

RESPONSABILIDADE CIVIL NO SETOR AÉREO: CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR COMO EXCLUDENTES NO CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO NACIONAL DE PASSAGEIROS

Raphael Guilherme Faria

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, apresentando a monografia "*A responsabilidade Civil no Setor Aéreo*".

Fernanda Schaefer Rivabem

Advogada em Curitiba-PR. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil do curso de Direito da Faculdade Estácio de Curitiba. Professora de Direito Civil e Biodireito Unicuritiba. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-PR.

Resumo: Este trabalho estabelece um delineamento entre a legislação aeronáutica e o Código de Defesa do Consumidor de transporte aéreo de passageiros. Com relação aos danos decorrentes do serviço prestado no setor aéreo, é preciso observar não só o que dispõe o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565, de 19.12.1886), como também o Sistema de Varsóvia e o CDC. Este trabalho abrange um estudo das matrizes que originaram o Código Brasileiro de Aeronáutica com a finalidade de regular o mercado no setor aéreo nacional. O foco deste trabalho está na responsabilidade civil no setor aéreo, bem como a aplicabilidade dos tratados e convenções no ordenamento jurídico Brasileiro em casos de danos decorrentes de caso fortuito e força maior. Em se tratando de prestação de serviço, sendo concessão do serviço público, este trabalho visa responder à pergunta: será que se deve aplicar o Código de Defesa do Consumidor nos voos realizados no território nacional? Se sim quais são as excludentes de responsabilidade civil? Trata-se de um estudo bibliográfico amparado em fontes teóricas com o objetivo de analisar a responsabilidade civil no setor aéreo considerando como excludentes de tal responsabilidade a existência de caso fortuito e força maior no transporte aéreo nacional de passageiros.

Palavras-chave: Código Brasileiro de Aeronáutica; responsabilidade civil; Código de Defesa do Consumidor; caso fortuito; força maior.

1. Introdução

Nos últimos anos, verificam-se sucessivos prejuízos e reestruturação no setor aéreo brasileiro. Somam-se a esse panorama as fusões e aquisições, a concentração de mercado e a inflação perante uma demanda interna que aparenta estar em um leve crescimento. Esse cenário desafiador é complexo, mas aprimoramentos regulatórios, poderão trazer um novo fôlego ao mercado, o qual será fundamental não apenas para o desenvolvimento da economia nacional.

Historicamente, o setor de aviação no Brasil possui margens de lucros muito estreitas, se há lucro, e considerando que o planejamento de expansão de frotas, novas rotas, variações cambiais, e outras, é sempre realizado ao longo prazo, qualquer alteração de mercado afeta diretamente e rapidamente os resultados (SANTOS, 2013, p.2).

Há de se mencionar o ‘custo Brasil’ nos balanços das companhias aéreas nacionais. Nesta conta, entram a elevada carga tributária (sobre a operação em si e a folha de pagamento), a variação cambial, a precariedade da infraestrutura aeroportuárias e as muitas condenações no Poder Judiciário (MARQUES, 1992, p. 156).

Neste aspecto, é necessário considerar o que é responsabilidade da companhia aérea e quais as responsabilidades de outros setores, pois de acordo com Santos (2013, p. 8) as decisões judiciais relacionadas às pessoas jurídicas precisam avaliar as reais condições da empresa além de reconhecer os motivos que levam a efetuar um determina-

do ato, como por exemplo, atraso do voo em decorrência de mau tempo, ou problema técnico na aeronave de última hora, pois é sabido que existem decisões que podem acarretar sérios problemas para a segurança dos passageiros.

Neste caso, há que se considerar que existem problemas que não são de responsabilidade das companhias, porém, quando o fato gerador indica falha humana, identifica-se a pessoa responsável, atribuindo-lhe o comportamento culposos. Mas há fatos acidentais que também servem de base à indenização, podendo provir de uma coisa ou de uma pessoa, sem haver culpa. Neste caso, leva-se em conta o risco que a atividade de transporte aéreo pode representar.

No entanto, o risco não pode impedir o crescimento e o desenvolvimento da viação, pois este é o principal meio de transporte para lugares de difícil acesso, especialmente porque o Brasil possui dimensões territoriais continentais o que vem propiciando o crescimento das atividades no setor de transporte aéreo, para fins de célere ligação de pontos distantes, com o fomento correlato às operações de financiamento de viagens pelo setor econômico do país em expansão, embora a maioria da população ainda faça uso do transporte terrestre. A partir disso, como ressaltava Valle (1973, p. 9-11), já em 1927, houve o nascedouro da aviação comercial no país, que foi sendo modernizada à medida que avançou a evolução tecnológica. Assim, os aviões convencionais foram sendo substituídos por outros mais rápidos e mais seguros. Também os aeroportos mo-

dernizaram-se buscando proporcionar mais conforto e segurança aos usuários.

Nos últimos anos o mercado das companhias aéreas expandiu-se ampliando o número de companhias aéreas, de passageiros e aeronaves em ação. As empresas apresentam cerca de 92% de pontualidade e as falhas e reclamações mais comuns são atrasos de voos, cancelamentos, preterições, extravio de bagagens, danos a bagagens, dentre outras²⁷⁰, estes são problemas que levam os usuários à processar as companhias aéreas.

Tendo em vista os dados antes apresentados surgem as perguntas: as empresas aéreas sempre deverão responder objetivamente? Há excludentes aplicáveis de responsabilidade civil no setor aéreo? Poderão as indenizações limitar-se a um determinado valor?

Diante destes questionamentos cumpre abordar as questões relativas ao transporte de passageiro e suas bagagens no transporte aéreo nacional, afastando-se, portanto, o transporte de carga aérea, haja vista o tratamento jurídico diferenciado.

É nesse contexto, abrangendo a evolução da arte de voar dentro de padrões de segurança, eficiência e o reconhecimento dos direitos do usuário que este artigo busca determinar quais os aspectos contratuais que definem a

270 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). II Relatório semestral da ouvidoria 2011. Disponível em: http://www.anac.gov.br/Area.aspx?ttCD_CHAVE=11. Acessado em 17/03/2015, às 15:15 horas.

responsabilidade civil do transportador aéreo nacional de passageiros, apresentando soluções para dirimir interpretações equivocadas e que, por vezes, conspiram para mitigar a importância do Brasil no cenário internacional da aviação civil.

