusiva* ou *específica* com os riscos próprios do transporte aéreo, pelo que uma análise atenta sobre se um acto de discriminação constitui, ou não, “acidente” para efeitos de aplicação do regime de responsabilidade previsto na Convenção aplicável deveria conduzir à conclusão negativa e, conseqüentemente, o transportador aéreo nunca assumiria qualquer responsabilidade por tais condutas, pois o regime da Convenção (se interpretado à luz do princípio da regra do precedente – *case law precedent rule* – da jurisprudência superior do Reino Unido e dos EUA) obrigaria à sua aplicação e qualificação como *absolute exclusive cause of action*, o que preclui a aplicação do direito interno sempre que a Convenção seja aplicável à *relação de transporte aéreo*, impedindo que outra norma possa ser aplicável à *relação de responsabilidade civil*.

Assim, e como já foi mencionado antes, para evitar a impunidade do transportador aéreo, alguns tribunais têm vindo a interpretar o conceito normativo de “acidente” em termos amplos para efeitos de responsabilidade civil do transportador aéreo conexas com o transporte aéreo de passageiros. Todavia, a expansão do conceito de “acidente” – o que conduz à sua *descharacterização* semântica quando a ele sejam subsumidos eventos não relacionados com os riscos específicos do transporte aéreo –, em vez de conduzir àquilo que seria expectável e correcto, e que seria a aplicação do direito interno considerado competente, leva a que os tribunais acabem por contribuir para que seja conferida *vantagem económica não justificada (unjustified advantage)* ao transportador aéreo, enquanto agente económico, permitindo-lhe beneficiar do privilégio da responsabilidade limitada em vantagem sobre outros agentes económicos. Semelhante consequência tem, ainda, o efeito de se traduzir em iniquidade e prejuízo para o cidadão que seja alvo de tratamento discriminatório no âmbito duma relação de transporte aéreo, quando feita a comparação com situação paralela ocorrida na relação com outro prestador de serviço integrado noutra actividade económica com oferta de prestação de serviços ao público em geral, designadamente, no domínio da prestação de serviços de transporte de diferente modalidade que não o transporte aéreo.

Por outro lado, aplicando, agora, *mutatis mutandis*, o mesmo tipo de raciocínio à Convenção de Montreal de 1999, chega-se à conclusão de que, em vez de ser conferida uma *vantagem não justificada (unjustified advantage)* ao transportador aéreo, os tribunais que, na jurisprudência comparada, assim interpretam e aplicam a Convenção, acabarão por contribuir para agravar o grau de exposição do transportador aéreo em termos de assunção de responsabilidade, sujeitando-o a responsabilidade objectiva, em vez de responsabilidade baseada na culpa o que, com grande probabilidade, seria o regime inerente ao modelo geral da responsabilidade civil emergente da aplicação do direito interno e, dessa forma, infligindo ao transportador aéreo uma *desvantagem injustificada (unjustified disadvantage)*⁴⁴.

⁴⁴ Em teoria, o conceito de responsabilidade objectiva (*strict liability*), que significa responsabilidade civil independentemente de culpa, é fundado no risco que é gerado. Conseqüentemente, à luz de semelhante conceito, a responsabilidade por risco impende sobre a pessoa que dá origem ao risco ou ao seu agravamento. No transporte aéreo, em que há riscos específicos associados quer à actividade em si por ter lugar em ambiente sujeito a contingências imprevisíveis, quer ao equipamento empregue nessa actividade e sobre o qual apenas o transportador aéreo detém o controlo efectivo, e considerando, ainda, que o principal interessado pelo exercício dessa actividade é o transportador aéreo visando com esse exercício obter o lucro, os princípios *risque-crée* e *risque profit* são o fundamento que justifica que o transportador aéreo deva

assumir responsabilidade objectiva, mas apenas por danos especificamente relacionados com os riscos próprios e inerentes à especificidade dessa actividade, e não por todo e qualquer dano causado por eventos de natureza comum que possam ser transversais ao exercício ordinário de qualquer actividade em geral, eventos esses que não apresentem qualquer relação de conexão com os riscos próprios da operação normal duma aeronave. Foi, precisamente, ao abrigo de tais premissas que a discussão do primeiro *draft* da convenção relativa a danos causados a terceiros à superfície orientou, em 1929, o sentido dos trabalhos preparatórios, e em que a responsabilidade objectiva do transportador aéreo foi sempre regra constante desde o seu início – vide, segundo os trabalhos preparatórios levados a cabo no seio do CITEJA, “*Rapport présenté au nom de la Troisième Commission par M. Ambrosini sur l’Avant-Projet de Convention relative à la Responsabilité pour les dommages causés aux tiers à la surface*” em Comité International Technique d’Experts Juridiques Aériens – *Compte Rendu de la 4^{ème} Session, Document n° 22, Paris, 1929, p. 104-108*: “*Avant de commencer à illustrer les différents articles du Projet, il est bon de dire un mot des principes essentiels qui lui servent de base, afin d’en marquer les traits caractéristiques. (...) Un point sur lequel il y a eu, au sein de la Commission, une singulière unanimité d’approbation, c’est celui du principe de la responsabilité objective ou du risque, qui forme la base de toute l’économie et l’organisme du Projet. Tous les membres de la Commission, même à travers des longs travaux et les nombreuses discussions auxquels le Projet a donné lieu, se sont toujours trouvés d’accord pour affirmer que les dommages causés aux tiers à la surface, c’est-à-dire à ceux qui sont étrangers à l’exercice de la navigation aérienne par le fait qu’ils n’y prennent aucune part, doivent être dédommés dans tous les cas, c’est-à-dire, ainsi que l’on est désormais d’accord de dire, avec une expression qui, peut-être, n’est pas tout à fait bien appropriée mais qui est très claire, de plein droit. (...) Les raisons qui justifient l’adoption de ce principe sont (...) en cette matière (...) l’existence d’une conscience juridique générale internationale, conformément à laquelle le fondement de la responsabilité des dommages causés par les aéronefs aux personnes ou aux biens se trouvant à la surface, ne doit pas être recherché dans le dol ou dans la faute de celui qui a causé le dommage, mais dans le fait même du dommage, quelle qu’en soit la cause. C’est la théorie de la responsabilité objective ou du risque qui s’est imposée solidement dans cette matière et a trouvé une application dans presque toutes les législations aéronautiques actuellement en vigueur: française, suisse, allemande, anglaise, etc. (...) Cette uniformité des dispositions de presque toutes les lois nationales, dans cette matière, est certainement l’expression la plus typique de la conscience générale internationale susindiquée, laquelle, du rest, avait déjà trouvé plusieurs manifestations dans la doctrine, et, particulièrement, dans la jurisprudence antérieure aux dites lois. (...) sur les raisons juridiques, théoriques et pratiques, qui conseillent et justifient l’adoption du principe de la responsabilité objective des dommages causés par les aéronefs aux personnes et aux biens à la surface (...) elles sont: 1. La position éminente de l’aéronef, qui, tandis qu’elle le met à l’abri de toute lésion qui puisse venir du sol, expose ceux qui se trouvent à la surface à tous dommages que la nature même de l’appareil et les risques propres qu’elle comporte, peuvent causer par le jet, par sa chute, au départ et à l’atterrissage. L’égalité de la situation entre l’auteur et la victime du dommage, qui crée théoriquement entre eux une réciprocité éventuelle dans les dommages, est, comme il est connu, un présupposé de la théorie de la faute. Etant donné que cette égalité de situation et d’une possible réciprocité dans les dommages entre les aéronefs et les habitants de la surface n’existe pas, il est juste que la théorie classique de la faute soit rejetée et que la théorie objective soit adoptée. (...) 2. L’impossibilité presque absolue où se trouve la victime du dommage de fournir, dans la majorité des cas, la preuve de la faute de l’aéronaute. La cause du fait préjudiciable doit être attribuée, généralement, à une manœuvre mal faite du pilote, au mauvais fonctionnement du moteur ou des commandes de l’appareil, aux événements atmosphériques, c’est-à-dire dans tous les cas aux événements qui arrivent dans l’air, en dehors, donc, de toute possibilité de contrôle de la part des habitants à la surface. En outre, l’appareil qui est tombé se réduit presque toujours à un amas de débris duquel il est impossible de trouver un élément pour établir la responsabilité subjective de l’aéronaute. (...) Il est donc préférable de rendre l’exploitant de l’aéronef responsable du dommage, dans tous les cas, pour éviter ainsi dans le public cette hostilité préconçue contre l’aéronautique, qui serait sans doute suscitée du fait que les dommages causés par ces aéronautes ne seraient, généralement, pas dédommés à cause, précisément, de l’impossibilité de la preuve de la faute du pilote. (...) 3. L’usage d’une machine qui crée pour le public de nouveaux risques et des périls spéciaux, oblige l’exploitant à un devoir de garantie envers le public étranger à cet exercice, pour les dommages qui peuvent en résulter pour lui. On ne saurait parler ici de faute (...). L’aéronaute ne peut être considéré coupable pour le seul fait d’avoir choisi une telle profession, d’avoir équipé et mis en mouvement un aéronef. La faute, dans le sens classique, présuppose en effet une imputabilité morale qui résulte d’un acte illicite. Or, l’aéronautique n’est guère un fait illicite, étant donné, au contraire, que c’est dans l’intérêt même de la collectivité que les meilleurs et les plus audacieux en*

A razão pela qual o conceito de “acidente” não deve ser expandido – no sentido que tem sido até aqui por alguma jurisprudência que, seguindo a linha da *doctrine of complete preemption* da Convenção e, em consequência, interpreta a Convenção como *absolute exclusive cause of action* – é porque semelhante conceito tem a função de ‘filtro’ na determinação da aplicação do *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) sobre o direito interno pela Convenção. Assim, para efeitos de aplicação do regime de responsabilidade civil da Convenção, o termo “acidente” não possui valor semântico neutro, antes e apenas abrangendo eventos que possam estar associados aos riscos típicos da aviação (*true typical aviation risks related event*)⁴⁵.

tentent, à leur risque, le développement et le progrès. Aucune imputabilité morale ne peut donc exister pour celui qui fait usage d'un aéronef. Il est plus rationnel de parler, dans ce cas, de responsabilité fondée sur la conception susindiquée de garantie, et non sur celle de la faute. 4. Quelques Juristes (...) considèrent encore l'adoption de la responsabilité objective comme le corollaire de la liberté de survol de la propriété privée, accordée aux aéronautes” (p. 105-106). Cumpre, no entanto, sublinhar que, aplicando-se a Convenção de Montreal de 1999, o problema suscitado *supra* de ocorrer uma *desvantagem injustificada* para o transportador aéreo por efeito da sua sujeição a responsabilidade objectiva ou por risco, apenas se coloca para as situações em que o dano não resulte de atraso à chegada, o que também reforça a ideia de que, no caso de dano material causado a bens transportados ou de dano físico causado ao passageiro transportado, haverá, necessariamente, uma relação na *causa* do dano associada aos riscos do transporte.

⁴⁵ Neste sentido nos EUA, *vide Price v. British Airways*, 23 Avi 18,465 (United States District Court for the Southern District of New York, 1992): o tribunal considerou que o transportador aéreo não era responsável por ofensas à integridade física de passageiro que se envolvera em rixa com outro passageiro após consumo de bebidas alcoólicas. Apesar da Convenção de Varsóvia estabelecer a responsabilidade do transportador aéreo perante o passageiro por lesão corporal causada por *acidente* a bordo da aeronave ou durante qualquer das operações de embarque ou desembarque, as ofensas à integridade física do passageiro, na situação aqui em apreço, não haviam resultado de acidente no sentido que desse termo decorre no quadro da Convenção. O envolvimento do passageiro numa rixa não constitui risco característico do transporte aéreo, e, contrariamente a uma acção terrorista ou de pirataria aérea, o transportador aéreo dificilmente consegue prevenir o risco de ocorrência de rixas; também em *Stone v. Continental Airlines, Inc.*, 905 F.Supp. 823 (United States District Court for the District of Hawaii, 1995), num caso de agressão de um passageiro por outro passageiro: o tribunal julgou não se tratar de acidente nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia; *O'Grady v. British Airways*, 134 F.Supp.2d 407; 27 Avi 18,540 (United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 2001), envolvendo confrontação verbal e física entre um passageiro e uma passageira: o tribunal considerou que a ocorrência não constituía “acidente”. *Vide* também, em França, *Mohamed e.a. v. British Airways*, [1997] 51 RFDA 147, 155 (Tribunal de Grande Instance de Paris, 1995; Cour d'Appel de Paris, 1996), num caso de sequestro de passageiros, em trânsito no edifício da aerogare, após terem desembarcado (tomada de reféns, pelo exército iraquiano, dentre os passageiros do voo da companhia aérea British Airways que escalou a cidade do Kuwait na noite de 1 para 2 de Agosto de 1990, data em que se deu a invasão deste país pelo Iraque): “(...) *il résulte du déroulement des faits que les dommages allégués ne sont à l'évidence pas liés aux opérations de débarquement proprement dites et ne peuvent se rattacher aux risques inhérents à la navigation aérienne prévus par la Convention de Varsovie (...) qu'il convient en conséquence de rechercher la loi applicable à la action en responsabilité intentée par les passagers et leurs proches; (...) que cette recherche ne fait pas obstacle à la primauté de la Convention internationale sur la loi interne (...) dès lors que le dommage ne rentre pas dans le champ d'application de la Convention de Varsovie (...) qu'il résulte de ces circonstances que c'est (...) la loi française seule applicable en l'espèce*” (Tribunal de Grande Instance de Paris, *id.*, p. 150, julgamento confirmado pelo tribunal de recurso). Ainda no âmbito das decisões judiciais dos EUA, aplicando a *two prong accident analysis*, de acordo com a qual, no sentido de verificar se o *facto-causal* do dano é subsumível ao conceito de “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção, se impõe a realização do procedimento de análise *two prong test*, de modo a apurar, cumulativamente, (1) se ocorreu um evento *não usual* (*unusual*) e *imprevisível* (*unexpected*) *externo* (*external*) ao passageiro; e (2) se o evento ocorrido envolveu alguma forma de ‘*malfunction or abnormality in the aircraft's operation*’ – *vide Gotz v. Delta Air Lines, Inc.*, 12 F.Supp.2d 199 (United States District Court for the District of Massachusetts, 1998). Neste caso, o tribunal acabaria por basear a sua decisão apenas no primeiro exercício da análise (*first prong test*) ao concluir que a ocorrência não constituía um evento *unusual*, nem *external*

