® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

A colisão da aeronave da US Airways com pássaros e a responsabilidade civil: uma realidade brasileira

Marcelo Honorato*

1. Intróito

Sobre o imenso território brasileiro, nos últimos dez anos, ocorreram, inacreditavelmente, cerca de 3.800 colisões entre aeronaves e pássaros [01]. O caso U S Airways é mais brasileiro do que imaginamos.

Será que a colisão de uma aeronave com pássaros pode ser simplesmente tratada como caso fortuito, livrando o explorador do transporte aéreo das rédeas da responsabilidade civil, ou seja, o acidente ocorrido com o Airbus 320 da U S Airways, no Rio Hudson, em Nova York, é fruto do acaso, em que passageiros apenas devem lamentar o infortúnio?

Em segundo plano e não menos importante: existe responsabilidade civil do Estado, como gerente maior de toda a estrutura ambiental e controlador dos serviços aéreos, diante da legislação brasileira?

Com base nesses sérios questionamentos, iremos trilhar um sintético caminho pelo universo da responsabilidade civil no transporte aéreo, considerando, especificamente, o caso de colisão de aeronaves com pássaros e suas repercussões jurídicas, bem como o entendimento jurisprudencial atual sobre o tema.

---

2. A responsabilidade civil no transporte aéreo.

Os transportes, de um modo geral, sempre tiveram um tratamento diferenciado da legislação nacional, em especial por causa da forte Teoria do Risco, que atribui a responsabilidade de danos àquele que desenvolve a atividade com riscos, pois tal explorador deve absorver tanto os lucros dessa atividade, quantos seus riscos. Assim, cintila a proteção ao passageiro, pois esse cidadão, em termos de transportes, entrega o seu bem mais precioso, sua vida, a um empresário ou ao próprio Estado, a fim de ser transportado. Não é à toa que exsurge, como a principal cláusula do contrato de transporte, a chamada Cláusula de Incolumidade [02].

A cláusula de incolumidade retrata o dever do transportador em garantir a integridade global do passageiro, abarcando aspectos materiais e morais, até a chegada ao seu destino. Ninguém ingressa num ônibus, ou trem ou aeronave duvidando se chegará ao seu destino.

No Brasil, a legislação sobre contratos de transporte foi inaugurada pela Lei das Estradas de Ferro, editada no de 1912, observado-se que o nosso antigo Código Civil de 1916 não tratou sobre o tema, até porque, nessa data, os transportes ainda engatinhavam em nosso solo pátrio. Sobre tal incipiência, muito bem descreve o renomado jurista brasileiro Sérgio Cavalieri Filho [03]:

Conta-se que os primeiros trens corriam à espantosa velocidade de 6 quilômetros por hora. Certo dia, um velhinho chegou a uma estação e viu aquela coisa comprida parada, com uma chaminé enorme soltando fumaça por todos os lados, e as pessoas embarcando nos vagões. Então, em sua incredulidade, começou a gritar: desçam, essa coisa não vai andar, essa coisa não vai andar... De repente, a coisa apitou e começou a andar lentamente. Aí o velhinho pirou de vez e se pôs a gritar: essa coisa não vai parar, essa coisa não vai parar. E nesse ponto ele tinha razão porque, na realidade, não parou mesmo. De 6 quilômetros passou-se para 60, depois 120, até chegar aos trens bala e aviões supersônicos dos nossos dias.

A Lei das Estradas de Ferro trouxe em seu bojo, especificamente em seu artigo 1º, a implícita e importante cláusula de incolumidade, onde se estabeleceu, ainda no raiar dos primeiros anos do século passado, a responsabilidade subjetiva com presunção de culpa. Esta forma de imputação de responsabilidade civil abre oportunidade para que o transportador possa produzir provas, a fim de eximir-se de sua responsabilidade, sinteticamente, a lei considera o transportador como responsável até que ele desvencilhe-se de tal ônus. Porém, ao desfilar pelas possíveis causas excludentes de responsabilidade estabelecidas pela norma, percebe-se, rapidamente, que o legislador limitou a fatos que excluam o nexo de causalidade. Doutrina majoritária [04] conclama que a situação se trata, na verdade, de responsabilidade objetiva imprópria, uma vertente da responsabilidade objetiva.

No aspecto do transporte aéreo, o Brasil detém lei especial sobre o tema, o Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA [05], norma essa que teve a aptidão de regular a responsabilidade civil do transportador aéreo nacional:

Art. 256. O transportador responde pelo dano decorrente:

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

II - de atraso do transporte aéreo contratado.

Nos parágrafos seguintes, ainda no mesmo artigo 256, o legislador prevê a possíveis causas de exclusão de responsabilidade, dividindo-as para os casos do inciso I (morte ou lesão) e para os casos do inciso II (atraso); sendo que o caso fortuito somente é direcionado para as situações reportadas para atraso de vôo, não sendo causa excludente em relação ao inciso II. Abrem-se como excludentes culpa exclusiva da vítima e determinação da Autoridade Aeronáutica, essa última indecifrável, pois o que pode ocorrer é o direito de regresso, mas nunca excludente de responsabilidade.