2. Dos tratados e convenções que regulam o direito aeronáutico.

A evolução do transporte aéreo trouxe como consequência a necessidade de organizar legalmente o segmento aéreo, o que contribuiu para o surgimento do Direito Aeronáutico, definido por Escalada (1996, p.11) como “o conjunto de princípios e regras, de Direito Público e Privado, de ordem interna e internacional, que regem instituições e relações jurídicas nascidas da atividade aeronáutica, ou por ela modificadas”.

O Direito Aeronáutico se apresenta como o “conjunto de normas jurídicas - convencionais e consuetudinárias - que regulam o transporte, pelo espaço aéreo, por meio de aeronaves, de pessoas e coisas, assim como as relações dele decorrentes” (ARAÚJO, 1998, p. 12). Verifica-se, assim, a autonomia do Direito Aeronáutico (como ramo do Direito).

Cumprido asseverar, que inexistente sistema fechado de regras e princípios (Escalada, 1996, p.13-14), atrelado aos diversos ramos do Direito, sem prejuízo da inserção das regras cogentes emanadas do Código de Defesa do Con-

sumidor, estas possuem força normativa fundamentais no ordenamento constitucional, preponderando, em todo o ordenamento jurídico, no qual possa subsistir relação de consumo, com fulcro no critério da especialidade.

Assim, definido o Direito Aeronáutico, conclui-se que a navegação aérea, não se erige a premissa caracterizadora de efetivo sistema fechado, infenso aos demais ramos que caracterizam interdependência e subordinação ao ordenamento constitucional.

Entretanto, não se podem omitir as necessidades de regulamentação internacional ao setor aéreo, pois se trata de um setor que encontra no transporte internacional uma vertente mais produtiva. Assim, surgiu o Sistema de Varsóvia, que veio a regular o transporte na seara internacional, servindo de base para elaboração para o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986).

A Convenção de Varsóvia foi assinada em 12 de outubro de 1929 e seu âmbito de aplicação se estende aos documentos e ao regime de responsabilidade do transporte aéreo internacional, regulando as hipóteses de dano-evento no transporte aéreo, correlacionadas com morte, ferimento ou qualquer outra lesão corporal ao passageiro ocorrida a bordo da aeronave, ou nas operações de embarque e desembarque (art. 17), perda, destruição ou avaria de carga ou bagagem, ocorridas durante o transporte (art.18), atraso no transporte de

viajantes, bagagens ou mercadorias (art. 19), situações para as quais estabelece limites indenizatórios (BUSTI. 2001. p.612). Essa convenção foi ratificada no Brasil por meio o Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931, regulando o transporte aéreo internacional de pessoas, bagagens e bens, abrangendo, igualmente, transporte gratuitos, desde que prestados por companhia aérea regularmente constituída (art. 1º, alínea 1, in fine).

Essa convenção foi atualizada pelo Protocolo de Haia em 1955 ampliando os limites de indenização previstos no artigo 22, ‘a’, da referida convenção. De acordo com Schwenk et al. (1996, p. 672–676), este documento exige que seja expressa na passagem a identificação do local de partida e de destino, as escalas previstas e a declaração de responsabilidade do transportador em acordo com a Convenção de Varsóvia. Além disso, o protocolo estabelece o prazo de 7 a 14 dias para protesto de bagagens e mercadorias avariadas, estabelece um patamar limite para indenização no caso de comprovação de dano e indica a responsabilidade de agentes e servidores das companhias aéreas. No Brasil o Protocolo de Haia foi ratificado em 16.06.1964 e promulgado pelo Decreto n. 56.463, de 1965, ainda vigente.

Em 1961 foi realizada a Convenção de Guadalajara, que responsabiliza tanto o transportador de fato quanto o contratual nos termos de Convenção de Varsóvia, de modo que, na hipótese de dano-evento, a vítima poderá integrar ambos no polo passivo da demanda. Foi

criada uma quinta jurisdição, além das quatro previstas no art. 28 da Convenção de Varsóvia, possibilitando o ajuizamento de ação no local em que o transportador se encontra domiciliado ou desempenhe sua atividade negocial. No entanto, somente se aplicará a Convenção quando os Estados em que se incide e finde o transporte erijam-se ao status de Altas Partes Contratantes (HAMILTON, 1996, p. 113-114). Esta convenção ainda se encontra em vigor no Brasil, tendo sido ratificada em 8 de fevereiro de 1967, promulgada pelo Decreto n. 60.967, de 7 de julho de 1967.

O Protocolo da Guatemala foi firmado em 8 de março de 1971, por 21 países, com o escopo de modificar a Convenção de Varsóvia e apresenta modificações fundamentais, embora limitadas à seara do transporte de passageiros e bagagens, adotando a teoria do risco em caso de danos com morte ou lesão resultante de sequestro e sabotagem, devendo indenizar as vítimas. Os danos por perdas, destruição ou dano a bagagem, desde que ocorram a bordo da aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque, e a bagagem esteja submetida à responsabilidade do transportador. Essa teoria não pode ser adotada para casos de atrasos em voos, devendo neste caso as companhias adotar medidas que minimizem os atrasos que ocorram por motivos de força maior que sejam inevitáveis. O Brasil não adotou o Protocolo da Guatemala e o Direito Aéreo recorre aos preceitos do Protocolo da Haia e da Convenção de Varsóvia.

A Convenção de Montreal foi firmada em 28 de maio de 1999 e ratificada no Brasil por meio do Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006, aplica-se ao transporte aéreo internacional (COMENALE PINTO, 2000, p. 798-830). Esta convenção se estriba na indenização integral do passageiro por dano-evento morte, ferimento ou lesão corporal, determinando, para tanto, que os Estados Contratantes imponham aos transportadores submetidos à sua autoridade a celebração de contratos de seguro para viabilizar a efetiva cobertura, na hipótese de sinistro, nos termos do art. 50 da referida convenção (LISBÔA DE ANDRADE, 1999, p. 2-18).

Porém, tal responsabilidade não se aperfeiçoa na modalidade integral, haja vista que entre os art. 17, parágrafos 1o ao 21º, da referida Convenção, escuda-se a responsabilidade objetiva ao patamar de 100.000 DES²⁷¹ por passageiro, o que não coincide com o Sistema de Varsóvia, no

271 Direitos Especiais de Saque - As quantias indicadas em Direitos Especiais de Saque mencionadas na Convenção de Montreal, consideram-se referentes ao Direito Especial de Saque definido pelo Fundo Monetário Internacional. A conversão das somas nas moedas nacionais, no caso de ações judiciais, se fará conforme o valor de tais moedas em Direitos Especiais de Saque, na data da sentença. O valor em Direitos Especiais de Saque da moeda nacional de um Estado Parte, que seja membro do Fundo Monetário Internacional, será calculado de acordo com o método de avaliação adotado pelo Fundo Monetário Internacional para suas operações e transações, vigente na data da sentença. O valor em Direitos Especiais de Saque da moeda nacional de um Estado Parte que não seja membro do Fundo Monetário Internacional será calculado na forma estabelecida por esse Estado. (www.jusbrasil.com.br/topicos/551432/direitos-especiais-de-saque. Acesso em: 12.08.2015)

âmbito do Protocolo de Haia.