ao passageiro, pois o dano/lesão corporal (distensão muscular com ruptura de ligamentos nos ombros esquerdo e direito) resultara numa reacção interna do passageiro ao movimento físico do próprio relacionado com a colocação de bagagem nos *overhead bins* por cima do seu assento. Apesar disso, na fundamentação, e tendo presente o *second prong test*, o tribunal concluiria também que acções independentes de terceiros não têm enquadramento no âmbito do “*aircraft’s operation*”; *Garcia Ramos v. Transmeridian Airlines, Inc.* (United States District Court for the District of Puerto Rico, 2005), em http://www.leagle.com/decision/2005522385FSupp2d137_1512 (data de acesso 01.10.2023): o tribunal considerou que o facto de um passageiro ter pisado outro passageiro não apresentava qualquer relação com a operação da aeronave para efeitos de responsabilidade civil do transportador aéreo; *Goodwin v. British Airways* (United States District Court for the District of Massachusetts, 2011) em <http://www.leagle.com/decision/In%20FDCO%2020110809694> (data de acesso 01.10.2023) em que a passageira alegara que o transportador aéreo havia faltado ao dever geral de cuidado não prevenindo que, no desembarque, outro passageiro fosse contra ela, empurrando-a e fazendo com que caísse e fracturasse a anca. O tribunal considerou que o evento subjacente à causa da lesão corporal não apresentava qualquer relação com a operação da aeronave e, por isso, não satisfazia o ‘*second prong test*’ inerente à subsunção dos factos ao termo “acidente” para efeitos do artº. 17º da Convenção de Montreal de 1999. Todavia, rejeitando o *two prong test*, vide *Arellano v. American Airlines, Inc.* (United States District Court for the Southern District of Florida, Miami Division, 2014) em <http://www.leagle.com/decision/In%20FDCO%2020141126D79> (data de acesso 01.10.2023), em acção judicial instaurada contra o transportador aéreo pedindo indemnização por danos causados no desembarque de voo com atraso à chegada e em que o passageiro fora atropelado por outro passageiro com pressa para recolher a sua bagagem a tempo de embarcar em voo de ligação. O tribunal julgou que, para efeitos da definição de acidente à luz da Convenção de Montreal de 1999, o *second prong* referente à *malfunction or abnormality of the aircraft’s operation* carecia de fundamento quer à luz do texto da Convenção, quer à luz da jurisprudência fosse esta vinculativa ou persuasiva. Nesse sentido, o tribunal julgou que, embora fosse expectável haver contacto físico entre passageiros no decurso do transporte aéreo e da operação de desembarque, ser atropelado por outros passageiros não configurava um evento expectável e como tal, tratando-se de um evento não expectável isso era suficiente para que os factos fossem subsumíveis ao termo “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção de Montreal. Também na UE, o TJUE, no seu Acórdão de 19 de Dezembro de 2019, proferido no Processo C-532/18 – *GN vs ZU*, apesar de, na sua fundamentação, reconhecer que o termo “acidente” resultou numa escolha intencional do legislador internacional por contraposição ao termo “acontecimento”, julgaria, de forma que se reputa incoerente, e, por conseguinte, passível de crítica, que o artigo 17º, nº 1, da Convenção de Montreal de 1999 deve ser interpretado no sentido de que o conceito de “acidente”, na acepção desta disposição, abrange todas as situações ocorridas a bordo de uma aeronave em que um objeto utilizado para o serviço prestado aos passageiros causou uma lesão corporal a um passageiro, *sem que seja necessário determinar se essas situações resultam de um risco inerente ao transporte aéreo* – in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0532&qid=1700940126756> (data de acesso 01.10.2023). Tratou-se, neste caso, de julgar uma situação de responsabilidade civil do transportador aéreo em que a passageira sofrera queimaduras de segundo grau no peito e na coxa direita fruto de derrame de café quente servido a bordo e contido em copo colocado na mesa rebatível situada à frente da passageira. Por Acórdão de 15 de dezembro de 2015, o Landesgericht Korneuburg (Tribunal Regional de Korneuburg, Áustria) julgara procedente o pedido de indemnização da recorrente. O referido órgão jurisdicional julgou no sentido de que se concretizara um risco inerente ao transporte aéreo, uma vez que, no quadro da sua operação, uma aeronave está sujeita a graus de inclinação variáveis que podem conduzir a que objetos pousados sobre uma superfície horizontal no avião comecem a deslizar sem ser necessária uma manobra particular da aeronave. Em 30 de Agosto de 2016, o tribunal de recurso de segunda instância (Oberlandesgericht Wien/Tribunal Regional Superior de Viena, Áustria) viria a anular a decisão proferida em primeira instância com fundamento na falta de oferecimento de prova pela demandante de ter ocorrido um risco inerente ao transporte aéreo. O TJUE, em sede de apreciação de questão prejudicial, fruto do reenvio pelo Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria) para o qual fora interposto recurso de «Revision», reconheceu existirem duas abordagens do tema. Assim, segundo uma primeira abordagem, «o conceito de “acidente”, na aceção do artigo 17º, nº 1, da Convenção de Montreal, abrange unicamente as situações em que se concretizou um risco inerente ao transporte aéreo. Segundo esta abordagem, é necessário que se materialize um risco decorrente da natureza, do estado ou da utilização da aeronave, ou de uma instalação aeronáutica utilizada no momento do embarque ou do desembarque». Por conseguinte, julgou o TJUE que, de acordo com essa abordagem, a consequência é a de que acidentes como o do processo principal, que não têm

A confirmação e conclusão de que o termo “acidente”, previsto na Convenção, não é uma expressão neutra destituída de valor semântico, pode ser extraída da análise dos trabalhos preparatórios do Protocolo da Guatemala de 1971, que, apesar de nunca ter chegado a entrar em vigor, viu substituída a expressão “acidente” pela expressão comum “evento” – essa sim de valor semântico neutro –, substituição essa que não teve continuidade na Convenção de Montreal de 1999 onde foi mantida a expressão inicial “acidente”, apesar de terem sido, nesta última, acolhidos outros aspectos de regime que haviam sido inseridos pelo Protocolo da Guatemala de 1971, como foi o regime da responsabilidade objectiva do transportador aéreo⁴⁶. Tal só tem explicação plausível porque o termo

qualquer relação com a atividade de transporte aéreo e poderiam ocorrer noutras circunstâncias, não implicam a responsabilidade da transportadora, o que teria sido a intenção dos Estados partes na Convenção de Montreal. Em contrapartida, de acordo com uma segunda abordagem, “*não é necessário que se tenha concretizado um risco inerente ao transporte aéreo para desencadear a responsabilidade da transportadora*”. Para o TJUE, “*esta abordagem assenta na redação do artigo 17º, nº 1, da Convenção de Montreal, que não formula tal requisito*”. Além disso, acrescenta o TJUE, “*aceitar este requisito esvaziaria, na sua substância, o regime de responsabilidade previsto na referida disposição*”, visto que “*quase todos os prejuízos ficariam excluídos, uma vez que poderiam apresentar-se de forma semelhante noutras circunstâncias da vida*”. Em qualquer caso, o TJUE julgou que “*não haveria motivo para recluir a responsabilidade ilimitada da transportadora aérea em resultado de tal abordagem, na medida em que a transportadora pode ser exonerada de responsabilidade em caso de culpa concorrente da parte lesada, nos termos do artigo 20º da Convenção de Montreal*”. Assim, pese embora o TJUE ter julgado que “[a] este respeito, resulta dos trabalhos preparatórios que conduziram à adoção da Convenção de Montreal que as partes contratantes optaram pelo conceito de «acidente» em vez do conceito de «acontecimento», proposto no projeto inicial (v., designadamente, parecer apresentado pela International Union of Aviation Insurers, DCW Doc No.28, 13 de maio de 1999, bem como o relatório do Rapporteur on the Modernization and Consolidation of the Warsaw System, C-WP/10576)”, a razão subjacente a tal opção “*foi a de o termo «acontecimento» ser considerado demasiado amplo por abranger todas as circunstâncias e poder gerar demasiado contencioso*”. Deste modo, “*não é necessário limitar a obrigação de indemnização das transportadoras aéreas aos acidentes relacionados com um risco inerente ao transporte aéreo para evitar impor um ónus de reparação excessivo às mesmas transportadoras aéreas*”, pois, por força do artº. 20º da Convenção, as “*transportadoras podem excluir ou limitar a sua responsabilidade*”. Não se afigura de todo isento de crítica este julgamento do TJUE visto que (i) o requisito do risco inerente ao transporte aéreo está intrinsecamente associado ao termo “acidente” e, por essa via, previsto no artº. 17º da Convenção de Montreal de 1999 quando nele se utiliza este termo e não outro facto causal de natureza geral e neutra (“acontecimento”/“evento”); (ii) não explica por que razão o legislador internacional optou pelo termo “acidente” e não outro de natureza geral e neutra que também não impediria a invocação da garantia de defesa do transportador aéreo prevista no artº. 20º da Convenção (exoneração da responsabilidade por concurso de culpa do lesado); e (iii) não evita que os tribunais, para impedirem a impunidade do transportador aéreo, tenham de ampliar artificialmente a extensão do termo “acidente” de modo a nele abranger todas as circunstâncias da vida, visando integrar o facto causal da responsabilidade do transportador aéreo na *amplitude material (substantive scope)* da Convenção de Montreal. A interpretação do TJUE é, por conseguinte, escusada e desvirtua o “justo equilíbrio de interesses” intencionado pelo legislador internacional e expresso no Preâmbulo à Convenção de Montreal de 1999, acentuando, desnecessariamente e de forma imprópria, a *desvantagem injustificada (unjustified disadvantage)* do transportador aéreo.

⁴⁶ C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 60-61, 466-492 e 674-675. Durante os trabalhos preparatórios que conduziram à aprovação e assinatura do Protocolo da Guatemala de 1971, o representante da Suécia alertou para as implicações decorrentes do uso da expressão “*event*” – de acordo com a proposta – em vez de “*accident*” – originalmente prevista à luz da Convenção de Varsóvia, sublinhando que o uso da expressão “*event*” conduziria a fundamentar a responsabilidade do transportador aéreo em factos claramente além do conceito de “*accident*” – *cfr. International Conference on Air Law – Guatemala City, February-March 1971*, ICAO, vol. I (Minutes), 1972, Montreal, Canada, p. 34. Também o representante da Áustria, pronunciando-se sobre a proposta do artigo 17º da Convenção: “*To date, the term «accident» has been used, from which it may be deduced that the only type of damage that should be included would be damage having a direct connection with the accident resulting from the operation of the*

“acidente” que se quis manter, e conforme já se sublinhou, tem a função de servir como *filtro* para distinguir se certa ocorrência constitui facto inerente aos riscos típicos e próprios da aviação e do transporte aéreo (*a true typical aviation risks related event*), ou não, para efeitos de aplicação do *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) previsto na Convenção. Funcionando neste sentido e como consequência do propósito que assim lhe está atribuído, o termo “acidente” produz, também, o efeito automático de: (1) nos casos em que seja aplicável a Convenção de Varsóvia (*air carrier protection oriented convention*), por força do *efeito de auto-exclusão* (*self-excluding effect*) da Convenção, limitar a *vantagem não justificada* (*unjustified advantage*) a favor do transportador aéreo, como entidade empresarial envolvida, eventualmente, no exercício de actos inerentes a actividade económica não aviação, evitando que o transportador aéreo possa, na condição de agente económico não aviação, beneficiar do privilégio da *responsabilidade limitada* em posição de vantagem sobre outros agentes económicos colocados em situação similar e concorrencial; (2) nos casos em que seja aplicável a Convenção de Montreal de 1999 (*consumer protection oriented convention*), por força do *efeito de auto-exclusão* (*self-*