O Código Aeronáutico, na verdade, estabelece a responsabilidade objetiva do transportador aéreo, pois que as causas de exclusão de responsabilidade são fatos que excluem o nexo de causalidade.

Atualmente, balizada doutrina considera como causas excludentes de responsabilidade objetiva fatos que rompem o nexo de causalidade entre a causa e o dano ocorrido, como Sérgio Cavalieri Filho, em seu emérito postulado Tratado de Responsabilidade Civil, obra alicerce no tema de responsabilidade civil [06]:

Causas de exclusão de nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. Essa impossibilidade, de acordo com a doutrina tradicional, ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Fato exclusivo de terceiro é um evento capaz de excluir o nexo de causalidade e, portanto, incendiar a responsabilidade civil do transportador aéreo, apesar de não eleito como causa excludente pela lei especial aeronáutica, mas impossível de sobreviver à pequena argüição de racionalidade. É o caso de um atentado terrorista a uma aeronave de transporte de passageiros, que explode em pleno vôo, decorrente de bomba a bordo. Nesses casos, até poderá incidir à responsabilidade da autoridade aeroportuária, responsável pela segurança do sistema aeroportuário, mas não compatível com a responsabilidade do transportador, que, via de regra, tem excluída a sua responsabilidade em questões de segurança pública, como o assalto a ônibus de transporte de passageiros, situação pacífica na jurisprudência nacional, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça [07].

O fato exclusivo de terceiro tanto é reconhecido como causa excludente de responsabilidade civil do transportador que o próprio legislador, atento quanto à evolução do risco de atentados terroristas, após o trágico 11 de setembro de 2001, rapidamente emitiu a Lei Federal 10.744, de 09 de outubro de 2003, norma que prevê que a União assuma a responsabilidade civil pelas indenizações perante terceiros, passageiros ou não, decorrentes de fatos específicos, como atentados terroristas e guerras, situações qualificáveis como fato exclusivo de terceiro [08].

Assim, os passageiros não ficarão ao desamparo. Se dependesse tão somente das regras de responsabilidade civil, isento está o transportador aéreo por eventuais

prejuízos decorrente de atos terroristas, com pequena possibilidade de responsabilização do Estado, em razão da ineficiência do sistema de segurança pública, mas atenuável pela moderna teoria da reserva do possível.

A Lei 10.744/2003, ao mesmo tempo em que ampara o passageiro e eventuais terceiros, demonstra o reconhecimento do aplicável o fato exclusivo de terceiro como excludente da responsabilidade civil objetiva do transportado aéreo, apesar do silencia da lei aeronáutica.

Há que se obtemperar o estabelecido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, ao desincumbir o caso fortuito ou força maior dentre as possíveis excludentes de responsabilidade em acidente aeronáutico, portanto, em situações que gerem lesão ou morte de passageiro, em razão de que não se adota a Teoria do Risco Integral, ou seja, a incidência de responsabilidade independente de haver alguma relação com a causa provocadora do dano, muito mais que "independente de dolo ou culpa".

Paralelamente, o Código Civil de 2002, no que estabelece regras sobre contratos de transporte, prevê a possibilidade de que a força maior possa excluir tal causalidade, em seu artigo 734 [09], entendida tal força maior como caso fortuito. Logo pensarão os mais atentos leitores, o conflito se resolve por especialidade, pois a lei aeronáutica é especial em relação à lei civilista. Não é bem assim, pois que a nova lei maior do direito privado expressamente tornou suas regras superiores a outras que venham a ser editadas, quando regulem contrato de transporte, nos termos de seu artigo 732:

Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais. (grifo nosso)

Importante salientar que fato culposo de terceiro não é a mesma coisa que fato exclusivo de terceiro, pois que, no primeiro caso, não existe vontade firme na consecução do dano provocado, que é fruto da falta de cuidado objetivo, mas suficiente para originar o dano.

Nesse sentido e ingressando no mundo da aviação, é o fato que decorre de uma oficina de manutenção, que não realiza adequadamente os serviços de inspeção e sem almejar a ocorrência de algum acidente com a aeronave sob seus cuidados, acaba por contribuir para um sinistro aéreo.

Acidentes decorrentes de deficiente serviço de manutenção não excluem a responsabilidade do transportador, pois não houve rompimento do nexo de causalidade, o que houve foi deficiência no serviço prestado, ninguém almejava o acidente. A regra merece exceção, pois em alguns casos poderá haver dolo eventual, quando então surgirá, limpidamente, o fato exclusivo de terceiro, exonerando o transportador aéreo. É o caso da oficina que não realiza a inspeção em que foi contratada, mas registra tal serviço, em plena fraude ao proprietário da aeronave; não há como olvidar da presença do dolo eventual, ou culpa grave no direito civil.

O Supremo Tribunal Federal já estava ciente quanto a essa possível excludente, mas limitou a questão à relação entre o responsável pelo transporte e o terceiro, deixando a salvo a vítima do dano, tanto que emitiu o Enunciado nº 187 de sua Súmula, em Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963:

A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva. (grifo nosso)

O novel Código Civil não traiu a linha doutrinária e jurisprudencial, levando à legalidade formal o conteúdo do citado enunciado do STF, pelo artigo 735 [10], repetindo literalmente o mesmo entendimento.