Neste aspecto, a realização de um contrato de transporte aéreo necessita estabelecer os princípios contratuais em acordo com o que se estabelecem nas convenções ratificadas pelo país.

3. Do contrato de transporte aéreo e princípios contratuais

Contrato de transporte de pessoas é um negócio jurídico por meio do qual alguém se obriga a transportar outrem, mediante um pagamento, de um lugar para outro, segundo que preceitua o art. 730 do Código Civil brasileiro. A redação espelha-se na definição de Pontes de Miranda (2012, p.8), in verbis, “contrato de transporte é o contrato pelo qual alguém se vincula, mediante retribuição, a transferir de um lugar para outro pessoas e bens”.

A realização concreta de um contrato será pautada sempre nos princípios estabelecidos pela convenção ratificada pela legislação local. O contrato tem uma função social, sendo veículo de circulação da riqueza, centro da vida dos negócios e propulsor da expansão capitalista. O Código Civil de 2002 determina expressamente que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade (arts. 421 e 422), princípios que também se aplicam aos contratos de transporte aéreo nacional de passageiros.

3.1. Função social

Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da função social da propriedade previsto na Constituição Federal. Tem como escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contratantes (ALVES, 2002, p. 372-373). Martins-Costa (1998, p.40) ao discorrer a respeito da função social pontua:

Evidentemente, e na literal dicção do artigo 421, uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual. Nesse sentido, a cláusula poderá desempenhar, no campo contratual que escapa à regulação específica do Código de Defesa do Consumidor, funções análogas às que são desempenhadas pelo artigo 51 daquela lei especial, para impedir que a liberdade contratual se manifeste sem peias.

Ao determinar que o contrato deva ser interpretado atendendo-se à sua função social (CC, art. 421), o legislador civil acrescentou um importante incremento filosófico a esse instrumento, típico das relações privadas e que até então se regia exclusivamente pela doutrina do individualismo jurídico e sob a concepção do brocardo *pacta sunt servanda*. Conforme preleciona Carneiro (2002, p.80):

Segundo o princípio *pacta sunt servanda*, a grosso modo, os tratos devem ser cumpridos, independentemente de qualquer fator ou circunstâncias porventura superveniente no interregno entre a celebração do pacto e o eu adimplemento. Essa foi por muito tempo uma regra no Direito das Obrigações.

A regra do *pacta sunt servanda*, que ditava que os contratos são lei entre as partes e devem ser cumpridos em sua integralidade, em respeito à liberdade individual de contratar, cede espaço à análise interpretativa de suas cláusulas em atendimento a uma função de cunho social, coletiva, destinada à satisfação de anseios do grupo social. Trata-se de uma flexibilização do princípio da autonomia privada, até então intangível e intocável.

Assim sendo, ocorre a flexibilização porque a autonomia privada não será afastada nem substituída. Permanecerá vigente e operante, atuando como estrutura do ordenamento privado, mas já não será regra absoluta.

Poder-se-ia pensar, e não faltarão defensores para esta ideia, que a função social do contrato é voltada para o indivíduo, protegendo os menos favorecidos e vulneráveis na relação negocial. O escopo do novo instituto elaborado pelo legislador ordinário tem alcance mais amplo, voltado ao equilíbrio social, coletivamente considerado. O indivíduo, certamente, poderá ser alcançado pela nova diretriz, por via reflexa, embora não possa ser invocado economicamente mais fraco ou juridicamente vulnerável na relação negocial, para isentar-se dos deveres e responsabilidades advindos do negócio. Disso, especificamente, cuida o Código de Proteção ao Consumidor.

Entrementes, a atuação estatal voltada a regular as regras gerais dos contratos com o escopo de atender à sua função social, em verdadeira interferência nas relações

privadas. Ao interferir no campo da autonomia privada, visando assegurar proteção à sociedade, como ente coletivo, o Estado busca garantir o cumprimento da função social do contrato.

Com base na função social do contrato, encontra guarida o Sistema de Varsóvia, na questão da limitação do dever de indenizar, que se encontra vigente, no Brasil e na seara internacional. Na seara do transporte doméstico, referidas hipóteses encontram-se contempladas no Código Brasileiro de Aeronáutica.

Assim, torna-se necessário esclarecer os aspectos intrínsecos relacionados ao transporte de passageiros, que possui regras específicas.

3.2. Segurança e proteção do contratante

Tratando-se de transporte de pessoas, a preocupação com as denominadas obrigações de segurança e proteção assumem especial relevo, sendo consideradas essenciais (ROMANELLI, 1966. p. 5-7).

Por via de consequência, uma vez configurado o dano-evento, houve crescente preocupação com a justa compensação da vítima, seguindo tendência de inserção da dignidade da pessoa humana com preceito fundante dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Cumprido asseverar, ademais, a efetiva inserção dos ditames da boa-fé objetiva e proteção à parte mais fraca como

princípios contratuais, com a correlata repercussão no transporte aéreo de passageiro. Por óbvio, o princípio da boa-fé objetiva, entendido como norma de conduta, não se caracteriza por cunho unilateral, impondo o denominado dever de colaboração, abarcador, outrossim, da parte aderente.

Tecidas referidas considerações, malgrado reconhecida a obrigação essencial de proteção do passageiro, jungida à sua vulnerabilidade técnica presumida, há que se concordar que impõe-se-lhe o denominado dever de colaboração, de modo a permitir ao transportador o integral implemento de sua obrigação correspectiva, ou seja, o transporte do ponto de partida ao destino, em condições seguras (COSENTINO, 1986, p. 102-103).

Cumprе ressaltar, que o caráter consensual da avença não permite equívocos, sendo, para fins de formação do contrato, pois a exigência do embarque com documento escrito, indica situações consentâneas com a fase de execução do contrato (id.ibid. p. 104).