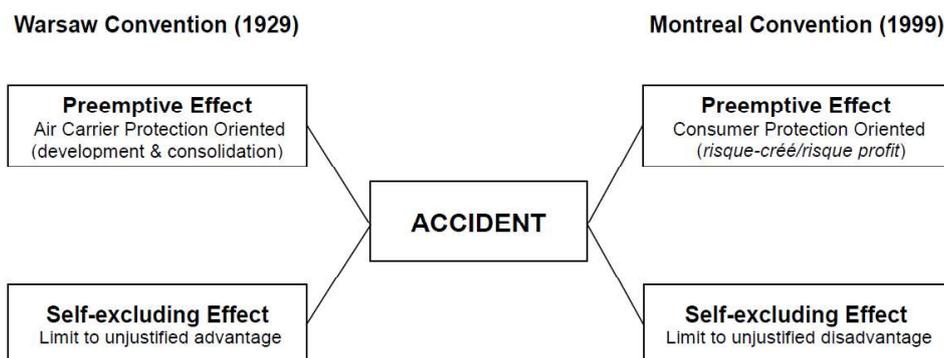
*aircraft. It is now suggested that the term «event» be substituted for the term «accident». This would mean that the air carrier would also be considered liable in the event, say, of a passenger killing another passenger on board the aircraft without that event having any relation to the service itself” (id., p. 144). Vide, também, nas discussões havidas durante os trabalhos preparatórios da Convenção de Montreal de 1999, os termos em que a delegação britânica procurava justificar uma proposta de alteração ao artº. 16º da proposta de Convenção (actual artº. 17º da Convenção): “The reason for the first proposal is (...) a necessary counter balance for the introduction of the replacement of the basis for recovery from it being the result of an «accident» to it being the result of an «event»; a much wider expression” – cfr. *International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999*, ICAO, vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, p. 348. Também, assumindo existir uma diferença de semântica relevante entre “accident” e “event” para efeitos de responsabilidade civil do transportador aéreo no transporte aéreo de pessoas, vide *International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999*, ICAO, vol. I (Minutes), 1999, Montreal, Canada, p. 77: o delegado da Noruega: “In the present draft the carrier’s liability covered accidents taking place on board the aircraft, whereas the Guatemala City Protocol extended the basis of liability to cover events that took place on board the aircraft. The basis of liability was now narrower than the Warsaw Convention as amended by the Guatemala City Protocol”; o delegado da Finlândia: “(...) the text of Article 16, paragraph 1 was detrimental to passengers as it now referred to accidents and not events”; e p. 119: o delegado dos EUA: “The equitable balance which had been struck between the interests of passengers and carriers was that the word «accident» be used rather than the word «event» which strongly favoured the carrier’s interests”; também vol. II (Documents), 1999, Montreal, Canada, p. 156, e vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, p. 37, 65, 169, 170 e 172. Vide também na doutrina D. GOEDHUIS, *National Airlegislations and the Warsaw Convention*, cit., p. 200-201, e ID., *La Convention de Varsovie*, cit., p. 160-163, fazendo a distinção entre as causas da responsabilidade civil do transportador aéreo no transporte aéreo de pessoas e no transporte aéreo de bagagem e carga. Para este autor, o termo *acidente* pressupõe a existência de conexão com os riscos do transporte aéreo: “(...) one could think of many accidents which occur on board aircraft or in the course of operations of embarking or disembarking which have no connection with the carriage. The carrier should not be declared liable for such accidents”; vide igual entendimento em L. PEDREIRA, *O regime jurídico do transporte aéreo internacional segundo a Convenção de Varsóvia*, cit., p. 113. Também no sentido de que o ICAO Study Group on the Modernization of the Warsaw Convention System havia formulado recomendação para incluir no novo instrumento internacional consolidado elementos, nomeadamente, do Protocolo da Guatemala de 1971, na medida em que se mostrassem apropriados, tornassem efectivas certas orientações envolvendo o regime da responsabilidade civil do transportador aéreo e fossem com elas consistentes, tais como, no transporte aéreo de pessoas, a responsabilidade objectiva limitada a 100,000.00 SDR e a responsabilidade ilimitada acima desse limite fundada em presunção de culpa, vide *International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999*, ICAO, vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, p. 4-5, 17-18, 24 e 37.*

excluding effect) da Convenção, limitar a *desvantagem não justificada (unjustified disadvantage)* em desfavor do transportador aéreo, como entidade empresarial envolvida, eventualmente, no exercício de actos inerentes a actividade económica não aviação, evitando que o transportador aéreo possa, na condição de agente económico não aviação, ficar sujeito ao ónus da *responsabilidade objectiva* em posição de desvantagem relativamente a outros agentes económicos colocados em situação similar e concorrencial⁴⁷.

Tendo concluído nos termos expressos *supra*, justificam-se, a título complementar e de síntese final, duas breves notas com respeito às implicações de índole substantiva resultantes do sentido da jurisprudência superior do Reino Unido e dos EUA nesta matéria:

1. Contributo insuficiente para prover ao *equilíbrio de interesses* das partes envolvidas sempre que o sentido de tal jurisprudência possa conduzir à impunidade do transportador aéreo, pese embora os comportamentos que lhe possam ser imputáveis a título de culpa, se o evento causador do dano não estiver abrangido pela *amplitude material* do regime de responsabilidade da Convenção (*substantive scope*)⁴⁸;

⁴⁷ A representação gráfica seguinte reproduz o modo como o termo ‘*acidente*’ funciona como ‘*filtro*’, seja à luz da Convenção de Varsóvia, seja à luz da Convenção de Montreal de 1999 (também em C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 674-675):



©Copyright: C. A. Neves Almeida

⁴⁸ Ainda assim, a assunção de tal iniquidade parece ter ficado patente na fundamentação da decisão *Sidhu v. British Airways/Abnett v. British Airways*, [1997] 1 All ER 193, [1997] 51 RFDA 163 (House of Lords, 1996) também em <https://uniset.ca/terr/css/1997AC430.html> (data de acesso 01.10.2023), valorizando em patamar superior o bem jurídico da *certeza e uniformidade* da regulamentação internacional: “*An answer to the question which leaves claimants without a remedy is not at first sight attractive. It is tempting to give way to the argument that where there is a wrong there must be a remedy. That indeed is the foundation upon which much of our common law has been built up. The broad principles which provide the foundation for the law of delict in Scotland and of torts in the English common law have been developed upon these lines. No system of law can attempt to compensate persons for all losses in whatever circumstances. But the assumption is that, where a breach of duty has caused loss, a remedy in damages ought to be available. (...) A balance was struck, in the interests of certainty and uniformity*” (Lord Hope of Craighead, 1997, 1 All ER, p. 212); e “[t]o permit exceptions, whereby a passenger could sue outwith the convention for losses sustained in the course of international carriage by air, would distort the whole system, even in cases for which the convention did not create any liability on the part of the carrier. Thus, the purpose is to ensure that, in all questions relating to the carrier’s liability, it is the provisions of the convention which apply and that the passenger does not have access to any other remedies, whether under the common law or otherwise, which may be available within the particular country where he chooses to raise his action. (...) The conclusion must be therefore that any remedy is excluded by the convention, as the set of uniform rules does not provide for it. The domestic courts are not free to provide a remedy according to their own law,

because to do this would be to undermine the convention. It would lead to the setting alongside the convention of an entirely different set of rules which would distort the operation of the whole scheme. (...) Were remedies outside the convention to become available, it would encourage litigation in other cases to restrict its application still further in the hope of obtaining a better remedy, against which the carrier would have no protection under the contract. I am in no doubt that the convention was designed to eliminate these difficulties. I see no escape from the conclusion that, where the convention has not provided a remedy, no remedy is available” (Lord Hope of Craighead, 1997, 1 All ER, p. 207 e 213). Nesta decisão, o tribunal de recurso julgou no sentido dos factos (tomada de reféns, pelo exército iraquiano, dentre os passageiros do voo da companhia aérea British Airways que escalou para reabastecimento a cidade do Kuwait na noite de 1 para 2 de Agosto de 1990, data em que se deu a invasão deste país pelo Iraque) não constituírem “acidente” nos termos e para os efeitos do artº. 17º da Convenção de Varsóvia, pelo que, ao abrigo da jurisprudência que pugna pela *doctrine of complete preemption* da Convenção, e, consequentemente, interpretando a Convenção como *exclusive cause of action and exclusive remedy*, não sendo possível obter o ressarcimento do dano no quadro da Convenção, também não seria possível fundamentar qualquer pedido de indemnização ao abrigo do direito local (“*where the Convention had not provided a remedy, no remedy was available either under the common law or otherwise*”). Neste caso, sucedeu ainda que, apesar de se ter concluído que os factos não eram subsumíveis ao termo “acidente”, a acção judicial havia sido iniciada a 30 de julho de 1993, ou seja, quando já havia expirado o prazo de caducidade do direito de acção de 2 anos previsto no artº. 29º da Convenção de Varsóvia, pese embora se estivesse dentro do prazo de 3 anos aplicável à luz do direito interno. Assim, o tribunal decidiu também que, sendo a Convenção aplicável ao transporte aéreo internacional, e, por conseguinte, à relação de transporte aéreo em apreço, o artº. 29º da Convenção deveria aplicar-se, barrando, dessa forma o direito de acção e o eventual recurso a prazo mais alargado previsto no direito interno. Mais uma vez, também esta parte da decisão se nos afigura passível de crítica, pois não foi acautelada a distinção entre aquilo que é a *aplicabilidade da Convenção à relação de transporte aéreo* e aquilo que deve ser a *aplicabilidade do regime de responsabilidade civil previsto na Convenção*. Com efeito, mesmo que se verifique a *aplicabilidade da Convenção à relação de transporte aéreo internacional* que estiver em causa, isso não significa que se aplique *ipso jure* o *regime de responsabilidade civil previsto na Convenção* e, só se este se aplicar, é que poderá ser invocada a excepção de caducidade (prazo de 2 anos) do direito de acção, prevista na Convenção (artº. 29º da Convenção de Varsóvia, correspondente ao artº. 35º na Convenção de Montreal de 1999) e que também integra as condições e os limites do regime de responsabilidade previsto na Convenção – vide C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 260-263, nota 268. Doutro modo, se se concluir que o *regime de responsabilidade civil previsto na Convenção* não se aplica, a regra da caducidade a aplicar será a que consta da norma interna cujo regime de responsabilidade se aplica. Julgando em sentido oposto à decisão de última instância proferida no Reino Unido em *Sidhu v. British Airways/Abnett v. British Airways*, e fundada nos mesmos factos (os demandantes eram também passageiros no voo BA149 de 1 de Agosto de 1990 com partida de Londres e destino em Kuala Lumpur com escala prevista no Kuwait na noite de 1 para 2 de Agosto de 1990), em acção instaurada em França, vide *Mohamed e.a. v. British Airways*, [1997] 51 RFDA 147, 155 (Tribunal de Grande Instance de Paris, 1995; Cour d’Appel de Paris, 1996): “*Considérant que la Convention de Varsovie n’exclut pas toute responsabilité du transporteur aérien de passagers, en dehors des hypothèses entrant dans son champ d’application; qu’admettre la thèse de la société appelante selon laquelle sa responsabilité ne pourrait être appréciée qu’au regard des seules dispositions de la Convention de Varsovie, équivaudrait à consacrer le principe de l’irresponsabilité du transporteur aérien, dans les situations non prévues par cette Convention; (...)*” (Cour d’Appel de Paris, *id.*, p. 160). A aeronave aterrou no aeroporto da Cidade do Kuwait, aproximadamente, 5 horas após o início da invasão do Kuwait pelas forças militares do Iraque, facto este que viria a dar início à Guerra do Golfo. O aeroporto foi encerrado e o voo impedido de descolar devido aos danos, entretanto, causados na pista fruto dos bombardeamentos pela aviação militar iraquiana. Os demandantes foram feitos prisioneiros pelo exército ocupante quando ainda se encontravam no terminal do aeroporto e usados como reféns para servirem de escudos humanos, tendo, posteriormente, sido transferidos para Bagdad. Durante o seu sequestro, que, no pior dos casos, se estendeu por um período de cerca de três meses, os demandantes foram sujeitos a condições muito precárias e severas, incluindo tortura, o que lhes causou danos do foro físico e psíquico. Na sequência disso, interpuseram acção judicial contra a British Airways peticionando a sua condenação no pagamento de indemnização pelos danos infligidos, alegando que a companhia aérea havia agido de forma temerária, sabendo, ou devendo saber, do risco envolvido ao não ter previamente cancelado a escala no Kuwait, visto que, por essa altura, a invasão do Kuwait era já um facto com forte probabilidade de vir a acontecer, considerando o cenário vivido e as circunstâncias resultantes do inesperado rompimento das