Por último, o fato exclusivo da vítima, chamado pela lei aeronáutica de "culpa exclusiva", conforme artigo 256, 1º, aliena "a", in fine, que nada tem de culpa, pois que, em termos de responsabilidade objetiva, não há lugar para análise de culpa, salvo em ações de regresso contra o causador do dano, pois que a responsabilidade objetiva é independente de culpa ou dolo e considerar conduta culposa como capaz de excluir a indenização é flagrante contra-senso.

Desse modo, especializada doutrina melhor denomina esses fatos jurídicos como fato exclusivo da vítima, evento com capacidade de romper o liame entre o serviço prestado e o dano causado.

Em termos gerais de transporte, pode-se bem exemplificar a situação com a figura dos surfistas ferroviários, jovens que transitam pelos trens das grandes capitais, no teto dos vagões, expondo a si mesmo a elevado risco de morte. O STJ já se manifestou sobre o assunto e vêm confirmando ser caso de "culpa exclusiva da vítima" [11].

Em transporte aéreo, o exemplo mais característico é o da gestante que se expõe ao transporte aéreo, depois de passados oito meses de gestação, sem o cumprimento das regras especiais, como limite de tempo de vôo e devida avaliação médica. Fraude a este procedimento e possível parto a bordo, ensejando em traumas ou lesões a passageira parturiente e bebê, demonstra óbvio fato exclusivo da vítima, sem relação causal com o transporte aéreo, que foi apenas meio para que o descuido da gestante se transformasse em tragédia.

Relevantíssima observação ainda deve constar deste artigo se refere ao mandamento constitucional previsto no artigo 37, §6º da Carta Política Brasileira, onde se reafirmou a responsabilidade civil do Estado na modalidade objetiva [12], situação que se mantém desde a Constituição de 1946 [13].

Inovação constitucional foi a forma clara de imputação de responsabilidade civil objetiva dos concessionários de serviços públicos, aplicável ao transportador aéreo, visto que o mesmo desenvolve a exploração de serviço público da União, conforme expressa o artigo 21, inciso XII, alínea "c" [14] da Constituição Federal de 1988.

2.1 Caso Fortuito Interno e Externo

Primeiramente, necessário esclarecer que a diferenciação entre caso fortuito e força maior já se tornou irrelevante para a doutrina, sendo ambos qualificados como caso fortuito; hoje as atenções se voltam a um critério muito mais importante, analisar se ocorre fortuito interno ou externo, conforme o fato imprevisível tenha ou não relação com o risco assumido pela exploração do serviço prestado.

A imprevisibilidade apenas denota que não há tempo certo para a sua ocorrência, como a colisão de um pássaro com uma aeronave, entretanto, necessário se faz questionar se o evento imprevisível traz relação com a organização do negócio, com bem assevera Sérgio Cavalieri Filho [15].

Sinteticamente, pode-se compreender o tema analisando a atividade desenvolvida pelo negócio e a causa do dano, havendo relação, como se fizesse parte do processo de produção ou disponibilização do serviço, tem-se o fortuito interno, ou seja, mantém-se a responsabilidade do explorador, pois o fato imprevisível adere-se ao risco da atividade desenvolvida, não há como aliená-la para o cliente, seria dar vida a velho chavão bolchevista: privatizar os lucros e socializar os prejuízos.

Uma aeronave que tenha "pane" e resulte num acidente aeronáutico, entendendo "pane" como mau funcionamento de algum de seus sistemas, teremos fortuito interno, pois que disponibilizar uma aeronave segura é dever do transportador, implícita na cláusula de incolumidade.

Assim tem decidido os tribunais, considerando que defeito ou quebra de aeronave perfaz como inadimplemento do transportador, cuja manutenção de suas aeronaves tem que ser prévia e constante [16], típico fortuito interno da aviação.

Por outro lado, há o fortuito externo, evento imprevisível e alijado da organização do negócio, sem qualquer conexão com a organização, como o assalto a ônibus [17], apesar de que a sua melhor definição, em nosso entendimento, seja fato exclusivo de terceiro. No exemplo apontado, o transportador não tem o dever de segurança pública, que é do Estado, diferente da situação de "pane" da aeronave, em que há o dever de fornecer aeronaves seguras para a exploração do serviço concedido. O fortuito externo é o autêntico fator excludente de responsabilidade civil do transportador aéreo.

2.2 A responsabilidade civil do transportador aéreo em colisão com pássaros

Como fica o caso da aeronave que colide com pássaros? Está-se diante de caso fortuito interno ou externo?