No que concerne ao transportador, depreende-se, sob o aspecto substancial, a prerrogativa de receber o preço pactuado, condicionar o transporte do passageiro, não realizar o transporte quando as circunstâncias justificarem tal proceder, bem como requerer indenização ao passageiro que der gênese a perdas e danos (ESCALADA, 1996 p.384). Por óbvio, a recusa no transporte deverá estar ensejada em razão justificadoras, sem prejuízo de exigibilidade de ampla informação e esclarecimentos

prévios, imponíveis ao contratado, no âmbito dos deveres laterais, que promanam da boa-fé objetiva.

Para tanto, as Condições Gerais IATA (Associação Internacional de Transporte Aéreo), fixada pelas próprias companhias aéreas, elucidam, que haverá impedimento ao transporte quando se pretender evitar “violação da lei, regulamento do país no qual a aeronave se destinará ou que proceder ao sobrevoos” (art. VIII parágrafo 1, Condições Gerais IATA).

Ulteriores razões justificadoras, com fundamento nas mencionadas Condições Gerais, coadunam-se com a segurança, conduta, idade ou estado físico do passageiro, ex vi do art. VIII, resilição unilateral, que dará azo à devolução do montante concernente ao trecho não utilizado, com base na tarifa vigente.

Por outro lado, é evidente que, uma vez reste caracterizado efetivo abuso na recusa, a reparação por danos será a mais ampla possível, tomando como norma os indicadores da Convenção de Varsóvia e o CDC, abarcando, inclusive, eventuais danos morais, uma vez comprovada efetiva lesão aos direitos da personalidade do passageiro, com esteio no referido proceder.

Em contrapartida, impõem-se ao transportador, a par dos deveres anexos ínsitos à boa-fé objetiva, máxime na seara do dever de informar e esclarecer, a denominada obrigação de proteção ao passageiro (incolumidade físico-psíquica), velando por sua segurança, transportando ao ponto de destino contratado no horário pactuado.

Ademais, impõem-se o dever de entregar o bilhete, com prazo de validade e reserva de assento na aeronave, admitindo-se forma eletrônica, desde que, previamente no embarque, haja tempo hábil para a ciência inequívoca das condições gerais do transporte. Entrementes, deverá escudar-se nas denominadas tarifas autorizadas, com patamar máximo (preço de balcão) estabelecido pela ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) no transporte doméstico, e pela IATA no transporte internacional. Por derradeiro, impor-se-á, salvo força maior extrínseca, ou culpa exclusiva da vítima, obediência ao itinerário previamente contratado, com dever de reembolso total ou parcial da tarifa, caso o transporte não se realize.

No âmbito das obrigações supra referidas, destaca-se aquela essencial, ou seja, a obrigação de proteção, trazendo em seu bojo a segurança e vigilância do passageiro, de modo a viabilizar a chegada ao local contratado nas mesmas condições da partida (MASTRANDREA, 1994, p. 53-71).

3.3. Obrigações do passageiro

As obrigações fundamentais do passageiro são: o pagamento do preço pelo transporte contratado; a apresentação no aeroporto, para iniciar a viagem, no dia e hora pactuado; o adimplemento das obrigações administrativas (e.g., obtenção de vistos, vacinas, como pré-requisitos de entrada nos países de destino); observar os regulamentos fixados pelo transportador, acatando as instruções deter-

minadas pelo comandante da aeronave e tripulação (ES-CALADA,1996. p.398).

Em complemento aos referidos deveres, entende-se que, no âmbito dos deveres de colaboração que norteiam a nova teoria contratual, a observância da boa-fé objetiva impõe, outrossim, ao passageiro o implemento dos deveres anexos de informação ao transportador, destacando-se, ser portador de grave doença, com sua ciência inequívoca. Deveras, com fundamento na referida informação regulativa o transportador sopesará a convivência do transporte, com os riscos de danos à sua saúde do passageiro, tendo em vista o voo e suas condições específicas (pressurização em voo).

Por óbvio, referido dever de informar coadunar-se-á com ciência inequívoca da patologia, uma vez que, em se desconhecendo o status de portador, a omissão informativa não enseja má-fé do passageiro.

No que concerne ao transporte de bagagens, sua importância é crescente, impondo formação de estrutura complexa, máxime no âmbito do denominado transporte aéreo sucessivo, com transportadores distintos e diversas conexões. De qualquer forma, malgrado o transportador possa limitar o volume e peso transportados, cobrando tarifa pelo valor excedente e até recusando eventual carga excessiva para elidir riscos ao voo, emerge que, conquanto a doutrina proceda ao tratamento autônomo de suas características, verdade é que seu enquadramento jurídico submete-se ao contrato de transporte aéreo de passageiro.

Em suma, depreende-se que não há bagagem sem que exista um titular beneficiário do transporte aéreo, o que evidencia caráter acessório (ROMANELLI, 1994, p.61-66). Por outro lado, para fins de liquidação de eventual dano, com fulcro na perda ou extravio das bagagens, as companhias de aviação de transporte de passageiros adotaram base de cálculo análoga ao transporte de cargas, ou seja, escudada no peso do volume transportado de acordo com a Convenção de Montreal que complementa as determinações da Convenção de Varsóvia e o CDC (MAPELLI, 2001, p.23)²⁷².

Escalada (1996, p. 12) assevera que o contrato de transporte de bagagens é “aquele, em virtude do qual, uma das partes se obriga a transportar do ponto de partida ao de destino, conjuntamente com o passageiro, seus pertences pessoais, adequados para sua comodidade e uso, durante a viagem” (Op. cit., p. 189).

Na seara das bagagens registradas, deduz-se que cabe ao transportador a expedição de nota de bagagens, executando o transporte, nos termos pactuados, com a entrega da bagagens no local de destino, intacta e sem retardamentos inescusáveis. O transportador, por outro lado, poderá inspecionar a bagagem, eventualmente recusando-se transportá-la, por razões vinculadas ao seu próprio conteúdo ou passageiro (COSENTINO,1986, p., 196).

272 Nos termos da Convenção de Montreal, a base de cálculo não se escudará no peso, mas no limite de 1.000 DES por passageiro.

No que concerne ao passageiro, impõem-se a entrega dos volumes, nas condições contratualmente estabelecidas, com pagamento de valor eventualmente excedente, sem prejuízo do implemento das disposições administrativas e regulamentares que regem a relação contratual.

3.4. Natureza jurídica do contrato de transporte de pessoas

O contrato de transporte de pessoas é, em regra, um contrato bilateral, oneroso, comutativo, não-solene, sinalagmático e consensual.