negociações diplomáticas. A acção foi instaurada ao abrigo do direito interno e não da Convenção de Varsóvia. A companhia aérea contestou a acção contra-alegando que toda e qualquer responsabilidade que lhe pudesse ser assacada teria de ser fundamentada à luz da Convenção de Varsóvia com sujeição às condições e limites de responsabilidade nela previstos (*princípio da exclusividade* da Convenção), recusando ainda qualquer responsabilidade, porquanto os factos não haviam ocorrido nem a bordo, nem no decurso de qualquer operação de embarque ou de desembarque. O tribunal deu como provado que os danos infligidos não apresentavam qualquer ligação ou conexão com as operações de embarque ou de desembarque, nem sequer com qualquer tipo de evento relacionado com a operação da aeronave, concluindo, conseqüentemente, que os danos causados não eram nem inerentes a, nem o resultado de riscos típicos da operação da aeronave ou da navegação aérea previstos na Convenção de Varsóvia. Deste modo, o tribunal julgou não aplicável o regime de responsabilidade civil da Convenção de Varsóvia. Na fundamentação da decisão, e conforme se deixou transcrito *supra*, o tribunal considerou ainda que a Convenção de Varsóvia não exclui a responsabilidade civil do transportador aéreo para além das situações típicas previstas no âmbito da sua *amplitude material (substantive scope)*, e, conseqüentemente, o argumento da demandada, segundo o qual a responsabilidade civil do transportador aéreo não poderia ser fundamentada fora do regime de responsabilidade da Convenção, não deve prevalecer na sua aplicação, pois, doutro modo, tal significaria permitir que o transportador aéreo pudesse escapar à responsabilidade em todas as situações inerentes a uma relação de transporte aéreo internacional em que os factos não tivessem cabimento na *amplitude material (substantive scope)* da Convenção. Assim, o recurso ao direito interno sempre que os factos não se enquadrem dentro da *amplitude material (substantive scope)* da Convenção de Varsóvia é admissível e tal não preclui a primacia do regime da responsabilidade civil da Convenção de Varsóvia apenas e sempre que este seja aplicável. Desta forma, o tribunal decidiu que os acontecimentos que conduziram à invasão do Kuwait e que estiveram na causa do dano infligido aos demandantes não haviam sido *imprevisíveis*, nem *inevitáveis*, e devido à decisão do transportador aéreo de escalar o Kuwait em vez de instruir o piloto para aterrar em qualquer outro lugar, não obstante se ter também provado que a aeronave havia sido abastecida de combustível suficiente para permitir que o voo divergisse em segurança para aeroporto alternativo, constituíam acção deliberada levada a cabo de forma temerária sem qualquer justificação material válida, que expôs os passageiros a riscos de guerra, e, ao fazê-lo da forma como o fez, o transportador aéreo agiu com culpa incorrendo no incumprimento do dever geral de cuidado que sobre ele impendia. Em função do exposto, o transportador aéreo foi condenado a indemnizar integralmente os demandantes pelos danos infligidos de acordo com o direito interno aplicável. Os dois exemplos de jurisprudência comparada, aqui citados, são a manifestação evidente do resultado paradigmático na forma divergente como os tribunais de diferentes jurisdições têm vindo a interpretar e a aplicar o *princípio da exclusividade* comum quer à Convenção de Varsóvia de 1929, quer à Convenção de Montreal de 1999. Todavia, se o sentido interpretativo do julgamento proferido pela jurisprudência superior do Reino Unido em *Sidhu v. British Airways/Abnett v. British Airways*, interpretando e aplicando o *princípio da exclusividade* na Convenção de Varsóvia de 1929, foi inspirado na necessidade formal de servir, essencialmente, o propósito da uniformidade da Convenção, esta orientação, dificilmente, se concebe que possa ser transposta para a aplicação da Convenção de Montreal de 1999, pois os efeitos de uma interpretação de Convenção ‘*wholly exclusive*’ não se adequam a uma Convenção cujo principal objectivo, nela expressamente declarado, visa a concretização da transição entre duas eras da história da aviação comercial, ou seja, a evolução de um *regime protector do transportador aéreo* para um *regime protector do passageiro aéreo*, através da definição de um novo “*justo equilíbrio de interesses*” (*‘equitable balance of interests’*) e “*reconhecendo a importância de assegurar a protecção dos interesses dos utilizadores do transporte aéreo internacional*” (*‘recognizing the importance of ensuring protection of the interests of consumers in international carriage by air’*) – *cfr.* Considerandos terceiro e quinto do Preâmbulo da Convenção de Montreal de 1999, assim como nos trabalhos preparatórios em *International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999*, ICAO, vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, p. 59 e 67. Semelhante crítica é, igualmente, devida à jurisprudência superior dos EUA plasmada em *EL AL Israel Airlines, Ltd. v. Tseng*, 26 Avi 16,141 (United States Supreme Court, 1999), em que o tribunal de última instância decidiu que a sujeição, por motivos de segurança, a revista intrusiva às partes íntimas de passageira antes da partida de um voo internacional sujeito à aplicação da Convenção de Varsóvia não constituía “acidente” no sentido e para os efeitos da referida Convenção, porque, *inter alia*, as revistas a passageiros fazem parte do normal procedimento de segurança diário das companhias aéreas, e, conseqüentemente, sempre que a indemnização por danos pessoais não é possível ao abrigo da Convenção de Varsóvia, também não o é ao abrigo de qualquer outro regime de responsabilidade. Também na doutrina,

2. Contributo insuficiente para prover ao *equilíbrio de interesses* das partes envolvidas sempre que o sentido de tal jurisprudência possa originar uma jurisprudência reactiva descaracterizadora do conceito normativo do termo “acidente” como forma de evitar a impunidade do transportador aéreo, o que terá o efeito colateral de minar os objectivos subjacentes a cada uma das Convenções (*limitar a vantagem injustificada/limitar a desvantagem injustificada*) com respeito à salvaguarda do referido *equilíbrio de interesses* das partes.

De acordo com a regra geral de interpretação dos tratados, prevista no artº. 31º da Convenção de Viena de 23 de Maio de 1969 sobre o direito dos tratados, um tratado deve ser interpretado de boa fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado no seu *contexto* e à luz dos respectivos *objecto* e *fim*. Acresce que, por força do artº. 32º da referida Convenção, pode-se recorrer a meios complementares de interpretação, incluindo aos *trabalhos preparatórios* do tratado e às *circunstâncias* em que foi concluído o tratado, com vista a confirmar o sentido resultante da aplicação do artº. 31º, ou a determinar o sentido quando a interpretação dada segundo o artº. 31º: (a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou (b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desrazoável. Assim, atendendo ao *fim* quer da Convenção de Varsóvia de 1929, quer da Convenção de Montreal de 1999, afigura-se indubitável e consensual, seja à luz do elemento histórico (*trabalhos preparatórios*), seja à luz dos *fins* estabelecidos no preâmbulo introdutório e título de cada uma das referidas Convenções, que o propósito comum a ambas as Convenções foi o de assegurar a *uniformidade* e a *certeza e segurança jurídica* universais, não obstante a *uniformidade* ser objectivo comum subjacente a qualquer tratado. Todavia, ao garantir a *uniformidade formal* não se pode prejudicar a realização do *objectivo material* (*substantive purpose*) dum tratado, o que, no caso da Convenção de Varsóvia de 1929, de acordo com o respectivo elemento histórico (*trabalhos preparatórios*), foi também o de garantir o *equilíbrio de interesses* (*balance of interests*) em que a protecção do transportador aéreo constituía um importante factor e bem jurídico a preservar, enquanto que, no caso da Convenção de Montreal de 1999, seja à luz dos *trabalhos preparatórios*, seja à luz do respectivo preâmbulo, está em causa garantir um “*justo equilíbrio de interesses*” (*equitable balance of interests*) em que a importância da *protecção do consumidor* (*consumer protection*) constitui um valor e um bem jurídico a promover e realizar.

Deste modo, de acordo com a interpretação que se defendeu *supra*, a *uniformidade* deve ser garantida apenas no quadro da *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção, a fim de que o *objectivo material* (*substantive purpose*) da Convenção não seja prejudicado por interpretações conducentes a um resultado que possa ser “*manifestamente absurdo ou desrazoável*” – artº. 32º(b) da Convenção de Viena. Tal aplica-se à Convenção de Varsóvia de 1929, assim como à Convenção de Montreal de 1999.

em sentido contrário, defendendo que o objectivo de qualquer sistema jurídico relativamente à responsabilidade civil é prevenir, por efeito do *dever geral de cuidado*, que, ao abrigo de qualquer relação contratual, as partes possam infligir danos uma à outra, mediante conduta ilícita e culposa, seja violando direitos que assistem à contraparte, seja impedindo o exercício desses direitos ou a aplicação das regras de protecção que os salvaguardam, *vide* A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, 1985, vol. I, p. 639.

V. Do Direito e da Justiça Europeus na protecção dos direitos do passageiro

1. Regulamento (CE) n° 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11.02⁴⁹

1.1. Dos aspectos gerais

Complementarmente ao estatuído nas convenções de *jus tractuum* aplicáveis à relação de transporte aéreo internacional de pessoas, cumpre também trazer à colação o regime decorrente do Regulamento (CE) n° 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.02, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros

⁴⁹ Para o essencial dos aspectos regulatórios, *vide* a seguinte tabela:

Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004			
AIR CARRIAGE OF	CAUSE OF LIABILITY	PASSENGER'S RIGHTS	LEGAL PROVISIONS
PASSENGERS	Denied boarding	1. Right to compensation (except when cancellation is due to extraordinary circumstances or if passenger is informed in advance of the cancellation at least 2 weeks up to 7 days before the scheduled time of departure, or less if the delay at departure is ≤ 1 hour A ≤ 2 hours at arrival); 2. Right to reimbursement or re-routing; 3. Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed, in case of next day ETD, but not applicable in the case of passenger option for the right to reimbursement due to cancellation) and (iii) communications;	Arts. 4(3), 5, 7, 8 and 9;
	Cancellation	Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed, in case of next day ETD, but not applicable in the case of passenger option for the right to reimbursement due to cancellation) and (iii) communications;	
	Delay	If ≥ 2 hours A < 3 hours (A flights ≤ 1500kms): Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications;	Arts. 6(1)(a)(i)(ii) and 9;
		If ≥ 3 hours A < 4 hours (A Intra-EU flights > 1500kms V any other flight ≥ 1500kms A ≤ 3500kms): Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications;	Arts. 6(1)(b)(i)(ii) and 9;
		If ≥ 4 hours A < 5 hours: Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications;	Arts. 6(1)(c)(i)(ii) and 9;
		If ≥ 5 hours: 1. Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications; 2. Right to reimbursement (+ return flight to the first point of departure);	Arts. 6(1)(c)(i)(ii)(iii), 8(1)(a) and 9;
If ETA ≥ 3 hours: 1. Right to compensation (except when cancellation is due to extraordinary circumstances); 2. Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications;	Judicial authority (ECJ Ruling)		
Downgrading	Refund of 30%, 50% or 75% of the ticket price;	Art. 10;	

©Copyright: C. A. Neves Almeida

Ainda sobre o regime geral estatuído ao abrigo do Regulamento (CE) n° 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.02, *vide* C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 139-140 e 596-608, e ID., *Contrato de Transporte Aéreo de Passageiros*, cit., p. 356-372; J. NAVEAU, M. GODFROID, P. FRÜHLING, *Précis de Droit Aérien*, Bruxelas, 2006, p. 381-387; M. P., VIEIRA, *Os Direitos do Passageiro Aéreo*, in *Estudos de Direito Aéreo* (Coordenação Gouveia, Jorge Bacelar), Coimbra, 2007, p. 561-582 (565-570); N. C., LOURENÇO, *A Limitação de Responsabilidade do Transportador Aéreo Internacional no Transporte de Pessoas – de Varsóvia a Montreal*, in *Temas de Direito dos Transportes* (Coordenação M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES), vol. I, Coimbra, 2010, p. 385-534 (424-425; 509-518); L. PIERALLINI, *Regulation 261/2004 – Passengers’ Right to Compensation in Case of Flight Delay. Looking for a Fair Balance of Interests. The Role of the Court of Justice of the EU and the Risk to Waste a Chance for Reform*, in *From Lowlands to High Skies: A Multilevel Jurisdictional Approach Towards Air Law – Essays in Honour of John Balfour* (Edited by P. MENDES DE LEON), Leiden, Boston, 2013, p. 117-134; M. L. JAKOBSEN, J. S. RASMUSSEN, *Locked Out of Heaven: The Air Greenland Case and Extraordinary Circumstances*, in *From Lowlands to High Skies: A Multilevel Jurisdictional Approach Towards Air Law – Essays in Honour of John Balfour*, cit., p. 135-144; A. MENEGHETTI, T. VAN DER WIJNGAART, *Disproportionate Jurisprudence: The CJEU’s Approach to Proportionality in Regulation 261/2004*, in *From Lowlands to High Skies: A Multilevel Jurisdictional Approach Towards Air Law – Essays in Honour of John Balfour*, cit., p. 163-172; E. FREIDENBERG, *International and National Aviation Rules Versus Consumer Protection Regulations: a Comparative Report on the Position of Latin American Countries in Relation to EU Regulation 261/2004*, in *From Lowlands to High Skies: A Multilevel Jurisdictional Approach Towards Air Law – Essays in Honour of John Balfour*, cit., p. 199-213; H. R. ALVES, *Direito Aéreo – Uma Introdução*, Lisboa, 2019, p. 545-568. Comentando o regime emergente do Regulamento (CE) n° 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.02, na parte excludente da responsabilidade do transportador aéreo com fundamento em “circunstâncias extraordinárias” numa abordagem de direito comparado e de análise casuística nas diferentes modalidades de contratos de transporte, *vide* F. M. MORSELLO, *Contratos de Transporte - Novos Paradigmas do Caso Fortuito e Força Maior*, São Paulo, 2021, p. 337-386.

dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos⁵⁰.