Os tribunais pátrios têm respondido a esta questão, perfilando o caminho que configura caso fortuito interno, pois que o evento é previsível, bem como se relaciona ao serviço prestado. Nesse sentido o STJ [18] e mais recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo [19], nos Embargos Infringentes nº 949.477-7/01, de 09 de maio de 2007 - TJ SP:

(...) A existência de aves nos aeroportos diz com a segurança de vôo, de responsabilidade das autoridades aeroportuárias, mas integra o contrato de transporte aéreo, como condição conexa para tal prestação de serviço, configurando tal hipótese (sugamento de ave pela turbina do avião) fortuito interno, de forma que cabe à companhia aérea responder pelo dano moral. (grifo nosso)

E ainda complementa o acórdão:

(...) Se a responsabilidade é objetiva pelo próprio risco inerente ao negócio que se desenvolve e se a existência de aves nas proximidades do aeroporto é fato previsível (...) Não há como negar a sua vinculação à prestação dos serviços.

(...) Era de conhecimento da companhia aérea e do próprio aeroporto a presença de urubus nas proximidades da área de decolagem e pouso. (grifo nosso)

Em ambos os julgados encontram-se presentes tanto a previsibilidade como a relação do fato, colisão com urubu, com o serviço de transporte aéreo.

Desse modo, a responsabilidade civil do transportador perante seus passageiros é límpida, devendo ressarci-los de seus prejuízos e danos morais. Porém, a história não pára por aqui, pois o causador do dano, numa análise mais abrangente não é o transportador, não é ele quem cria urubus.

Considerar o transportador responsável pelos danos decorrentes de colisão com pássaros, perante o passageiro, diante das normas ambientais em vigor, assim como do uso do solo urbano, não é tarefa simples e requer complementos. Na verdade, está-se diante de fato culposo de terceiro, pois as colisões, especialmente envolvendo urubus, decorrem do inadimplemento de regras urbanísticas, ambientais e aeronáuticas, negligenciadas por terceiros e não pela Empresa Aérea.

A responsabilidade primária perante o passageiro realmente é da Empresa Aérea, pois esta não será isenta do dever de indenizar diante de fato culposo de terceiro, em situação que tenha direito de regresso, regra essa já vista e consubstanciada no Enunciado nº 187 da Súmula do STF e no artigo 734 do Código Civil, entretanto, necessário se faz detectar quem é este terceiro e qual a responsabilidade que lhe é imputada.

---

3. A responsabilidade civil do Estado em colisão de aeronaves com pássaros

Muitos acreditam que a colisão de uma aeronave com uma ave traz em si um evento esperado, pois, nesse senso comum, o espaço aéreo é o habitat natural dos pássaros, e o homem que é intruso. Nada mais que meia verdade.

O Brasil possui considerável número de colisões de aeronaves com pássaros, em especial as aves da espécie Coragyps atratus, popularmente conhecidas como "urubu", ave que domina os céus brasileiros, em razão do deficiente sistema de saneamento básico de muitas cidades, sendo, na verdade, fruto da poluição e não um mero evento natural.

Somente no ano de 2008 [20] ocorreram no Brasil 550 reportes de colisões de aeronaves com pássaros, numa estimada de 377 colisões, de forma que a "fatalidade"

envolvendo a aeronave da U S Airways, dias atrás, vem ocorrendo naturalmente no Brasil, só diferenciando-se pelas conseqüências, pois neste último, uma salvadora amerissagem evitou o pior para 155 pessoas a bordo. Nos últimos 10 anos, foram mais de 3.800 reportes de colisões. No entanto, grande parte das colisões nem são reportadas, considera-se que somente uma, em cada cinco colisões, o piloto ou a empresa procedam ao reporte ao Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – CENIPA. Desse modo, teríamos algo em torno de 19 mil colisões, um número considerável, apesar de que a quantidade de decolagens e pousos ultrapassa os milhões ao ano.

Do quantitativo de colisões dos 10 últimos anos (1998 a 2008), ou seja, 3800, oitocentas dessas colisões decorreram de eventos com o urubu. Assim, severo trabalho tem sido desenvolvido para mitigar este fator de risco aos vôos no Brasil.

O Código Brasileiro de Aeronáutica, em seu artigo 43 [21], traz o instituto da limitação administrativa ao direito à propriedade de bens imóveis localizados na região vizinha ao aeroporto. Atividades nocivas à segurança do transporte aéreo poderão ser limitadas e com base nesse mandamento legal, o Comando da Aeronáutica estabeleceu, via ato administrativo, algumas restrições [22].

Paralelamente, o Conselho Nacional do Meio Ambiente [23] – CONAMA, também regulamentou a referida restrição, de forma clara e precisa, especificamente sobre "foco atrativo de pássaros" na região de entorno do aeroporto, que pode ser de 13 ou 20 quilômetros, conforme o tipo de operação aérea que se desenvolva no aeroporto, formando a região que se denomina Área de Segurança Aeroportuária - ASA.

Não se pode olvidar que o Município detém especial competência constitucional sobre o uso do solo urbano, pois que é o Ente Político competente para editar o Plano Diretor do Município, documento que também deve planificar e consignar licenças de uso do solo e construção, conforme as regras de segurança à aviação.