Embora não haja possibilidade de negociar as cláusulas do contrato, pois este é de adesão, o transportador tem o direito de não transportar e o passageiro escolhe livremente se vai ou não viajar, o horário em que quer fazê-lo, a empresa, entre outras. Sabendo-se que o consenso permite a ambas as partes a liberdade de estabelecer as regras até que seja bom para as duas partes e, neste caso, o consenso limita-se a decidir se aceita as regras postas ou não e a liberdade do passageiro de optar por outra companhia caso não concorde com as regras postas no contrato, porém tanto nas normas da ordem pública quanto no CDC, a autonomia de ambos os contratantes pode ser limitada, dependendo das circunstâncias contratuais.

Por ser contrato de adesão, o passageiro adere às cláusulas pré-estabelecidas ao adquirir a passagem ou bilhete, ou mesmo com o simples ato de adentrar no meio de

transporte com intenção de empreender viagem. As condições do contrato de adesão podem estar constantes no bilhete de passagem.

Ao embarcar, ou ao adquirir a passagem, o passageiro adere ao preço, ao horário de partida, ao trajeto, ao tempo de duração da viagem, pontos de escala, tipo de transporte oferecido, qualidade das poltronas e serviço de bordo da respectiva classe, dentre outros.

A Portaria CA 676, de 13 de novembro de 2000, expedida pelo Comando da Aeronáutica, para aprovar as condições gerais do transporte aéreo, dita, no art. 1o. de seu Anexo, que: “o transporte aéreo de pessoas, de coisas e de cargas será realizado mediante contrato entre o transportador e o usuário”. E no parágrafo único do mesmo artigo estabelece que “constituem provas do contrato de transporte aéreo: o bilhete de passagem para o transporte de pessoas, a nota de bagagem para o transporte de coisas e o conhecimento aéreo para o transporte de cargas”.

A comprovação do contrato de transporte de pessoas em sentido ‘lato’, no entanto, não segue uma regra rígida e formal, sobretudo nos demais meios de transporte, sendo que os processos de aquisição de passagem, embarque e desembarque são mais simplificados, prescindindo, muitas vezes, de qualquer fase pré-contratual e de qualquer ajuste expresso.

As situações que podem anteceder a conclusão do contrato: ou a discussão pura e simples das bases do futuro

contrato, em período de puras negociações, ou um contrato preliminar em que as bases do futuro contrato já ficaram previamente estabelecidas. Cavalieri Filho (1999, p. 212) sustenta que o bilhete de passagem,

Não é indispensável para a celebração do contrato, por se tratar de contrato não formal. Pode apenas servir como meio de prova para sua existência. Nem mesmo o pagamento da passagem é elemento necessário para a consumação do contrato. Casos existem em que isso só é feito no curso ou mesmo no final da viagem, podendo-se concluir que o pagamento da passagem já é fase da execução do contrato, e não da celebração.

Com efeito, é bastante comum nos dias atuais a aquisição de passagens aéreas em prestações sucessivas. Casos há em que o passageiro só inicia o pagamento depois do regresso, ou seja, depois que concluída a prestação dos serviços de transporte.

Nas viagens aéreas, é comum a passagem ser comprada com antecedência. Nestes casos, torna-se necessário compreender a partir de que momento o contrato passa a concretizar a responsabilidade mútua entre as partes acordantes. O art. 734 do Código Civil manteve a responsabilidade objetiva do transportador “pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior”, proibindo qualquer cláusula de não indenizar. Considerando que, em outros dispositivos, o Código refere-se conjuntamente ao caso fortuito e força maior, pode-se inferir, da leitura do aludido dispo-

sitivo, que o fato de ter sido mencionada somente a força maior revela a intenção do legislador de considerar excludentes da responsabilidade do transportador somente os acontecimentos naturais, e não os fatos decorrentes da conduta humana, alheios à vontade das partes, como guerra, motim, greve, e outros.

Prescreve o art. 735 do Código Civil: “A responsabilidade do transportador por acidente com passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”. Assim sendo, no tema de transporte, os precedentes jurídicos não têm admitido a excludente do fato de terceiro. Justifica-se o rigor, tendo em vista a maior atenção que deve ter o responsável, entre outras palavras o preposto que conduz a aeronave, obrigado a zelar pela incolumidade física de seus passageiros.

Como se dá portanto a relação do transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor, observando o Sistema da Convenção de Varsóvia e o Código Civil brasileiro? Este assunto será abordado no próximo tópico.

3.5. O código de defesa do consumidor no transporte aéreo de pessoas e bagagens

Quando se estuda o Código de Defesa do Consumidor, a primeira coisa que deve ter em mente é que se trata de norma de ordem pública e interesse social (art. 1º, CDC), e que trouxe profunda modificação no ordenamento jurídico vigente.

À expressão ordem pública utilizada pelo artigo 1º, deve-se emprestar especial atenção, pois, como afirma com pertinência Nery Jr. (2006, p. 274), ao lado da ordem pública social e da ordem pública econômica, “fala-se modernamente em ordem pública de proteção dos consumidores”.

É preciso, assim, ter-se presente que o Código de Defesa do Consumidor passou a regular, como um todo, as relações de consumo de forma cogente. Foi intuito claro do legislador que toda e qualquer relação de consumo passasse a ser regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo, nas palavras de Nery Jr. *apud* Alves (2002, p. 373), um “microsistema de Direito das Relações de Consumo, cuja tendência é ganhar autonomia dentro da ciência do Direito, superada a divisão clássica de todos já conhecida”, de tal sorte que esse autor considera incorreto falar-se no Direito do Consumidor como sendo um capítulo do Direito Econômico, ou do Direito Civil, ou ainda, do Direito Empresarial.

Como consequência da natureza de ordem pública das normas insculpidas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 1º), vê-se que a autonomia privada foi nele relegada a um plano secundário. A incidência das normas no Código insculpidas é, como dito, cogente, não podendo ser afastada pela vontade das partes. Cabe referir aqui observação de ALVIM et al. (1993, p. 91), no sentido de que o “*ius cogens* é forma de proteção do interesse social”. Arremata o autor, asseverando não ser, no sistema

do Código de Defesa do Consumidor, “facultado às partes a possibilidade de optar pela aplicação ou não de seus dispositivos, que, portanto, não podem ser afastados pela simples convenção dos interessados, exceto havendo autorização legal expressa”.