Em termos de abrangência, o regime assim estabelecido visa aplicar-se, em síntese:

- a) aos voos com partida de aeroporto situado no território de Estado-Membro da União Europeia⁵¹;
- b) aos voos operados por companhias aéreas comunitárias a partir de países terceiros com destino a aeroporto situado no território de um Estado-Membro da União Europeia;
- c) aos passageiros tanto dos voos regulares, como dos voos não regulares;
- d) aos passageiros que sejam apenas transportados em aeronaves *motorizadas* de *asa fixa*⁵²;
- e) aos passageiros titulares de bilhete com tarifa, directa ou indirectamente, acessível ao público, e, ainda, aos passageiros que sejam portadores de bilhetes prémio (*award tickets*) emitidos no âmbito de programas de fidelização de clientes.

A sua aplicação não apenas aos voos com partida de aeroporto situado no território de Estado-Membro da União Europeia, mas também aos voos operados por companhias aéreas comunitárias a partir de países terceiros com destino a aeroporto situado no território de um Estado-Membro da União Europeia – a menos que os passageiros hajam recebido benefícios ou uma indemnização e que lhes tenha sido prestada assistência nesse país terceiro ao abrigo da ordem jurídica local –, implica que o mesmo goze de eficácia extraterritorial⁵³.

⁵⁰ Sobre a compatibilidade regulatória entre, por um lado, as Convenções de Varsóvia de 1929 e de Montreal de 1999, quando aplicáveis, e, por outro lado, as fontes comunitárias europeias complementares, *vide* C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 447, nota 438, 465, nota 462, e 521-527, incluindo notas 519 e 520, ID., *Contrato de Transporte Aéreo de Passageiros*, cit., p. 297-298, nota 15, e em ID. *Da Responsabilidade Civil das Companhias de Aviação*, cit., p. 1149-1152 no que decorre da aplicação do *princípio da exclusividade* das Convenções. *Vide* também Ac. do TJUE de 10.01.2006 (Case C-344/04 – *IATA & ELFAA v EC*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476668653356&uri=CELEX:62004CJ0344> (data de acesso 01.10.2023), nºs 46-48; Ac. do TJUE de 23.10.2012 (Cases C-581/10 – *Emeka Nelson e.a. v Deutsche Lufthansa AG* e C-629/10 – *TUI Travel plc e.a. v Civil Aviation Authority*), publicado in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476659327776&uri=CELEX:62010CJ0581> (data de acesso 01.10.2023), nº 57; Ac. do TJUE de 31.01.2013 (Case C-12/11 – *Denise McDonagh v Ryanair Ltd.*), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476642149277&uri=CELEX:62011CJ0012> (data de acesso 01.10.2023), nº 21, posicionando a aplicação das fontes comunitárias europeias “*a montante*”/“*earlier stage*”.

⁵¹ Artº. 3º, nº 1, alínea a), do Regulamento CE 261/2004.

⁵² Artº. 3º, nº 4, do Regulamento CE 261/2004.

⁵³ O regime é aplicável aos passageiros dos voos operados a partir de países terceiros com destino a aeroporto situado em Estado-Membro em que o operador técnico ou de facto seja uma companhia aérea comunitária ainda que esta não seja, relativamente a tais passageiros, o transportador comercial. Tal acontecerá, por exemplo, ao abrigo de acordos comerciais seja de *code share* quando o transportador comunitário seja também o operador técnico, ou ao abrigo de acordos de *wet lease* em que o transportador comunitário não seja sequer transportador comercial com relação a essa operação de transporte – *cf.* artºs. 2º, alínea b), e 3º, nº 1, alínea b), do Regulamento CE 261/2004. No sentido de que o Regulamento CE 261/2004 não é aplicável aos voos a partir de países terceiros operados por transportador aéreo não comunitário ainda que se trate de voo de regresso relativo a uma reserva única de ida e volta (Düsseldorf, na Alemanha, com destino a Manila, nas Filipinas, via Dubai, e volta, serviço aéreo este operado pela companhia aérea Emirates, também transportador aéreo comercial) e em que os pontos de partida e de destino final se situam em aeroporto de Estado-Membro (Düsseldorf na Alemanha), *vide* Ac. do TJUE de 10.07.2008 (Case C-173/07 – *Emirates Airlines – Direktion für Deutschland v Diether Schenkel*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476570399284&uri=CELEX:62007CJ0173> (data de acesso 01.10.2023). O voo de regresso, operado pela companhia aérea Emirates, fora cancelado devido

Conforme ficou sumariamente enunciado, o presente regime não se aplica aos passageiros com viagens gratuitas ou com tarifa reduzida não disponível, directa ou indirectamente, ao público, embora se excluam, expressamente, dessa excepção, os bilhetes emitidos a título de prémios (*award tickets*) no âmbito de programas de fidelização de clientes (v.g. *frequent flyer programs*)⁵⁴.

O referido regime consagra, ainda, com particular atenção, o direito a tratamento e assistência *especial e prioritária* a favor quer das pessoas com mobilidade reduzida (*PRMs-Passengers with Reduced Mobility*) ou com necessidades especiais (*PSNs-Passengers with Special Needs*), incluindo respectivos acompanhantes, quer de crianças não acompanhadas (*UMs-Unaccompanied Minors*)⁵⁵.

Por último, o Regulamento CE 261/2004 consagra os seguintes aspectos gerais que urge realçar:

- a) direito à informação do passageiro, devendo o transportador prestar essa informação com antecedência e de forma escrita ou, no caso de passageiros invisuais, utilizando os meios alternativos adequados⁵⁶;
- b) direito do passageiro vir reclamar o ressarcimento de danos suplementares⁵⁷;
- c) reconhecimento do direito de regresso do transportador contra terceiros⁵⁸;
- d) competência cometida aos Estados-Membros para virem estabelecer regime sancionatório interno aplicável às infracções ao regime estatuído no Regulamento CE 261/2004, designando ainda organismo interno a quem seja cometida a fiscalização na sua aplicação⁵⁹.

As obrigações para com os passageiros decorrentes do regime estatuído no Regulamento CE 261/2004 são de natureza jurídica imperativa pelo que não podem ser limitadas, excluídas ou derogadas, sob pena de responsabilidade do transportador ao pagamento de indemnização adicional a favor do passageiro⁶⁰.

a problemas técnicos. O tribunal decidiu que “[o] artigo 3º, nº 1, alínea a), do Regulamento (CE) nº. 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) nº. 295/91, deve ser interpretado no sentido de que não é aplicável às situações em que está em causa uma viagem de ida e volta no âmbito da qual os passageiros que partiram inicialmente de um aeroporto situado no território de um Estado-Membro ao qual o Tratado CE se aplica regressam a esse aeroporto num voo com partida de um aeroporto situado num país terceiro. A circunstância de o voo de ida e o voo de regresso serem objecto de uma reserva única não é relevante para a interpretação dessa disposição”.

⁵⁴ Artº. 3º, nº 3, do Regulamento CE 261/2004.

⁵⁵ Artºs. 2º, alínea i), 9º, nº 3, e 11º do Regulamento CE 261/2004.

⁵⁶ Artº. 14º do Regulamento CE 261/2004.

⁵⁷ À imagem, aliás, do que já se verificava no regime anterior constante do Regulamento (CEE) nº 295/91, do Conselho, de 04.02. Acresce que, também agora, se excluem desta faculdade os “voluntários”, embora, à luz do novo regime, a negação do direito destes a reclamar danos suplementares seja estatuída “sem prejuízo dos princípios e normas relevantes do direito, incluindo a jurisprudência” – *cf.* artº. 12º do Regulamento CE 261/2004.

⁵⁸ Artº. 13º do Regulamento CE 261/2004.

⁵⁹ Artº. 16º do Regulamento CE 261/2004. Em Portugal, semelhante regime viria a ser instituído pelo DL nº 209/2005, de 29.11, tendo o regulador, à época INAC-Instituto Nacional de Aviação Civil, IP, actual ANAC-Autoridade Nacional de Aviação Civil, sido designado como organismo fiscalizador para o efeito, sem prejuízo das competências atribuídas por lei a outras entidades.

⁶⁰ Artº. 15º do Regulamento CE 261/2004.

1.2. Da recusa de embarque: pressupostos

Constituem ainda pressupostos base de aplicabilidade deste regime, em sede de recusa de embarque, os seguintes factos:

- a) dispor o passageiro de reserva confirmada para o voo em questão; e,
- b) ter-se o passageiro apresentado a registo (*check-in*) nos prazos, local e condições requeridas para o efeito⁶¹.

Em alternativa a tais pressupostos, contempla-se ainda situação em que o passageiro venha transferido por outro transportador aéreo ou operador turístico de voo em que aquele possuía reserva⁶².

A recusa de embarque, quando se verificarem os pressupostos acima enunciados, implica que o transportador deva primeiramente recorrer ao apelo de voluntários que aceitem ceder as suas reservas a troco de contrapartidas. Todavia, semelhante procedimento de apelo a voluntários apenas obriga o transportador quando este tiver motivos razoáveis para prever que vai recusar o embarque para um voo. Assim, verificadas que sejam as condições previstas na lei, apenas é admissível a recusa de embarque contra a vontade do passageiro se o número de voluntários for insuficiente para permitir que os restantes passageiros com reservas possam embarcar⁶³.

Para além do exposto, ao transportador é, igualmente, permitido recusar, legitimamente e sem que fique sujeito às sanções previstas no Regulamento CE 261/2004, o embarque de passageiro com reserva confirmada e que, com a oportunidade devida, se apresente a registo, sempre que tal possa ser justificado com fundamento em motivos razoáveis, conexos, nomeadamente, com razões de saúde, de segurança ou de falta da necessária documentação de viagem⁶⁴.

1.3. Do cancelamento de voo: pressupostos

Em sede de cancelamento de voos, constitui igualmente pressuposto de aplicabilidade deste regime o facto de o passageiro dispor de reserva confirmada para o voo em questão, ou ter aquele sido transferido por outro transportador aéreo ou operador turístico de voo em que aquele possuía reserva⁶⁵.

Nos termos do Regulamento CE 261/2004, entende-se por *cancelamento* a não realização de um voo que anteriormente estava programado e em que, pelo menos, um lugar foi reservado⁶⁶. De acordo com a interpretação do TJUE, verifica-se *cancelamento*, por não realização de um voo que anteriormente estava programado, mesmo quando a aeronave tenha descolado, regressando posteriormente ao aeroporto de partida, sem que de seguida tenha sido dada continuidade à realização da operação conforme programado inicialmente

⁶¹ Quando não seja indicada qualquer hora para o efeito deve o passageiro apresentar-se até 45 minutos antes da hora de partida publicada – *cf.* artº. 3º, nº 2, alínea a), do Regulamento CE 261/2004.

⁶² Artº. 3º, nº 2, alínea b), do Regulamento CE 261/2004.

⁶³ Artº. 4º do Regulamento CE 261/2004.

⁶⁴ Artº. 2º, alínea j), do Regulamento CE 261/2004.

⁶⁵ Artº. 3º, nº 2, do Regulamento CE 261/2004.

⁶⁶ Artº. 2º, alínea l), do Regulamento CE 261/2004.

e no sentido de ser concluído o respectivo serviço aéreo⁶⁷. O *cancelamento* é, assim, a consequência do facto de um voo inicialmente previsto não ter sido realizado⁶⁸.

O transportador aéreo não incorre em responsabilidade com respeito ao pagamento de compensação financeira por cancelamento de voo se provar que o cancelamento se ficou a dever a *circunstâncias extraordinárias* que não poderiam ter sido evitadas mesmo que

⁶⁷ Ac. do TJUE de 13.10.2011 (Case C-83/10 – *Rodriguez e.a. v Air France*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476605842095&uri=CELEX:62010CJ0083> (data de acesso 01.10.2023): “(...) o conceito de «cancelamento», conforme definido no artigo 2.º, alínea l), do Regulamento n.º 261/2004, deve ser interpretado no sentido de que, numa situação como a que está em causa no processo principal, não visa exclusivamente a hipótese de não descolagem do avião em causa, abrangendo igualmente o caso de esse avião ter descolado, mas de, por qualquer razão, ter sido depois forçado a regressar ao aeroporto de partida no qual os passageiros do referido avião foram transferidos para outros voos”.