Tudo bem até aqui, se todos cumprissem com seu dever, mas não é o que se depreende com os vultosos números de colisões de aeronaves com urubus. O que ocorre é que a legislação apresentada não é cumprida, principalmente pelo próprio Poder Público, e especialmente pelo Município, que mantém seus lixões a céu aberto, sem procedimentos próprios de saneamento. Autorizações de instalação de

empreendimentos nocivos à aviação, dentro da Área de Segurança Aeroportuária, são naturalmente expedidos, ou mesmo quando os empreendimentos são licenciados, a fiscalização é ineficaz sobre tais estabelecimentos, que acabam se transformando em poluidores, atraindo pássaros em região de alto risco para a aviação. Assim nasce uma colisão de aeronave com pássaros no Brasil.

Duas situações distintas ocorrem, à luz do instituto da responsabilidade civil do Estado: a responsabilidade objetiva, quando o Estado é poluidor, e a responsabilidade do Estado por omissão, assim subjetiva, quando ineficaz a sua atuação na fiscalização.

3.1 A responsabilidade civil do Estado como poluidor ambiental em colisões de aeronaves com pássaros.

Aqui é a situação mais costumeira, visto que são inúmeros os Municípios em que seus lixões localizam-se inseridos na Área de Segurança Aeroportuária - ASA, infringindo a legislação ambiental e aeronáutica simultaneamente. Apesar de tentativas em transformar os lixões em aterros sanitários, deixando de serem tais empreendimentos "foco atrativos de pássaros", a verdade é que são inúmeros os Municípios que violam as normas, colocando em risco a aviação e aqueles que são transportados, sem que nada possa fazer a Empresa Aérea, senão aguardar que a lei seja cumprida ou a próxima colisão.

O choque de uma aeronave com um urubu, num Município que possui seu lixão dentro da ASA, torna incidente, de imediato, a regra do fato culposo de terceiro, pois que não há dolo na conduta do Município em provocar o acidente, apesar de que o dolo eventual possa ganhar espaço, quando a autoridade municipal já tenha sido alertada sobre tal perigo e ainda assim mantenha a desídia administrativa.

Regra geral, caberá à Empresa Aérea indenizar seus passageiros, pelos danos sofridos, como atrasos e danos morais, e até possível indenização por morte, como quase ocorrera há poucos dias no Rio Hudson, em Nova York.

Logo após, o transportador exercerá seu direito de regresso contra o Município poluidor, para ressarcimento dos valores despendidos, em obediência ao Enunciado 187 do STF, bem como ao artigo 734 do CC/2002.

Tarefa maior é o campo da prova, pois estabelecer que aquele específico pássaro, sugado pela aeronave, provinha do lixão da prefeitura, traz sérias dificuldades. Seguindo o sentido da lei que regula o caso, há que se compreender que a prova deve ser feita tão apenas da localização do lixão do Município, inserido na ASA, em franco funcionamento como atividade poluente e atraindo pássaros, e, numa segunda fase, da espécie de pássaro interceptado pela aeronave, como ser vivo atraído pela poluição gerada, todos esses fatos facilmente comprováveis por perícia ambiental.

Chegando-se à conclusão de que a ave atingida pela aeronave era um urubu ou outra espécie, atraída pela atividade poluidora municipal, e que o lixão tem funcionamento transgredindo regras de saneamento, não há mais o que provar, pois a burla à legislação ambiental e aeronáutica está "chapada", em função de que tais normas citadas existem justamente para evitar a colisão de pássaros com aeronaves e seu inadimplemento redunda em provável colisão. Determinar prova de que aquela ave específica habitava o lixão municipal é prova diabólica e premia a descaso com a lei, pois afasta os verdadeiros causadores dos danos da responsabilidade que detém, quando administram com ineficiência.

A título de exemplo, atualmente, desenvolve-se Ação Civil Pública na Justiça Federal [24], Vara Única de Marabá, em face do Município de Marabá, Estado do Pará, em que se intenta obrigar o Município a retirar o lixão municipal da ASA ou mesmo a saneá-lo, serenando a segurança de vôo no aeroporto da cidade. Esse é o caminho, que também pode ser trilhado pelas Associações e Sindicatos da comunidade aeronáutica, pois tais organizações civis igualmente possuem legitimidade para ingressar com a Ação Civil Pública, conforme expressa e Lei 7.347/1985, em seu artigo 5º [25], inciso V, desde que possua em seu Estatuto o objetivo de atuar na preservação da segurança de vôo, direito esse difuso, segundo a classificação do Código de Defesa do Consumidor.

Tarefa alvissareira é a dos juízes em equilibrar suas decisões entre a paralisação do lixão municipal, que poderá afetar toda uma comunidade, nos casos em que ainda não há alternativa à administração da cidade, e a manutenção da atividade aérea no aeroporto. Ao que tudo indica, o menor prejuízo é frear as operações aéreas, ou consigná-las a horários de menor incidência de pássaros, pois que a colisão de uma aeronave, especialmente as de grande porte, com aves pode levar a acidentes

gravíssimos, ceifando dezenas de vidas humanas, sem dizer da provável queda da aeronave em região habitada, pois tais incidentes geralmente ocorrem após a decolagem ou antes do pouso, assim, já em proximidade das cidades.