Assim sendo, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu ser direito básico do consumidor a “efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, VI, CDC). Daí porque a sua aplicabilidade aos contratos de transporte aéreo, suscita tantas controvérsias. Isto porque a indenização, nesses casos, é tradicional limitada (a valores tidos hoje em dia como francamente baixos), limitações essas que não se compatibilizam com sistema inaugurado pelo Código de Defesa do Consumidor e que, como se verá, deita raízes na Constituição Federal de 1988.

Marques (1992, p. 156) observa, com acuidade, que “a tendência é do ressarcimento amplo, incluindo mesmo os danos extrapatrimoniais, é do ressarcimento efetivo, quando não ressarcimento integral”.

Um dos pontos de partida para se enfrentar o problema, deve ser a Constituição Federal de 1988, em cujo art. 5º, XXXII, dispõe no sentido de que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, tendo-se, ademais, presente que a defesa do consumidor foi erigida, também, à altura de princípios gerais da atividade econômica (art. 170, V, CF/1988).

O fato de a defesa do consumidor se ter emprestado na Constituição Federal tamanha importância traz consequências de relevo, como aponta com percuciência James Martins (ALVIM et al. 1993 p. 14-15),

Garantia constitucional desta magnitude, possui, no mínimo, como feito imediato e emergente, irradiado de sua condição de princípio geral da atividade econômica do país, conforme erigido em nossa Carta Magna, o condão de inquirir de inconstitucionalidade qualquer norma que possa consistir óbice à defesa desta figurada fundamental das relações de consumo, que é o consumidor.

Entrementes, no que diz respeito aos contratos de transporte em geral, inexistem maiores dificuldades em se concluir pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, como assevera Gonçalves (2012, P.217), dado que “é fora de dúvida que o fornecimento de transportes em geral é atividade abrangida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por constituir modalidade de prestação de serviço”.

Com efeito, pouca ou nenhuma dúvida pode restar de que aquele que presta serviços de transporte enquadra-se na condição jurídica de fornecedor, amoldando-se à definição do art. 3º, do CDC, no qual o próprio serviço de transporte ajusta-se bem ao conceito. O transporte aéreo, todavia, apresenta algumas particularidades, conforme se estudará adiante.

3.6. Lineamentos da legislação aeronáutica

No Brasil, a responsabilidade civil no transporte aéreo, de 1925 a 1938, vinha regulada pelo Regulamento dos Serviços Cíveis de Navegação Aérea, de 22.07.1925, que mandava, em seu art. 84, aplicar-se à hipótese o Código Civil.

O primeiro Código Brasileiro do Ar veio em 08.07.1938 (Decreto-lei n. 483). No art. 83, previa-se a responsabilidade do transportador, por qualquer dano resultante de morte ou lesão corporal do viajante, desde que houvesse ou defeito na aeronave ou culpa da tripulação (alínea a e b do artigo 83). O art. 88, a seu turno, afirma que,

Em qualquer dos casos acima previstos, ficará o transportador exonerado de responsabilidade se provar que si ou por seus prepostos foram tomadas, de maneira satisfatória, as medidas necessárias para que não se produzisse o dano, ou que se tornou impossível fazê-lo.

Tratava-se, portanto de responsabilidade subjetiva. Havia quem vislumbresse em tal dispositivo caso de responsabilidade com culpa presumida. Porém, não era o caso de se falar em responsabilidade com presunção de culpa, pois para a responsabilização do fornecedor era necessário provar-se ou o defeito na aeronave ou culpa da tripulação. O art. 88, a seu turno, afastava da responsabilização, ainda que ocorrentes os pressupostos do art. 83; não tratava, como dizia a seu respeito Aguiar Dias, de prova contra a presunção *iuris tantum* encerrada no art. 83. (ALVIM, 1993, p. 185).

Doutra parte, preceitua referido diploma (art. 97), quanto à responsabilidade para com terceiros que “dará direito à reparação qualquer dano que uma aeronave em voo, manobras de partida ou chegada, causar a pessoas ou bens que se encontrem à superfície do solo”.

Uma e outra eram limitadas (art. 91 e ss.; arts. 102 e ss.), cumprindo distinguir, como Marques (1992, p. 173), responsabilidade limitada de responsabilidade tarifada,

Na tarifação se presume o dano (evento morte, perda de um braço ...) e se quantifica esses tipos de danos, na limitação não se presume dano, este tem que ser provado, o limite opera somente como um quantum máximo, logo, se o dano comprovado for de menor valor, a indenização poderá ser fixada abaixo do limite máximo. (MARQUES, 1992, p. 173).

Esse Código Brasileiro do Ar vigorou até 18.11.66, quando foi editado o segundo Código Brasileiro do Ar (Decreto-lei n. 32 de 18 de novembro de 1966).

Aqui, a responsabilidade contratual vinha disciplinada nos arts. 97 et seq. A responsabilidade para com terceiros vinha regulamentada nos arts. 109 et seq. A responsabilidade, tanto num como noutro caso era limitada (arts. 103 et seq., no caso de responsabilidade contratual; art. 117, no que se refere à responsabilidade para com terceiros).

No presente, a responsabilidade civil, no caso de transporte aéreo nacional, vem tratada no Título VIII (arts. 246 et seq.) da Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáuti-

ca). Da simples leitura do art. 246, já se nota que o mesmo remete aos arts. 257, 260, 262, 269 e 277, os quais estabelecem limites à indenização, que só poderão ser desconsiderados havendo dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos (art. 248). Assim há limite por dano a passageiro (art. 257), por dano à bagagem (art. 260), por dano à carga (art. 262), por dano a terceiros na superfície (art. 269), e por danos decorrentes do abalroamento (art. 277).

O Código Brasileiro de Aeronáutica é uma lei especial que encontra, atualmente, amparo de aplicabilidade no Código de Proteção do Consumidor, sendo este recurso já usado como instrumento de decisão pelo Supremo Tribunal Federal:

Usar decisão judicial recente (2010 para frente) e que se refira ao seu assunto – transporte nacional de pessoas. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACIDENTE AÉREO. TRANSPORTE DE MALOTES. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. VÍTIMA DO EVENTO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. ARTIGO 17 DO CDC. I - Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, “... toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Abranda-

mento do rigor técnico do critério finalista. II - Em decorrência, pela aplicação conjugada com o artigo 17 do mesmo diploma legal, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor. Recurso especial provido. (Resp 540235/TO, Recurso Especial 2003/0059595-9, Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ 06.03.2006).

A utilização do Código de Defesa do Consumidor, usado como parâmetro de decisão não pode deixar de contemplar a sua condição infraconstitucional, pois toda a legislação deve seguir as determinações legais da Constituição Federal.