⁶⁸ Neste sentido, vide também o Ac. do TJUE de 19.11.2009 (Cases C-402/07 – *Christopher Sturgeon e.a. v Condor Flugdienst GmbH* e C-432/07 – *Stefan Böch and Cornelia Lepuschitz v Air France SA*), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476611030272&uri=CELEX:62007CJ0402> (data de acesso 01.10.2023). Neste acórdão, o TJUE veio estabelecer os critérios que devem informar a linha divisória na distinção entre *atraso* e *cancelamento* de um voo, estatuidando que não é possível inferir do Regulamento CE 261/2004 que um voo atrasado possa ser qualificado de «voo cancelado» pelo simples facto de o atraso se ter prolongado, mesmo de maneira considerável: “(...) não se pode considerar que um voo atrasado, independentemente da duração do atraso, e mesmo que esta seja considerável, foi cancelado, quando se realiza em conformidade com a programação inicialmente prevista pela transportadora aérea. (...) Assim, é, em princípio, possível concluir pela existência de um cancelamento, quando o voo inicialmente previsto e atrasado for transferido para outro voo, isto é, quando a programação do voo inicial é abandonada e os passageiros deste se juntam aos passageiros de um voo igualmente programado, independentemente do voo para o qual os passageiros assim transferidos efectuaram as suas reservas”. Para o efeito, o tribunal desconsiderou e não relevou como critérios decisivos ou determinantes nessa qualificação a informação constante do painel de partidas do aeroporto (indicações de voo “atrasado” ou “cancelado”), nem o facto de os passageiros levantarem as suas bagagens ou receberem novos cartões de embarque, nem mesmo o facto de a composição do grupo de passageiros inicialmente titulares de uma reserva ser essencialmente idêntica à do grupo transportado ulteriormente.

tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis⁶⁹ 70. De acordo com a interpretação restritiva desenvolvida pelo TJUE, a verificação de *circunstâncias extraordinárias* não

⁶⁹ Art.º 5.º, n.º 3, do Regulamento CE 261/2004. Nos tribunais portugueses, de referir o Ac. do TRP de 09.02.2009 (Proc. 0854270) pub. no *website* do ITIJ – Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd/ef4270d8e5d64b8a8025755a003b660a?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023) que julgou verificadas *circunstâncias extraordinárias* justificativas do cancelamento do voo com fundamento na ocorrência de greve do pessoal dos socorros, exonerando assim o transportador do dever de indemnizar à luz dos art.ºs. 5.º, n.º 3, e 7.º do Regulamento CE 261/2004. Todavia, cumpre sublinhar que a verificação de *circunstâncias extraordinárias*, eximindo, embora, o transportador do dever de indemnizar nos termos do referido Regulamento CE, não prejudica, *a contrario sensu*, o direito do passageiro a reclamar do transportador quer o reembolso ou o reencaminhamento, quer assistência durante a espera. No Ac. do TJUE de 31.01.2013 (Case C-12/11 – *Denise McDonagh v Ryanair Ltd.*), consultável no *website Eur-Lex in* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476642149277&uri=CELEX:62011CJ0012> (data de acesso 01.10.2023), o tribunal não só julgou que o encerramento de uma parte do espaço aéreo europeu na sequência da erupção do vulcão Eyjafjallajökull, na Islândia, em Abril de 2010, preenchia o conceito de “*circunstâncias extraordinárias*”, na acepção do art.º 5.º, n.º 3, do Regulamento CE 261/2004, para efeitos de exoneração das companhias aéreas do seu dever de indemnizar nos termos do art.º 7.º do dito Regulamento, como também julgou que tais circunstâncias não eximem as transportadoras aéreas do seu dever de assistência previsto nos art.ºs. 5.º, n.º 1, alínea b), e 9.º do referido Regulamento, considerando, ainda, que não decorre do referido normativo qualquer limitação, seja de ordem temporal ou pecuniária, ao dever de assistência dos passageiros em circunstâncias extraordinárias, resultando, claramente, nos termos da fundamentação do acórdão, do n.º 1, alínea b), do art.º 9.º daquele Regulamento comunitário, que o alojamento em hotel é disponibilizado gratuitamente pela transportadora aérea durante o tempo “*necessário*”. No processo, a Ryanair havia alegado, em sua defesa, a violação de vários princípios fundamentais, concretamente, o *princípio da proporcionalidade*, o *princípio do justo equilíbrio de interesses*, o *princípio geral da não discriminação ou da igualdade de tratamento* e o *princípio da liberdade de empresa/iniciativa privada* conjugado com a tutela do *direito à propriedade privada*. Na sua decisão, o tribunal considerou, relativamente ao *princípio da proporcionalidade*, que o dever de assistência, conforme previsto no Regulamento comunitário, não se mostrava desmesurado face ao objectivo de elevada protecção dos passageiros, previsto nos §§ 1 a 4 dos Considerandos constantes do Preâmbulo ao referido Regulamento CE, sustentando, ainda, que a importância de que se reveste o objectivo de protecção dos consumidores, no que se refere aos passageiros, é susceptível de justificar consequências económicas negativas, mesmo consideráveis, para certos operadores económicos. Relativamente ao *princípio do justo equilíbrio de interesses*, consagrado no último parágrafo do Preâmbulo da Convenção de Montreal de 1999, o tribunal sustentou que as medidas consagradas no Regulamento CE 261/2004 se situam a montante das condições previstas na Convenção de Montreal de 1999, pelo que às disposições do referido Regulamento não é aplicável o *princípio do justo equilíbrio de interesses* a que alude aquela Convenção. Quanto ao *princípio geral da não discriminação ou da igualdade de tratamento*, ao abrigo do qual a Ryanair alegava que o dever de assistência previsto nos art.ºs. 5.º, n.º 1, alínea b), e 9.º do Regulamento CE, numa situação como a que estava em apreciação nos autos, faria com que as transportadoras aéreas suportassem obrigações que, em circunstâncias semelhantes àquelas, não pesam sobre os outros meios de transporte (ferroviário, marítimo, fluvial e rodoviário) relativamente aos direitos e obrigações dos passageiros, o tribunal julgou no sentido de que as empresas que intervêm no sector de actividade dos diferentes meios de transporte não é comparável na medida em que, tendo em conta as respectivas modalidades de funcionamento, as condições da sua acessibilidade e a repartição das suas redes, estes diferentes meios de transporte não são, quanto às respectivas condições de utilização, intermutáveis. Por último, quanto ao *princípio da liberdade de empresa/iniciativa privada* conjugado com a tutela do *direito à propriedade privada*, em que a Ryanair alegou que o dever de assistência previsto nos art.ºs. 5.º, n.º 1, alínea b), e 9.º do Regulamento CE, numa situação como a que estava em causa nos autos, tinha por efeito privar as companhias aéreas de uma parte dos frutos do seu trabalho e dos investimentos que haviam efectuado, o tribunal respondeu sustentando que a *liberdade de empresa* e o *direito de propriedade* não surgem como prerrogativas absolutas, mas devem ser tomados em consideração relativamente à sua função na sociedade, admitindo a introdução de restrições que respeitem o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e que, de acordo com o *princípio da proporcionalidade*, sejam necessárias e correspondam efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.

abrange avarias técnicas que, pela sua natureza ou origem, sejam inerentes ao exercício normal da actividade do transportador aéreo, mesmo tendo este cumprido com o programa de manutenção do equipamento. Deste modo, para que as avarias técnicas possam ser subsumidas ao conceito de *circunstâncias extraordinárias* terá, não só, que se tratar de vício de *origem externa*, ou seja, não inerente ao normal exercício da actividade de transporte aéreo – v.g. *Foreign Object Damage* (FOD), actos de sabotagem ou de terrorismo, defeito de fabrico oculto (*hidden manufacturing defect*), que, em qualquer das situações, impliquem, de forma impeditiva, com o normal funcionamento em segurança (intrínseca ou *safety*) da aeronave –, mas também, que a respectiva causa se situe fora do controlo do operador aéreo, manifestando-se de natureza *imprevisível* (*unexpected flight safety shortcomings* ou falhas inesperadas para a segurança do voo – *cfr.* Considerando constante do § 14 do Preâmbulo do Regulamento CE 261/2004), em que o dano não poderia ter sido evitado mesmo tomando o transportador aéreo todas as medidas razoáveis⁷¹.

⁷⁰ A obrigação do transportador aéreo em adoptar *todas as medidas razoáveis* para obviar a verificação de *circunstâncias extraordinárias* constitui um requisito que deve ser subsumido, na apreciação dos factos, de forma dinâmica e não meramente estática, relevando apenas a *causa real vigente e actual* no momento da decisão do cancelamento do voo. A questão coloca-se nas situações de concorrência sucessiva de causas impeditivas (*circunstâncias extraordinárias*) que, numa primeira fase, revelando-se imprevistas no momento em que ocorrem mas passíveis de previsibilidade quanto à sua curta duração, podendo justificar um mero atraso à partida, acabam por ser sucedidas pelo concurso de novas causas impeditivas da realização do voo, podendo conduzir ao seu cancelamento numa altura em que já não se verificam as causas iniciais, ou seja, quando as *circunstâncias extraordinárias* ocorridas inicialmente deixaram de existir. Nestes casos, para avaliar se o transportador adoptou *todas as medidas razoáveis* para obviar a verificação de *circunstâncias extraordinárias* que conduziram ao cancelamento do voo, haverá que atender não apenas às *circunstâncias extraordinárias* ocorridas inicialmente, mas também à acção do transportador no sentido de adoptar todas as medidas razoáveis para evitar a ocorrência das novas *circunstâncias extraordinárias* que se revelem como *causa real (causa efectiva)* do cancelamento. Neste sentido, no Ac. do TJUE de 12.05.2011 (Case C-294/10 – *Andrejs Eglitis e.a. v Latvijas Republikas Ekonomikas ministrija & Air Baltic Corporation AS*), consultável no website *Eur-Lex* in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476654680700&uri=CELEX:62010CJ0294> (data de acesso 01.10.2023), em que o tribunal considerou verificadas as *circunstâncias extraordinárias* que conduziram ao atraso de pouco mais de 2 horas na partida do voo com fundamento no encerramento do espaço aéreo sueco da região de Malmö devido a falhas nos sistemas de alimentação de energia eléctrica que acarretaram avarias nos radares e nos sistemas de navegação aérea, mas em que, após essas circunstâncias se terem deixado de verificar, o voo acabaria por ser cancelado com fundamento no esgotamento do tempo de trabalho da tripulação necessário à realização da totalidade do voo. Em função da factualidade descrita, o tribunal julgou no sentido de que “(...) a transportadora aérea, uma vez que está obrigada a adoptar todas as medidas razoáveis a fim de obviar a *circunstâncias extraordinárias*, deve, razoavelmente, na fase da planificação do voo, ter em conta o risco de atraso ligado à eventual ocorrência de tais *circunstâncias*. Por conseguinte, deve prever uma determinada reserva de tempo que lhe permita, se possível, efectuar o voo na sua integralidade, quando as *circunstâncias extraordinárias* tiverem cessado”. Tal significa que o cancelamento de um voo apenas será justificado, para efeitos do disposto no art.º 5º, n.º 3, do Regulamento CE 261/2004, quando, estando findo o impedimento inicial ou se preveja o momento certo ou expectável do seu fim, o transportador tenha reorganizado os recursos ao seu alcance de modo a permitir a realização posterior do transporte aéreo, exceptuadas as situações em que, por razões que transcendem a vontade e a acção do transportador aéreo, não lhe seja possível adoptar todas as medidas razoáveis necessárias a evitar a ocorrência de *circunstâncias extraordinárias* ou quando estas não possam ser evitadas mesmo tomando todas as medidas razoáveis (v.g. encerramento nocturno do aeroporto de destino, falta de *slot* ou dificuldade na realocação de corredor aéreo).

⁷¹ Ac. do TJUE de 22.12.2008 (Case C-549/07 – *Friederike Wallentin-Hermann v Alitalia – Linee Aeree Italiane SpA*), consultável no website *Eur-Lex* in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476609448883&uri=CELEX:62007CJ0549> (data de acesso 01.10.2023). No julgamento citado estava em causa a apreciação de avaria técnica da turbina de um dos reactores da