3.2 A responsabilidade civil do Estado como fiscalizador ambiental em colisões de aeronaves com pássaros.

Agora ingressaremos no terreno árido da responsabilidade civil do Estado por omissão, quando a moderna doutrina chama pela responsabilidade civil subjetiva [26].

A presente situação refere-se aos casos de ineficiência da máquina administrativa, quando autoriza inadequadamente a instalação de empreendimentos poluidores dentro da ASA, ou quando deixa de fiscalizá-los, em ambos os casos patente está o inadimplemento do dever jurídico do Estado em impedir o evento danoso.

Trata-se de empreendimentos como matadouros, frigoríficos, curtumes, entre outros nominados na Resolução CONAMA n° 04, que possuem regime especial quando inseridos dentro da ASA.

É certo que tais empreendimentos dificilmente terão recursos para compensar o transportador aéreo na tarefa de indenizar os passageiros, assim como o próprio transportador, pois esse último também terá, sem sombra de dúvidas, prejuízos em sua aeronave, provocada pela colisão da ave. Para uma pequena idéia do montante envolvido, no Brasil, só no ano de 2007 [27], chegou-se a cifra de U$ 9.700.000,00, ou seja, cerca de 23 milhões de reais em valores atualizados, importância essa que se referente aos custos materiais e operacionais, como manutenção de motores, readequação dos vôos, hotéis para passageiros, entre outras despesas.

Realmente, não há como tais empreendimentos, matadouros e frigoríficos, assumirem sozinhos o ressarcimento e indenização ao transportador aéreo, por isso emerge, alternativamente, a responsabilidade do Estado. Alerta-se que não se está no campo da subsidiariedade, fenômeno jurídico que ocorre quando concessionários não conseguem adimplir as indenizações determinadas pelo Poder Judiciário, sendo chamado então o Estado para assumir tais despesas, pois o Poder Público é o responsável, em ultima

ratio, quanto aos seus concessionários de serviços públicos. Na questão da subsidiariedade, o Estado em nada contribuiu para o evento danoso, senão por um possível erro na escolha do prestador do serviço, mas nada quanto à causa do dano.

Por outro lado, na responsabilidade civil do Estado por omissão há um ato comissivo por omissão incidente, ou seja, a ausência da atuação cogente do Estado. Aqui o Estado será responsabilizado por sua ineficácia direta e não pela via reflexa da subsidiariedade.

Os tribunais tem sido sérios quanto a este tema e decisões em situações similares à colisão de uma aeronave com pássaros pode ser uma boa referência para tratar o tema.

O acidente provocado pela colisão de um veículo com animal na rodovia é, segundo primorosa jurisprudência [28], sinal de responsabilidade civil do Estado por omissão, conforme entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Abaixo, parte do acórdão em Recurso Especial 438.831, de 37/06/2006:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ANIMAL NA PISTA. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO E SINALIZAÇÃO. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EMATERIAIS (...).

3. Na hipótese de acidente de trânsito entre veículo automotor e eqüino que adentrou na pista, há responsabilidade subjetiva do Estado por omissão, tendo em vista sua negligência em fiscalizar e sinalizar parte de rodovia federal em que, de acordo com o acórdão recorrido, há tráfico intenso de animais. (grifo nosso)

Ora, não há diferença na aplicação do direito entre um veículo que colide com um animal na rodovia, por deficiente fiscalização do Estado, e uma aeronave que colide

com um pássaro, também decorrente de falta de fiscalização, ambos os casos a responsabilidade civil do Estado é inconteste.

A mesma situação é configurada em acidente em rodovias por deficiente manutenção, como buracos e sinalização, casos em que o STJ também entende, acertadamente, configurar responsabilidade civil do Estado [29].

Desse modo, com elevada carga jurisprudencial, por integração jurídica, pode-se afirmar que ao Estado cabe indenizar o transportador aéreo pelos prejuízos que tenha em função de colisão de aeronaves com pássaros, tanto a título de indenização pelos prejuízos materiais decorrentes da colisão da ave com sua aeronave, como em função do ressarcimento que tem direito, quando houvera indenizado seus passageiros, pelos danos por esses sofridos pelo sinistro ou por simples atraso do vôo.

Há que se ressaltar o importante trabalho desenvolvido pelo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – CENIPA, organização militar de referência em matéria de prevenção de acidentes aeronáuticos, que detém a atribuição da segurança de vôo da aviação civil e militar. Um de seus flancos é a prevenção à colisão de aeronaves com pássaros, tecnicamente denominado de Perigo Aviário.

Uma das bem sucedidas iniciativas do CENIPA foi a elaboração idealística do Projeto de Lei n° 4.464/2004, em trâmite na Câmara dos Deputados, que objetiva a proporcionar maior legalidade às restrições administrativas aos proprietários de imóveis e empreendedores da Área de Segurança Aeroportuária, bem como proporcionar ferramentas processuais e administrativas mais eficazes na difícil tarefa de adequação da exploração urbana, consoante as regras de segurança de vôo.

