Registro: 2012.0000174383

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0065667-21.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SOUTH AFRICAN AIRWAYS, JOSE CARLOS LOPES, ELIZABETH PEREIRA DOS SANTOS e JOYCE SANTOS LOPES sendo apelado OS MESMOS.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram provimento ao recurso adesivo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS CARLOS DE BARROS (Presidente sem voto), CUNHA GARCIA E REBELLO PINHO.

São Paulo, 16 de abril de 2012.

Maria Lúcia Pizzotti
RELATOR
Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO Nº 0065667-21.2009.8.26.0000
VOTO 2395

Apelantes: South African Airways Ltd., José Carlos Lopes, Elizabeth Pereira dos Santos e Joyce Santos Lopes

Apelados: Os mesmos

Comarca: São Paulo

Magistrado Prolator da Sentença: Samuel Francisco Mourão Neto

EMENTA
DANOS MORAIS E MATERIAIS – "OVERBOOKING" – INDENIZAÇÃO MAJORADA – AUSÊNCIA DE LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ
Impossibilidade de embarque em voo previamente adquirido pela ocorrência de overbooking, violando os direitos do consumidor,
O valor da indenização deve ser arbitrado de acordo com as peculiaridades do caso, que justificam o aumento do valor indenizatório;
Manutenção dos danos matérias;
Ausência de litigância de má fé, mero exercício do direito de defesa.
Nega-se provimento à apelação. Dá-se provimento ao recurso adesivo.

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação, fls. 144/151, e recurso adesivo, fls.163/165, interpostos em face da sentença *a quo*, fls.136/141, cujo relatório se adota, que julgou procedente o pedido da inicial, condenando a South African Airways Ltd. ao pagamento de indenização a título de danos morais, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos requerentes, corrigidos da data da sentença, e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação, bem como, ao ressarcimento pelos danos materiais sofridos, fixados em R$ 2.741,26 (dois mil setecentos e quarenta e um reais e vinte e seis centavos), e, quanto a sucumbência condenou o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como, os honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Irresignados com a r. decisão, apelaram ambas as partes.

Em apelação, a South African Airways Ltd. Objetivando a reforma integral da r. sentença, requereu o improvimento da ação. Suscitou que o cálculo dos danos matérias fora realizado de maneira incorreta, e, ressaltou que a indenização não seria devida, visto que em qualquer viagem se está ao atraso. No tocante aos danos morais, arguiu a ausência de provas quanto ao sofrimento e ao real dano a ser reparado, bem como, justificaram que a prática do “overbooking” não configura conduta abusiva pela companhia aérea.

Em contrapartida, em sede de recurso adesivo, os recorrentes, José Carlos Lopes, Elizabeth Pereira dos Santos e Joyce Santos Lopes, arguiram a elevação do valor da indenização a título de danos morais.

A apelação fora contrarrazoada às fls. 157/160, na qual se pediu pela condenação da companhia aérea ao pagamento de multa no valor de 1% ado valor da causa, tendo em vista a litigância de má-fé, juntamente com o ressarcimento pelas despesas processuais arbitradas em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Apresentada as contrarrazões ao recurso adesivo às fls. 171/174.

Devidamente processados os apelos, foram os autos remetidos a este E. Tribunal.

É a síntese do necessário.

Inicialmente, prestigio a decisão do D. Juiz a quo, que por seus precisos e bem lançados fundamentos julgou a demanda procedente, arbitrou a devida indenização por danos morais à importância de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada demandante, bem como, determinou o pagamento de indenização por danos materiais; assim, como brilhantemente justificou o Excelentíssimo Juiz a quo, a indenização é devida, de modo que, deve ser a r. sentença reformada apenas no que tange ao *quantum* a título de danos morais.

De plano, entendo que não ser necessário analisar a licitude da prática denominada *overbooking*, mas, tão somente, constatar sua assunção pela empresa ré e, principalmente, as consequências ao consumidor, cujo dano deve ser

ressarcido.

É de ciência geral que as empresas aéreas têm como praxe a venda de passagens em número superior ao número de assentos disponíveis em uma aeronave, considerando as hipóteses de faltas, upgrades, atrasos e desistências, assumindo, assim, o risco da impossibilidade de transportar todos os seus passageiros, caso todos compareçam.

Sabe-se, igualmente, que essa venda é realizada conforme apurado cálculo estatístico, apurados historicamente, com base na natureza do voo, período do ano, destino e horário.

Não se trata, pois, de discutir a legalidade da prática.

A fiscalização e regulação dos voos domésticos e internacionais não é matéria do Judiciário, que deve analisar, apenas, supostas falhas, evitando o locupletamento indevido (vedado pelo artigo 884 do Código Civil) e a prática de ilícitos civis (art.186, também do Código Civil).

Neste sentido, a prática narrada pela empresa ré, como aceita pelas agências de aviação, e devida para que possa ocorrer o ressarcimento das passagens adquiridas e não utilizadas, deve ser analisada casuisticamente, de forma a apurar suas consequências.

In casu, a ilicitude do *overbooking* é constatada a partir do dano causado ao apelado, que não pode ser ignorado, tampouco relevado, como pretende a apelante, pelo simples fornecimento de cartão de *upgrade*, o qual estava condicionado a existência de assentos vagos, e nem fora usufruído.