aeronave e que motivaria o cancelamento do voo. O tribunal não considerou que tivessem ocorrido circunstâncias extraordinárias: “[e]mbora o legislador tenha feito constar da referida lista as «falhas inesperadas para a segurança do voo» e se possa considerar que um problema técnico detectado na aeronave constitui uma dessas falhas, a verdade é que as circunstâncias que rodeiam esse evento só podem ser qualificadas de «extraordinárias», na acepção do artigo 5º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004, se estiverem relacionadas com um evento que, à semelhança dos enumerados no décimo quarto considerando desse regulamento, não seja inerente ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e que, devido à sua natureza ou à sua origem, escape ao controlo efectivo desta última” (parágrafo 23). Não obstante, o tribunal considerou também que “[t]odavia, não se pode excluir que problemas técnicos constituam essas circunstâncias extraordinárias, desde que decorram de eventos não inerentes ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e que escapem ao controlo efectivo desta última. É o que sucede, por exemplo, na situação em que o construtor dos aparelhos da frota da transportadora aérea em causa ou uma autoridade competente revela, quando esses aparelhos já estão ao serviço, que os mesmos têm um defeito de fabrico oculto que afecta a segurança dos voos. O mesmo vale para os danos causados às aeronaves por actos de sabotagem ou de terrorismo” (parágrafo 26). No mesmo sentido, vide Ac. do TJUE de 19.11.2009 (Cases C-402/07 – *Christopher Sturgeon e.a. v Condor Flugdienst GmbH* e C-432/07 – *Stefan Böch and Cornelia Lepuschitz v Air France SA*), consultável no website Eur-Lex in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476611030272&uri=CELEX:62007CJ0402> (data de acesso 01.10.2023): “[o] artigo 5º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que um problema técnico numa aeronave, que implica o cancelamento ou o atraso de um voo, não se enquadra no conceito de «circunstâncias extraordinárias», na acepção desta disposição, salvo se esse problema decorrer de eventos que, pela sua natureza ou a sua origem, não sejam inerentes ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e escapem ao seu controlo efectivo”; Ac. do TJUE de 17.09.2015 (Case C-257/14 – *Corina van der Lans v KLM – Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV*), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476611745055&uri=CELEX:62014CJ0257> (data de acesso 01.10.2023), caso em que se verificou uma avaria na bomba de combustível e na unidade hidromecânica de um dos motores da aeronave, facto julgado não abrangido pelo conceito de circunstâncias extraordinárias: “[o] artigo 5º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 295/91, deve ser interpretado no sentido de que um problema técnico, como o que está em causa no processo principal, que ocorreu inesperadamente, que não é imputável a uma manutenção defeituosa e que não foi detetado durante um controlo regular, não está abrangido pelo conceito de «circunstâncias extraordinárias», na aceção desta disposição”; e Despacho do TJUE de 14.11.2014 (Case C-394/14 – *Sandy Siewert e.a. v Condor Flugdienst GmbH*), consultável em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476612212623&uri=CELEX:62014CO0394> (data de acesso 01.10.2023). Neste último caso, a aeronave havia sofrido na véspera um dano estrutural numa asa na sequência da colisão de escada móvel de embarque durante a assistência em escala no aeroporto de Estugarda, o que obrigaria à substituição daquela. O tribunal decidiu no sentido de não se tratar de acto estranho (“*exterior*”) aos serviços do aeroporto e, por conseguinte, não considerou o facto abrangido pelo conceito de circunstâncias extraordinárias: “[o] artigo 5º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 295/91, deve ser interpretado no sentido de que um acontecimento como, no caso do processo principal, o choque de uma escada móvel de embarque de um aeroporto contra um avião não deve ser qualificado de «circunstância extraordinária» que dispensa a transportadora aérea da obrigação de indemnização dos passageiros em caso de atraso considerável de um voo operado por esse avião”. Na sua fundamentação, o tribunal considerou que “[n]o que respeita mais concretamente aos problemas técnicos que afetam um avião (...), embora esses problemas técnicos possam ser considerados entre as referidas circunstâncias, não deixa de ser verdade que as circunstâncias que rodeiam esse acontecimento só podem ser qualificadas de «extraordinárias», na aceção do artigo 5º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004, se estiverem relacionadas com um acontecimento que, à semelhança dos enumerados no considerando 14 desse regulamento, não é inerente ao exercício normal da atividade da transportadora aérea em causa e que, devido à sua natureza ou à sua origem, escapa ao controlo efetivo desta última. (...) tratando-se de um problema técnico que tem origem no choque de uma escada móvel de embarque de um aeroporto contra um avião, há que salientar que essas escadas ou passadeiras móveis

Da mesma forma, em caso de cancelamento de voo, o transportador também não incorre em responsabilidade se:

- a) tiver informado o passageiro do cancelamento pelo menos duas semanas antes da hora programada de partida; ou,
- b) tiver informado o passageiro do cancelamento entre duas semanas e sete dias antes da hora programada de partida e se lhe tiver oferecido reencaminhamento que lhe permitisse partir até duas horas antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até quatro horas depois da hora programada de chegada; ou,
- c) tiver informado o passageiro do cancelamento menos de sete dias antes da hora programada de partida e se lhe tiver oferecido reencaminhamento que lhe permitisse partir até uma hora antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até duas horas depois da hora programada de chegada⁷².

1.4. Do atraso na partida: pressupostos

O Regulamento CE 261/2004 estabelece como pressupostos cumulativos de aplicabilidade, em caso de atraso na partida, os seguintes factos:

- a) dispor o passageiro de reserva confirmada para o voo em questão; e,
- b) ter-se aquele apresentado a registo (*check-in*) com a oportunidade devida⁷³; e,
- c) ser previsível que a partida do voo vá atrasar:
 - i. duas horas ou mais, no caso de quaisquer voos até 1.500 kms; ou,
 - ii. três horas ou mais, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1.500 kms, e no de quaisquer outros voos entre 1.500 kms e 3.500 kms; ou,
 - iii. quatro horas ou mais, no caso de quaisquer outros voos não abrangidos nos grupos anteriores⁷⁴.

1.5. Da recusa de embarque e cancelamento de voo: efeitos

Em caso de recusa de embarque ou de cancelamento do voo, é devida ao passageiro a satisfação dos seguintes direitos:

- a) pagamento imediato de indemnização, sob a forma de compensação financeira e devida em numerário, a que correspondem os seguintes valores mínimos por passageiro⁷⁵:
 - i. 250€ para todos dos voos até 1.500 kms;

são necessariamente utilizadas no contexto de um transporte aéreo de passageiros, permitindo a estes subir para o avião e descer deste, pelo que as transportadoras aéreas se veem regularmente confrontadas com situações resultantes da utilização dessas escadas móveis. Nestas condições, o choque de um avião com uma dessas escadas móveis deve ser considerado um acontecimento inerente ao exercício normal da atividade de transportadora aérea. Além disso, nada indica que o dano do avião que devia efetuar o voo controvertido tenha sido causado por um ato exterior aos serviços normais de um aeroporto, como um ato de sabotagem ou de terrorismo” (parágrafos 18 e 19). Não obstante, o tribunal julgou obiter dictum não prejudicado o direito do transportador aéreo a exercer o direito de regresso sobre terceiros previsto no artº. 13º do Regulamento CE 261/2004 (parágrafo 21).

⁷² Artº. 5º, nº 1, alínea c), do Regulamento CE 261/2004.

⁷³ Ou vir o passageiro transferido por outro transportador aéreo ou operador turístico de voo em que aquele possuía reserva – *cf.* Artº. 3º, nº 2, alíneas a) e b), do Regulamento CE 261/2004.

⁷⁴ Artº. 6º, nº 1, do Regulamento CE 261/2004. Tal como no regime anterior, as distâncias referidas são medidas pelo método da rota ortodrómica – *cf.* artº. 7º, nº 4, do Regulamento CE 261/2004.

⁷⁵ Artºs. 4º, nº 3, 5º e 7º do Regulamento CE 261/2004.

- ii. 400€ para todos os voos intracomunitários com mais de 1.500 kms e para todos os outros voos entre 1.500 e 3.500 kms;
 - iii. 600€ para todos os outros voos com mais de 3.500 kms.
- b) reembolso ou reencaminhamento, à escolha do passageiro, nos seguintes termos⁷⁶:
- i. reembolso, no prazo de sete dias, do preço total de compra do bilhete, para a parte ou partes da viagem não efectuadas, e parte ou partes da viagem já efectuadas se o voo já não se justificar em relação ao plano inicial de viagem, cumulativamente, nos casos em que se justifique, com um voo de regresso para o primeiro ponto de partida; ou,
 - ii. reencaminhamento, em condições de transporte equivalentes, para o seu destino final, na primeira oportunidade; ou,
 - iii. reencaminhamento, em condições de transporte equivalentes, para o seu destino final numa data posterior, da conveniência do passageiro e sujeito à disponibilidade de lugares.
- c) assistência gratuita, durante o tempo de espera, compreendendo a satisfação dos seguintes serviços⁷⁷:
- i. refeições e bebidas em proporção razoável com o tempo de espera;
 - ii. alojamento em hotel:
 - 1. caso se torne necessária a estadia por uma ou mais noites, ou
 - 2. caso se torne necessária uma estadia adicional à prevista pelo passageiro;
 - iii. transporte entre o aeroporto e o local de alojamento (hotel ou outro);
 - iv. duas chamadas telefónicas, telexes, mensagens via fax ou por correio electrónico.

Quando ao passageiro seja oferecido reencaminhamento para o seu destino final num voo alternativo cuja hora de chegada não exceda a hora programada de chegada do voo originalmente reservado: (a) em duas horas, no caso de quaisquer voos até 1.500 kms; ou (b) em três horas, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1.500 kms e no de quaisquer outros voos entre 1.500 e 3.500 kms; ou (c) em quatro horas, no caso de quaisquer voos não abrangidos nas categorias referidas anteriormente, o transportador aéreo poderá reduzir em 50% o valor mínimo das indemnizações devidas por recusa de embarque ou por cancelamento de voo⁷⁸.

Nas situações de cancelamento de voo, o alojamento em hotel e o respectivo transporte entre o aeroporto e o local de alojamento apenas serão devidos pelo transportador aéreo, em caso de reencaminhamento, quando a hora de partida razoavelmente prevista do novo voo for, pelo menos, o dia após a partida que estava programada para o voo cancelado⁷⁹.

⁷⁶ Art.ºs. 4º, nº 3, 5º e 8º do Regulamento CE 261/2004.

⁷⁷ Art.ºs. 4º, nº 3, 5º e 9º do Regulamento CE 261/2004.

⁷⁸ Art.º 7º, nº 2, do Regulamento CE 261/2004.

⁷⁹ Art.º 5º, nº 1, alínea b), *in fine*, do Regulamento CE 261/2004.

1.6. Do atraso na partida: efeitos

Em caso de atraso na partida é devida ao passageiro a satisfação de assistência gratuita durante a espera, nos seguintes termos⁸⁰:

- i. refeições e bebidas em proporção razoável com o tempo de espera;
- ii. alojamento em hotel:
 1. caso se torne necessária a estadia por uma ou mais noites, ou
 2. caso se torne necessária uma estadia adicional à prevista pelo passageiro;
- iii. transporte entre o aeroporto e o local de alojamento (hotel ou outro);
- iv. duas chamadas telefónicas, telexes, mensagens via fax ou por correio electrónico.

O alojamento em hotel e o respectivo transporte entre o aeroporto e o local de alojamento apenas serão devidos pelo transportador aéreo quando a hora de partida razoavelmente prevista for, pelo menos, o dia após a hora de partida previamente anunciada.

Quando o atraso for de, pelo menos, cinco horas, o passageiro pode, igualmente, optar pelo reembolso do bilhete e, cumulativamente, nos casos em que se justifique, o direito a beneficiar de voo de regresso para o primeiro ponto de partida⁸¹.

A jurisprudência do TJUE, usando a analogia em sede de hermenêutica jurídica e dessa forma suprindo a omissão do elemento literal da norma, veio reestruturar, em caso de atraso considerável de duração igual ou superior a 3 horas, as obrigações das transportadoras aéreas previstas nos artigos 5.º, 6.º e 7.º do Regulamento CE 261/2004, estatuinto que “[o]s artigos 5.º, 6.º e 7.º do Regulamento n.º 261/2004 devem ser interpretados no sentido de que os passageiros de voos atrasados podem ser equiparados aos passageiros de voos cancelados, para efeitos da aplicação do direito a indemnização, e de que esses passageiros podem, assim, invocar o direito a indemnização previsto no artigo 7.º desse regulamento, quando o tempo que perderam por causa de um voo atrasado seja igual ou superior a três horas, isto é, quando cheguem ao seu destino final três horas ou mais após a hora de chegada inicialmente prevista pela transportadora aérea”⁸². Procedeu-se, por conseguinte, por via jurisprudencial, a uma equiparação, para efeitos do direito à indemnização previsto no art.º 7.º do Regulamento CE 261/2004, dos passageiros dos voos com *atraso considerável de duração igual ou superior a 3 horas* aos passageiros com *cancelamento* de voo. Essa equiparação implica, igualmente, concluir que “*tal atraso não confere aos passageiros o direito a indemnização se a*

⁸⁰ Art.ºs. 6.º e 9.º do Regulamento CE 261/2004.

⁸¹ Art.ºs. 6.º, n.º 1, alínea iii), e 8.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento CE 261/2004 (conforme rectificação ao art.º 6.º, n.º 1, alínea iii), publicada no JOUE L 37 de 9 de Fevereiro de 2007).

⁸² Ac. do TJUE de 19.11.2009 (Cases C-402/07 – *Christopher Sturgeon e.a. v Condor Flugdienst GmbH* e C-432/07 – *Stefan Böch and Cornelia Lepuschitz v Air France SA*), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476611030272&uri=CELEX:62007CJ0402> (data de acesso 01.10.2023). Vide, igualmente, no mesmo sentido, o Ac. do TJUE de 23.10.2012 (Cases C-581/10 – *Emeka Nelson e.a. v Deutsche Lufthansa AG* e C-629/10 – *TUI Travel plc e.a. v Civil Aviation Authority*), publicado in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476659327776&uri=CELEX:62010CJ0581> (data de acesso 01.10.2023), e o Despacho do TJUE de 14.11.2014 (Case C-394/14 – *Sandy Siewert e.a. v Condor Flugdienst GmbH*), consultável no website Eur-Lex in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476612212623&uri=CELEX:62014CO0394> (data de acesso 01.10.2023).