---

4. Conclusão

Diante do cenário apresentado, facilmente se depreende que as ações judiciais impetradas pelos passageiros lesados em decorrência de eventos de colisão de aeronaves com pássaros, em especial com urubus, em face do transportador aéreo, lembrando um dito popular, "fazem parte da primeira batalha, mas não encerra a guerra", pois que, em ultima ratio, trata-se de responsabilidade civil do Estado, ora na modalidade de responsabilidade por ato ilícito (como na instalação de lixões dentro da ASA), ora na feição de responsabilidade civil por omissão (na constante ausência de fiscalização de empreendimentos poluidores instalados dentro da ASA).

Porém, ressalta-se que não é o caso de se excluir a responsabilidade civil do transportador, pois o evento colisão de aeronave com pássaros deve ser classificado como fato culposo de terceiro, assumindo a posição de terceiro tanto o explorador de atividades privadas poluidoras, quanto o próprio Poder Público, o maior cliente do Poder Judiciário, englobando atos comissivos ou omissivos. Desse modo, imediata se torna a aplicação do artigo 735 do Código Civil e do Enunciado 187 da Súmula do STF, quando então o transportador aéreo poderá exercer o seu direito de regresso contra o verdadeiro causador do dano; essa é a segunda batalha, levar o dever de indenizar ao autêntico responsável pelo dano.

No aspecto jurisprudencial, demonstrou-se, por analogia, que a responsabilização do Estado quando de sua omissão no dever de fiscalização, originando uma colisão de aeronave com pássaros, é semelhante aos reiterados e pacíficos julgados que impõe a responsabilização do Estado quando da colisão de veículos com animais, em estradas nacionais, bem como na deficiente manutenção dessas mesmas vias de deslocamento, quando buracos causem idêntico acidente de trânsito.

Quanto aos danos indenizáveis, enfatizou-se que os mesmos não se restringem tão somente ao ressarcimento dos valores despendidos na indenização dos passageiros, entre danos materiais e morais; mas os danos também envolvem a indenização do transportador aéreo, que adquire sérios prejuízos materiais em função de danos à sua aeronave, despesas operacionais e, porque não, também abarcando os danos morais à pessoa jurídica, em razão da certeza do descrédito que a empresa aérea absorve perante a sociedade civil, como conseqüência natural, quando se envolve num incidente aeronáutico.

Após essa digressão, está-se preparado para responder aos questionamentos do início deste artigo. Quanto ao primeiro ponto, quando se inquiriu sobre possível presença de caso fortuito na colisão de aeronave com pássaro, pode-se afirmar que, no Brasil, sendo a colisão decorrente de aves atraídas por atividades poluidoras, inseridas na

Área de Segurança Aeroportuária, infringindo as legislações ambiental, urbanística e aeronáutica, configurar-se-á caso fortuito interno, portanto, evento ligado à atividade explorada, não capaz de exonerar a responsabilidade do transportador perante o passageiro.

A colisão do Airbus 320 da U S Airways com pássaros, no Rio Hudson, em Nova York, não é um evento isolado, não há novidade, especialmente no Brasil, onde o quantitativo de colisões de aeronaves com pássaros é significativo, especialmente envolvendo aves da espécie Coragyps atratus, popularmente conhecido como urubu, salientando ainda que os passageiros não devem tão somente lamentar o sinistro, mas ir às vias judiciais, à procura da aplicação do direito, a fim de serem ressarcidos de possíveis danos incidentes.

Quanto ao segundo questionamento, no aspecto da responsabilidade do Estado em relação a colisões de aeronaves com aves, pode-se afirmar que no Brasil, em função da forte deficiência sanitária das cidades brasileiras, o Perigo Aviário ora é um produto da ação ilícita do Poder Público, geralmente Prefeituras Municipais, que possuem lixões poluidores instalados dentro da Área de Segurança Aeroportuária-ASA, ora o referido Perigo Aviário se desenvolve sem freios, em função da ausência do Estado em seu dever de fiscalizar os empreendimentos poluidores, inseridos também na ASA, consoante as regras urbanísticas, ambientais e aeronáuticas, o que faz da região do entorno do Aeroporto uma área de elevado risco para a operação aeronáutica.

Sem dúvida o maior impulso à prevenção do Perigo Aviário será proporcionada pelo próprio transportador, na árdua tarefa de responsabilizar o verdadeiro agente causador da colisão de suas aeronaves com pássaros, que não é o pobre do urubu, mas o Poder Público, pois esse sem as rédeas do Poder Judiciário e isento de responsabilização civil, continuará a poluir ou mesmo a se omitir em seus deveres constitucionais. Até que a conscientização chegue, trabalho esse que envolve mudança de comportamento, labuta constante do CENIPA, há que se buscar a aplicação do direito, a fim de obrigar o Poder Público a cumprir a lei e manter a ordem urbanística, ambiental e aeronáutica.

Talvez o caminho mais eficaz, considerando o elevado desacerto urbano em que vivemos, seja trilhado pelo emprego do instituto da Ação Civil Pública, tendo como sujeito ativo Sindicatos e Associações, ligadas à aviação, legitimados pelos termos da Lei 7.347/1985, ou mesmo por representação ao Ministério Público Federal. É certo que tal ação coletiva possui plena capacidade em garantir o direito constitucional à segurança pública do transporte aéreo [30], compreendido como direito fundamental

de 3ª geração [31], pois é um direito de todos, típico direito difuso, fronteira a ser conquistada pelos operadores do direito nesse século XXI.