Monteiro (1988, v. 1, p. 15), sustenta que há hierarquia entre as normas infraconstitucionais, possuindo a lei complementar supremacia em relação às demais. Neste aspecto, o referido autor, com apoio em acórdãos publicados na RT, 1700/556, 297/339, ao tratar da origem, ao tratar da origem das normas, defende a existência de uma hierarquia. Assim, o referido autor menciona,

Num Estado Federal, como o nosso país, existe verdadeira hierarquia nas leis. A lei magna é a Constituição Federal, a lei fundamental, a lei primeira. Depois, vêm as leis federais ordinárias; em terceiro lugar, a Constituição Estadual; em seguida as leis estaduais ordinárias e, por último, as leis municipais. Surgindo confronto entre elas, observar-se-á essa ordem de precedência quanto à sua aplicação.

Neste sentido, prevalece a concepção de que, os limites de indenização previstos no Código Brasileiro de Aeronáutica, ainda que se trate de relação de consumo, encerrando diversos e profundos equívocos, deverá seguir os preceitos determinados pela legislação predominante, ou seja, respeitar os limites determinantes de respeito à pessoa humana postos pela Constituição Federal.

Destaca-se que o Código de Defesa do Consumidor, fora editado nos termos do artigo 5º, XXXII da CF/1988, diploma fundamental esse que, ademais, erigiu a defesa do consumidor à altura de princípio geral da atividade econômica, nos moldes do artigo 170, V, da Constituição Federal. Há que se emprestar a devida importância a isso. Princípios, como pondera Gordillo (2000, p. 176), são “ao mesmo tempo norma e diretriz de sistema formando-o visceralmente”. Por isso mesmo, contrariar um princípio é atentar contra os alicerces dos sistemas jurídicos por ele informado.

Leis que estabeleçam limitações à indenização que cabe ao consumidor, como é o caso do Código Brasileiro de Aeronáutica, são inafastavelmente incompatíveis com princípio constitucional de proteção ao consumidor, o que já soluciona a questão pelo critério da hierarquia, podendo ser afastada a aplicabilidade do Código Brasileiro da Aeronáutica. Com efeito, se a defesa do consumidor é princípio constitucional, indaga-se se é concebível a existência de legislação, como é o caso da aeronáutica, situada no plano infraconstitucional, que limite a

indenização devida ao consumidor. Carvalho (RT 673/48) assenta sua posição em dois pontos, fundamentalmente,

As convenções e os tratados que o Brasil tenha ratificado preponderam inquestionavelmente sobre a legislação interna, [de modo que] dúvidas não existentes quanto a prevalência de princípios. Sendo o Código de Defesa do Consumidor lei geral e o Aeronáutico lei especial, aquela não revoga esta, exceto se outra for a intenção inequívoca do legislador.

De qualquer forma, a regra de que a norma geral não afasta a aplicabilidade da lei especial não é absoluta, podendo ser afastada, desde que tenha sido claro o intuito do legislador em disciplinar a relação anteriormente regulamentada pela lei especial. É, sem dúvida, este o caso do Código de Defesa do Consumidor, que passou a regular, universalmente, toda e qualquer relação de consumo.

Daí porque, com acerto, afirma Gonçalves (2012, p.217) que,

“de pronto, percebe-se que, tratando-se de relações de consumo, as normas de natureza privada e em leis esparsas deixam de ser aplicadas. O mencionado Código retira da legislação civil, bem como de outras áreas de direito, a regulamentação das atividades humanas relacionadas com o consumo, criando uma série de princípios e regras em que se sobressai não mais a igualdade formal das partes, mas a vulnerabilidade do consumidor, que deve ser protegido”.

A proteção ao consumidor não se encaixa na legislação aleatoriamente, é regulamentada pela própria Constituição Federal à qual se submete, asseverando garantias em relação às relações comerciais e econômicas que envolvem a sociedade.

Marques (1992, p. 170) ensina,

[...]a aplicação do CDC é determinada pelo fato de ser o corpo de normas que assegura, segundo os novos parâmetros e valores orientadores, eficácia ao mandamento constitucional de proteção ao consumidor. Assegura-se, em última análise, através da norma do art. 7º do CDC, a aplicação da norma que mais favorece o consumidor. Esses limites de proteção ao consumidor, insista-se, não são compatíveis com o sistema indenizatório assegurado ao consumidor pelo Código, com esteio em (pelo menos) dois dispositivos constitucionais da maior relevância: o art. 5º, XXII e 170, V, CF/1988.

O Código de Defesa do Consumidor criou um microssistema especialmente voltado às relações de consumo, e com o objetivo de estabelecer uma nova harmonia entre o fornecedor e o consumidor. Se é assim, evidente que sua aplicabilidade não pode ser afastada sob o argumento de que se está em face da lei especial, dado o evidente intuito do legislador, em atenção a princípio constitucional da mais alta magnitude, de regulamentar, especificamente, as relações de consumo. Some-se a isto o fato de tratar-se de lei de ordem pública e função social, inafastável pela vontade particular.

Aplica-se à espécie o ensinamento de Pereira (1998, p.266) “[...] se toda uma província do direito (no caso, as relações de consumo) é submetida a uma nova regulamentação, desaparece inteiramente a lei caduca, em cujo lugar se coloca as disposições da mais recente”.

Conclui-se, pois, que juridicamente é inafastável a aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos contratos de transporte aéreo nacional de passageiros, o que traz como consequência primeira e mais importante o afastamento da responsabilidade limitada, pois os limites do Código Brasileiro de Aeronáutica, como já dito alhures, não se compadecem com o sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor que estabelece a “efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” como direito básico do consumidor (art. 6º, VI, CDC).

Ademais, se é correto afirmar que adoção de tais limites foi indispensável ao desenvolvimento do transporte aéreo no início do século, tal não se dá mais hoje em dia, tanto que diversos países como a Alemanha, Uruguai, Peru, México, entre outros se tem insurgido contra as limitações da Convenção de Varsóvia (RIZZARDO, 2009). Neste início de século o contexto em que insere o transporte aéreo, dos mais seguros do mundo, é com certeza bem diferente.

Há, é claro, que se analisar se, no caso concreto, se está em face de relação albergada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Tal poderá perfeitamente suceder

se se estiver em face de uma relação de consumo, pura e simples, como é o caso do consumidor que sofre danos na sua bagagem. Nesse caso, a responsabilização do fornecedor transportador aéreo não se limita ao teto do art. 260, da Lei n. 7.505/86, supramencionada.