*transportadora aérea estiver em condições de provar que o atraso considerável se ficou a dever a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis, mais precisamente devido a circunstâncias que escapam ao controlo efectivo da transportadora aérea*⁸³, o que significa estender a aplicação do disposto no artº. 5º, nº 3, do Regulamento CE 261/2004, aplicável ao cancelamento de voo, também ao atraso considerável de duração igual ou superior a 3 horas. Os fundamentos expendidos pelo TJUE para tal qualificação residem nos seguintes argumentos de direito⁸⁴:

- a) o conceito de *atraso considerável*, embora não definido no Regulamento CE 261/2004, surge, no considerando § 15 do seu Preâmbulo, ligado ao conceito de *circunstâncias extraordinárias* igualmente justificativas do cancelamento de voo, pelo que também esse conceito se encontra ligado ao direito a indemnização;
- b) os §§ 1 a 4 do Preâmbulo do Regulamento CE 261/2004, em particular o seu § 2, têm como escopo implícito deixar claro que a *ratio legis* subjacente ao referido Regulamento CE visa garantir um elevado nível de protecção do passageiro, independentemente do facto de este se encontrar numa situação de recusa de embarque, de cancelamento ou de atraso do voo, uma vez que as situações enunciadas são todas elas causas de séria perturbação ou inconveniência similar infligida ao passageiro em conexão com o transporte aéreo;
- c) as disposições que concedem direitos aos passageiros do transporte aéreo, inclusive as que conferem um direito a indemnização, devem ser interpretadas em sentido amplo;
- d) sempre que uma disposição de direito comunitário europeu seja susceptível de várias interpretações, deve dar-se prioridade à que é adequada para salvaguardar o seu efeito útil;
- e) os actos comunitários devem ser interpretados em conformidade com o direito primário no seu todo, inclusivamente com o princípio da igualdade de tratamento que exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual;
- f) o Regulamento CE 261/2004 visa reparar os prejuízos de maneira uniforme e imediata, através de diversas formas de intervenção que são objecto de regimes respeitantes à recusa de embarque, ao cancelamento e ao atraso considerável de um voo, e que esse prejuízo, que consiste no tempo perdido pelos passageiros afectados, é análogo em qualquer das situações enunciadas de recusa de embarque, cancelamento ou atraso considerável;
- g) consequentemente, os passageiros cujos voos foram cancelados e os passageiros afectados por um atraso do voo sofrem dano similar consistente na perda de tempo, pelo que, dessa forma, ambas as situações são comparáveis para efeitos de aplicação do direito à compensação estabelecido no artº. 7º do Regulamento;
- h) nos termos do artº. 5º, nº 1, alínea c), iii), do Regulamento CE 261/2004, os passageiros de voo cancelado têm direito à indemnização prevista no artº. 7º do

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ No Ac. do TJUE de 23.10.2012 (Cases C-581/10 – *Emeka Nelson e.a. v Deutsche Lufthansa AG* e C-629/10 – *TUI Travel plc e.a. v Civil Aviation Authority*), publicado in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476659327776&uri=CELEX:62010CJ0581> (data de acesso 01.10.2023), foi, pese embora sem sucesso, impugnada pelas companhias aéreas, partes processuais, a compatibilidade da interpretação do TJUE quer com a Convenção de Montreal de 1999, quer com o *princípio da segurança jurídica*, quer com o *princípio da proporcionalidade*.

Regulamento se a transportadora não os reencaminhar para um voo que parta até uma hora antes da hora de partida prevista e chegue ao seu destino final até duas horas depois da hora de chegada prevista, o que significa que esses passageiros adquirem, assim, o direito a ser indenizados quando o tempo que perderam seja igual ou superior a três horas relativamente à duração inicialmente prevista pela transportadora para o voo cancelado;

- i) Ao invés, nenhuma disposição do Regulamento CE 261/2004 concede expressamente uma indemnização aos passageiros que tomam conhecimento à última hora, ou mesmo durante o voo, que vai haver um atraso relevante e que chegarão ao respectivo destino três ou mais horas após a hora de chegada inicialmente prevista, pelo que se estes passageiros de voos atrasados não adquirissem igualmente o direito à indemnização, seriam tratados de maneira menos favorável, apesar de, muito provavelmente, perderem o mesmo tempo, ou seja, três ou mais horas;
- j) Sendo, assim, análogos os prejuízos sofridos pelos passageiros em caso de cancelamento ou de atraso considerável, e inexistindo razão objectiva que pareça justificar tal diferença de tratamento, os passageiros de voos atrasados e os passageiros de voos cancelados não podem ser tratados de maneira diferente, sob pena de violação do princípio da igualdade de tratamento;
- k) Nestas condições, deve concluir-se que os passageiros de voos atrasados podem invocar o direito a indemnização previsto no artigo 7.º do Regulamento n.º 261/2004, quando o tempo que perderam por causa desses voos seja igual ou superior a três horas, isto é, quando cheguem ao seu destino final três horas ou mais após a hora de chegada inicialmente prevista pela transportadora aérea.

O entendimento do TJUE nesta matéria suscita crítica pelas implicações que tal orientação produz na sua conformidade com o *princípio da exclusividade* das Convenções de Montreal de 1999 e de Varsóvia de 1929, seja porque interfere com a *reserva exclusiva* subjacente à *amplitude material (substantive scope)* das Convenções, seja porque, nesse âmbito, altera as regras do ónus da prova (*onus probandi*) e permite o pagamento de indemnizações punitivas.

1.7. Do downgrading na admissão a bordo: efeitos

Em caso de, na aceitação a bordo, o transportador colocar o passageiro numa classe inferior àquela para a qual o bilhete fora adquirido (*downgrading*), o transportador aéreo obriga-se a reembolsar o passageiro, no prazo de sete dias, de⁸⁵:

- a) 30% do preço do bilhete para todos os voos até 1.500 kms;
- b) 50% do preço do bilhete para todos os voos intracomunitários com mais de 1.500 kms e para todos os outros voos entre 1.500 e 3.500 kms;
- c) 75% do preço do bilhete para todos os outros voos com mais de 3.500 kms.

VI. Das Conclusões

Em jeito de síntese conclusiva, e tendo presente a evolução do quadro normativo *supra* enunciado, há a registar, no que concerne em geral à produção normativa em sede de regulação do contrato de transporte aéreo de pessoas e bagagens e da responsabilidade

⁸⁵ Art.º 10º, n.º 2, do Regulamento CE 261/2004.

civil do transportador aéreo conexa com a prestação de serviço de transporte aéreo, um crescendo no sentido da protecção dos direitos do passageiro o que aparenta estar em linha com as preocupações actuais de protecção dos direitos do consumidor.

No que em particular concerne às convenções internacionais de *jus tractuum* aplicáveis na matéria, essa preocupação evolutiva manifesta-se através da tendência geral no sentido quer da consagração da socialização da responsabilidade civil do transportador aéreo, fruto da influência e preponderância neste domínio das ideias *risque-crée* e *risque profit*, quer da revisão dos limites de responsabilidade complementado por mecanismo de actualização periódica em função da verificação de certos requisitos prévia e objectivamente estabelecidos no texto da Convenção de Montreal de 1999 (*escalator clause*), desta forma se redefinindo o quadro do *justo equilibrio de interesses*.

Em sede de produção jurisprudencial, verifica-se que os desvios não admitidos ao *princípio da exclusividade* das convenções de direito internacional aplicáveis, ou a sua interpretação no sentido oposto que atribui às convenções a função normativa *total e absoluta* – alcance ‘*wholly exclusive*’, apresentando-se como *absolute exclusive cause of action and sole remedy (doctrine of complete preemption)* –, ambas as expressões com registo nalguma jurisprudência comparada, têm como consequência o não respeito pelo *equilibrio de interesses* subjacente aos referidos regimes internacionais convencionais, com prejuízo para a coerência intrínseca do sistema normativo em que tais regimes internacionais se enquadram.

Em especial no que respeita às fontes complementares de direito derivado europeu, assiste-se ainda a um alargamento do quadro de protecção do passageiro através de uma maior abrangência da previsão normativa e sua extensão a novas situações igualmente dignas de protecção, concretamente ao cancelamento, atraso considerável de voos à partida e *downgrading*, e não apenas à recusa de embarque por motivos de *overbooking* (voos sobrerreservados), relativamente às quais expressamente se proclama e consagra a elevação dos níveis de protecção.

No domínio da acção jurisprudencial, em particular do TJUE, no que concerne à interpretação e aplicação do direito derivado europeu vigente na matéria, há a registar, de forma notória, uma tendência fortemente marcada pela *interpretação ampla* das normas que consagram direitos do passageiro, contrapondo com uma *interpretação restritiva* das normas que consagram causas excludentes da responsabilidade civil do transportador aéreo.

Semelhante orientação jurisprudencial da justiça superior europeia encontra respaldo e fundamentação no Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Fevereiro, em cujo preâmbulo, expressamente, se consagra “*o objectivo de garantir um elevado nível de protecção dos passageiros*”, devendo “*ser tidas plenamente em conta as exigências de protecção dos consumidores em geral*” (Considerando 1).

Orientando-se nesse sentido, o TJUE estabeleceu também a linha de fronteira que distingue os conceitos de *cancelamento (cancellation)* e de *atraso considerável (long delay)*, tornando claro que o *atraso considerável de um voo (long delayed flight)* nunca é o *cancelamento de um voo (flight cancellation)* sempre que o voo é operado de acordo com o plano original do transportador aéreo, mesmo que o atraso seja demasiado longo, contribuindo, desta forma, para desencorajar o efeito útil de qualquer tentativa por parte do transportador aéreo para encobrir um verdadeiro *cancelamento* sob a capa de um pretenso *atraso considerável* com o intento de evitar o pagamento da indemnização devida aos passageiros. Concomitantemente, o TJUE estabeleceu a equiparação de regimes entre o *cancelamento* e o *atraso considerável* para efeitos de pagamento da

compensação ao passageiro desde que o *atraso considerável*, a determinar à *chegada* do passageiro ao destino contratado, seja igual ou superior a três horas. Todavia, semelhante orientação jurisprudencial do TJUE não permite prevenir a *concorrência* desta orientação com a *amplitude material (substantive scope)* da Convenção de Montreal de 1999 (assim como da Convenção de Varsóvia de 1999), e, conseqüentemente, evitar o conflito com o *princípio da exclusividade* da Convenção. De facto, recorrendo à analogia com o propósito de integrar uma lacuna que, na sua perspectiva, o TJUE identificou no Regulamento 261/2004, acabaria aquele por alargar o âmbito de aplicação da norma europeia, estendendo a sua abrangência para além dos aspectos de *inexecução contratual (non-performance of the air carriage contract respects)* a montante (v.g. recusa de embarque, cancelamento, atraso considerável à partida), domínio esse que o próprio TJUE havia, anteriormente, qualificado de ‘*earlier stage*’ da *amplitude material (substantive scope)* da Convenção de Montreal de 1999⁸⁶, e, nesse sentido, passando a norma europeia a aplicar-se também a aspectos que integram a *amplitude material (substantive scope)* da Convenção de Montreal de 1999 em contravenção com o *princípio da exclusividade* que decorre desta última (v.g. responsabilidade civil do transportador aéreo por atraso à chegada emergente da execução do contrato de transporte aéreo). Acresce que o direito à compensação por atraso à chegada de acordo com a orientação do TJUE acaba por assumir a forma de *liquidated damages compensation* imposta ao transportador aéreo, sendo que, seja à luz da Convenção de Montreal de 1999, seja à luz da Convenção de Varsóvia de 1929, o montante dos danos indemnizáveis está sujeito ao ónus da prova do lesado, cabendo a este oferecer prova dos factos que evidenciem o *quantum* dos danos causados. Por isso, dispensando o lesado do ónus da prova sobre o montante do dano infligido – o que, nesse caso, lhe permitirá sempre obter indemnização mesmo que não tenha ocorrido dano –, atribui à indemnização a pagar uma finalidade *sancionatória (true penalty)* e não, como deveria ser, *compensatória*, facto que contraria o *princípio da restituição* ou *função reparatória* inerente a qualquer das Convenções, e, em particular, expressamente consagrado quer no considerando terceiro, quer no artº. 29º da Convenção de Montreal de 1999, afastando a aplicabilidade das “*indemnizações punitivas*”.

Deste modo, em guisa de conclusão final sobre a compatibilidade da jurisprudência europeia e o regime das Convenções de Varsóvia de 1929 e de Montreal de 1999, reiterando conclusão já liminarmente expressa *supra*, o entendimento do TJUE nesta matéria suscita sérias críticas pelas implicações que tal orientação produz na sua conformidade com o *princípio da exclusividade* das Convenções de Montreal de 1999 e de Varsóvia de 1929, seja porque interfere com a *reserva exclusiva* subjacente à *amplitude material (substantive scope)* das Convenções, seja porque, nesse âmbito, altera as regras do ónus da prova (*onus probandi*) e permite o pagamento de indemnizações punitivas.

⁸⁶ Ac. do TJUE de 10.01.2006 (Case C-344/04 – *IATA & ELFAA v EC*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476668653356&uri=CELEX:62004CJ0344> (data de acesso 01.10.2023), nºs 46-48; Ac. do TJUE de 23.10.2012 (Cases C-581/10 – *Emeka Nelson e.a. v Deutsche Lufthansa AG* e C-629/10 – *TUI Travel plc e.a. v Civil Aviation Authority*), publicado in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476659327776&uri=CELEX:62010CJ0581> (data de acesso 01.10.2023), nº 57; Ac. do TJUE de 31.01.2013 (Case C-12/11 – *Denise McDonagh v Ryanair Ltd.*), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476642149277&uri=CELEX:62011CJ0012> (data de acesso 01.10.2023), nº 21, posicionando a aplicação das fontes comunitárias europeias “*a montante*”/“*earlier stage*” – vide também *supra* nota 50.

Promossa da:

demetra
CENTRO STUDI