Se empresa assume tal prática deve arcar com as consequências e risco do negócio, ou seja, quando não houver desistências de qualquer tipo e se apresentar para embarque um número maior de passageiros do que a lotação da aeronave, por óbvio, este excedente deve ser prontamente realocado, com informações precisas e condições equânimes.

Contudo, não é o que se vislumbra no caso em epígrafe, é incontroverso que os requerentes obtiveram passagens aéreas para voo em

determinado horário e dia, porém, a ré, assumindo o risco da prática de *overbooking* frustrou tal expectativa, por mera ordem de chegada, a despeito do bilhete comprado, de modo que não cumprira com o negocio jurídico originalmente pactuado.

Cediço que as companhias aéreas tem por hábito a prática do *overbooking*, no entanto, nítido que sua prática é abusiva, visto que desconsidera os direitos e interesses dos consumidores, ao terem seu direito, previamente adquirido, tolhido por mera falta de lugares, sendo de conhecimento da transportadora a possibilidade da ocorrência de tal evento.

Neste esteio, ao emitir bilhete aéreo a companhia deve garantir que o serviço vendido seja prestados nos exatos termos do que fora pactuado entre as partes, fato que não ocorrera por culpa exclusiva da prestadora de serviços, que não fornecera devidamente o serviço adquirido.

Pacífico nos Tribunais Pátrios o dever de indenizar os danos morais suportados pelos requerentes ante a ocorrência de *overbooking*, visto que não se pode considerar mero aborrecimento a perda do voo previamente adquirido, e como no caso em tela o embarque apenas no dia seguinte, não se tratando assim de mero atraso, mas, sim da perda de um dia de viagem.

Devidamente demonstrado o dever de indenizar ante a impossibilidade de embarque tendo em vista a ocorrência de *overbooking*, ressaltar-se que o dano moral por se tratar de fenômeno interno, não precisa nem pode ser provado. O que deve ser provado são fatos, condutas ou omissões que ocasionem ofensa aos direitos da personalidade, sofrimento e dor ao prejudicado. A avaliação sobre quais fatos que causam dano moral deve ser feita pelo juiz, segundo a jurisprudência e as regras da experiência.

Cabe, ainda, a análise do valor da indenização por danos morais.

Neste âmbito, é notório que o próprio dano moral sustenta a qualidade de não ser precisamente mensurável, visto que não é atrelado a danos patrimoniais, de modo que para a determinação da importância que deve ser paga a título de

danos morais se utiliza como critérios a conduta e extensão da culpa do causador do dano, as conseqüências enfrentadas pela vítima, e suas condições pessoais.

No caso em apreço, restou caracterizada situação de considerável transtorno para os demandantes, que tiveram seu direito frustrado, impossibilitados de realizar as férias planejadas, transformando, assim, situação que deveria ser prazerosa e de descanso em evento estressante, visto que não realizarão a viagem planejada. Destaca-se, ainda, que os requerentes perderam um dia inteiro de viagem, sendo-lhes apenas possibilitado o transporte para seu destino no dia seguinte, não se tratando, portanto, de mero atraso. Ainda, tem-se que a outra família com a qual estavam viajando, e realizaram o *check in* em sua frente, foram alocados na aeronave, de modo que os demandantes ainda se viram separados de seus companheiros de viagem, fato que agrava o transtorno sofrido, fatos estes que justificam a alteração do valor arbitrado.

Com efeito, ressalto que o valor do dano moral deve corresponder não só às expectativas da parte, mas, também, às do Poder Judiciário, tratando-se de valor não apenas indenizatório, mas, educativo. Isto é, a indenização, além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deve atender ao caráter punitivo/educativo.

Diante disso, a indenização deve ser arbitrada não apenas com o fim de minorar as conseqüências danosas do fato, mas, também, para evitar a reincidência do causador danoso. Assim, entendo cabível arbitrá-la em R$8.000,00 (oito mil reais) para cada um dos demandantes, respeitado o princípio da razoabilidade, e valendo-se dos aspectos supracitados para tal determinação, em decorrência dos diversos importunos sofridos e dissabores enfrentados.

No tocante aos danos materiais, nítido o dever de indenizar, como bem salientou o D. Juiz de Primeira Instância, vez que foram obrigados a embarcarem em data posterior a planejada, tendo que arcar com as custas de dia não usufruído, sendo devido que a companhia aérea reembolse o valor do referente ao dia perdido, ou seja, 1/15 (um quinze avos) do preço total do pacote.

Por fim, ante a suscitada ocorrência de má-fé, por parte da companhia aérea, notório que referida tese deve ser afastada, visto a inexistência de litigância de má-fé, por se tratar o recurso de apelação de mero exercício do direito de defesa, pelo meio da qual se recorre de decisão que não lhe foi favorável, inexistindo qualquer caráter protelatório.

Destarte, **Nega-se provimento** ao recurso de apelação, e **Dá-se provimento** ao recurso adesivo, para estipular a indenização a título de danos morais a importância de a importância de R$ 8.000,00 (oito mil reais) para cada um dos demandantes, corrigidos nos termos da Súmula 362 do STJ, a contar da data deste acórdão, acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data da citação.

Por fim, tendo em vista a Súmula 326 STJ, determinou que na ação de "indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica em sucumbência recíproca", assim, diante da sucumbência da ré, arcará com as custas e despesas processuais, bem como, os honorários advocatícios, conforme já estabelecido em 15% do valor total da condenação.

Maria Lúcia Pizzotti
Relatora