Notas

01 MOREIRA NETO, Raul. Perspectivas do CCPAB. CENIPA, Brasília, 25 nov. 2008. Disponível em: <http://www.cenipa.aer.mil.br/palestras/palestras.htm>. Acesso em 18 jan 2009. Apresentação divulgada no 4º Seminário Internacional de Perigo Aviário e Fauna, coordenado pelo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – CENIPA, ocorrido em Brasília-DF, entre os dias 24 e 28 de novembro de 2008.

02 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 316.

03 CAVALIEIR FILHO, Op. cit. p. 317.

04 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Responsabilidade Civil. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

05 Lei Federal 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

06 CAVALIEIR FILHO, Op. cit. p. 89.

07 AgRg no Ag 840278 / SP, Relator Ministro MASSAMI UYEDA, acórdão julgado em 20/11/2007e publicado no DJ de 17/12/2007.

08 Art. 1o Fica a União autorizada, na forma e critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo.

09 Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

10 Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

11 Responsabilidade civil. Acidente ferroviário. Queda de trem. "Surfista ferroviário". Culpa exclusiva da vítima. I - A pessoa que se arrisca em cima de uma composição ferroviária, praticando o denominado "surf ferroviário", assume as conseqüências de seus atos, não se podendo exigir da companhia ferroviária efetiva fiscalização, o que seria até impraticável.

12 CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito administrativo. 7ª ed. Salvador: Jus podivm, 2009, p. 326.

13 Constituição Federal de 1946:

Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

14 Art. 21. Compete à União: (...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...)

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária.

15 CAVALIEIR FILHO, Op. cit. p. 322.

16 1º TACIVSP – Ap. Sum. 1059736-7, 21-8-2002, 4ª Câmara – Rel Oséas Davi Viana.

17 AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ASSALTO - INTERIOR DE ÔNIBUS - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA - EXCLUDENTE - CASO FORTUITO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

I. Fato inteiramente estranho ao transporte (assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo), constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora.

18 Recurso Especial. Ação indenizatória. Transporte Aéreo. Atraso em vôo c/c adiamento de viagem. Responsabilidade Civil. Hipóteses de exclusão. Caso Fortuito ou Força Maior. Pássaros. Sucção pela turbina de avião.

- A responsabilização do transportador aéreo pelos danos causados a passageiros por atraso em vôo e adiamento da viagem programada, ainda que considerada objetiva, não é infensa às excludentes de responsabilidade civil.

- As avarias provocadas em turbinas de aviões, pelo tragamento de urubus, constituem-se em fato corriqueiro no Brasil, ao qual não se pode atribuir a nota de imprevisibilidade marcante do caso fortuito.

- É dever de toda companhia aérea não só transportar o passageiro como levá-lo incólume ao destino. Se a aeronave é avariada pela sucção de grandes pássaros, impõe a cautela seja o maquinário revisto e os passageiros remanejados para vôos alternos em outras companhias. O atraso por si só decorrente desta operação impõe a responsabilização da empresa aérea, nos termos da atividade de risco que oferece.

19 Emb Inf 949.477-7/01, de 09 de maio de 2007 - TJ SP

20 Estatística disponível no sítio do CENIPA: http://www.cenipa.aer.mil.br/passaros/graficos/grafico2008.pdf

21 Art. 43. As propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais.

Parágrafo único. As restrições a que se refere este artigo são relativas ao uso das propriedades quanto a edificações, instalações, culturas agrícolas e objetos de natureza permanente ou temporária, e tudo mais que possa embaraçar as operações de aeronaves ou causar interferência nos sinais dos auxílios à radionavegação ou dificultar a visibilidade de auxílios visuais.

22 Portaria 1.141, de 05 de dezembro de 1987.

23 Resolução CONAMA nº 04, de 09 de outubro de 1995. Disponível em http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=182.

24 ACP 2005.39.01.001578-9 – TRF-1 Seção Judicial Pará, Vara única de Marabá.

25 Art. 5o Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

26 CUNHA JÚNIOR, Op. cit. p. 329.

27 HONORATO, Marcelo. A responsabilidade civil no perigo aviário. CENIPA, Brasília, 25 nov. 2008. Disponível em: <http://www.cenipa.aer.mil.br/palestras/palestras.htm>. Acesso em 18 jan 2009. Apresentação divulgada no 4º Seminário Internacional de Perigo Aviário e Fauna, coordenado pelo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – CENIPA, ocorrido em Brasília-DF, entre os dias 24 e 28 de novembro de 2008.

28 No mesmo sentido: REsp 467.883 e REsp 668.491

29 REsp 992.86-0 e REsp 647.216.

30 Constituição Federal de 1988:

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

31 LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 589.

* Bacharel em Direito pela UFPA. Especialista em direito processual pela UNAMA. Pós-graduando em direito constitucional pelo IDP. Oficial aviador da Força Aérea Brasileira

Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12231
Acesso em: 30 mar. 2009.