Não é preciso que se trate de relação de consumo, *stricto sensu*, para que fiquem afastados os limites à indenização impostos pelo Código Brasileiro de Aeronáutica nos dispositivos acima mencionados. Também no caso do art. 17 do Código, que cuida da figura do *bystander*, há incidência do Código de Defesa do Consumidor, afastando-se os limites da Lei n. 7.505/86 (art. 269 – que estabelece limite de indenização com relação a terceiros na superfície). Dispõe esse artigo que “para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”, de tal modo que sempre que houver fato do serviço (evento danoso ao consumidor decorrente de defeito do serviço prestado), aplicar-se-á, igualmente, o Código de proteção e Defesa do Consumidor, mercê da equiparação estabelecida do art.17.

Deste modo, os terceiros que estejam na superfície e sejam atingidos pela queda de um avião, por exemplo, encaixam-se perfeitamente na figura de *bystander*. Por isso, não se lhes aplicam também os limites do art. 269 da Lei n. 7.505/86, não sendo possível limitar-lhes a indenização a que tenham direito.

3.7. Excludentes de responsabilidade

Além da aplicação do Código de Defesa do Consumidor significar que a indenização deve ser integral (art. 6º, inciso VI), há outras importantes consequências defluentes de sua aplicabilidade. Como se verá, a responsabilidade pelo fato do serviço, no regime do Código de Defesa do Consumidor, não é excluída pelo caso fortuito ou pela força maior, ao passo que o Código Brasileiro de Aeronáutica, no art. 256, §1º, b, por exemplo, exclui a responsabilidade do transportador aéreo em caso de força maior.

Analisando a responsabilidade do art. 14 do Código do Consumidor, é objetiva a responsabilidade, mas comportam causas de exclusão, previstas no parágrafo terceiro, quais sejam: (1) inexistência de defeito e (2) culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Sendo assim, torna-se necessário analisar e conhecer as responsabilidades permanentes das companhias e as que são imputadas ao consumidor por serem ocasionais.

A responsabilidade pelo fato de serviço ou vício do serviço é afastada pela ocorrência do caso fortuito e força maior. Assim sendo, havendo defeito de serviço do qual decorra o evento danoso, ou mesmo o vício de qualidade no serviço prestado, não há responsabilização. Visto que o caso fortuito e a força maior tenham levado a defeituosidade do serviço, que este fica excluído do dever de indenizar, ficando o consumidor inibido de buscar o ressarcimento do dano sofrido.

O Código Brasileiro de Aeronáutica impõe limitações que recebem a sua regulamentação pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor,

Lei nº 7.565 de 19 de Dezembro de 1986

Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica.

Art. 260. A responsabilidade do transportador por dano, conseqüente da destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou conservada em mãos do passageiro, ocorrida durante a execução do contrato de transporte aéreo, limita-se ao valor correspondente a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, por ocasião do pagamento, em relação a cada passageiro.

De acordo com Rizzardo (2009 p.486), o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia regulamentam apenas a perda, extravio e a destruição/danos como decorrência de acidentes, porém a responsabilidade do transportador limita-se até o ponto da entrega. Assim, para configurar essa responsabilidade é necessário que o dano resulte de destruição, perda ou avaria de bagagem ou carga, que a avaria tenha acontecido durante o transporte e que seja constatado acidente aéreo, isto decorre da presunção de que o transporte aéreo configura risco por suas particularidades e o contratante assume uma parcela das conseqüências inerentes ao perigo de maneira consciente.

3.8. Caso fortuito e força maior

Para tratar de casos excludentes de responsabilidade é necessário analisar a questão do caso fortuito e força maior, distinguindo um do outro. O caso fortuito caracteriza-se por acontecimentos imprevisíveis e que não podem ser evitados, porém se for um acontecimento inevitável, mas previsível, como os acontecimentos decorrentes de humanas caracteriza-se a força maior.

De acordo com Pereira (1998, p.185) o caso fortuito acontece naturalmente e, geralmente, deriva de forças naturais como terremotos, enchentes, tempestades, furacões, entre outros casos que possam acontecer inesperadamente. No caso de força maior, geralmente, os danos são provocados por ações das pessoas como as greves, os ataques de guerra e outras ações.

No entanto, o Código Civil não diferencia as causas como caso fortuito ou força maior, limitando-se a considerar as duas como causas excludentes de responsabilidade, ou seja, exonerando o dever de indenizar, uma vez que no seu art. 393, estabelece:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Sendo assim, Dias (2006, p.940) comenta que se no ato de realização do contrato de serviço de transporte aéreo, não for explícito no termo contratual a responsabilidade da empresa contratada em relação aos bens e passageiros em ocorrência de caso fortuito ou força maior, a empresa ficará exime de indenização caso aconteça um infortúnio durante a realização do serviço.

Para Pereira (1998, p.186) a responsabilidade contratual necessita de jurisprudência para a devida aplicação da responsabilidade extracontratual pautando as decisões em requisitos que caracterizem caso fortuito ou força maior estabelecendo a necessariedade, a inevitabilidade e a imprevisibilidade dos acontecimentos.

A necessariedade está ligada ao fato que é necessário para ser o causador do dano, pois o caso fortuito e a força maior geram o dano por si só, para ser inevitável é preciso que seja comprovado não existir meios que impeçam a ocorrência e seus efeitos, além disso para ser imprevisível o evento tem que ser comprovadamente de força indomável e que não possa ser evitada, assim poderá ser comprovada (DIAS, 2006).

O caso fortuito pode acontecer tanto no ambiente interno quanto externo da empresa, de acordo com Dias, (2006, p. 941), a diferença entre caso fortuito interno e externo é aplicável, nas relações de consumo. O caso fortuito interno incide durante o processo de elaboração do produto ou execução do serviço, não exi-

mindando a responsabilidade civil do fornecedor. Já o caso fortuito externo é alheio ou estranho ao processo de elaboração do produto ou execução do serviço, excluindo a responsabilidade civil.

Diante do exposto é importante salientar que é proibida a agregação de uma cláusula ao contrato que permita ao agente não indenizar, pois não se pode desonerar o devedor da responsabilidade em caso de culpa grave. Assim, o Código Civil estabelece em seu art. 424 que os contratos de adesão não podem conter cláusulas que excluam o dever de indenizar, ocorrendo também a proibição de tais cláusulas no CDC:

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Assim, em relação aos contratos que são celebrados para a realização de transporte, o Código Civil considera nulas as cláusulas que isentam as empresas agentes de não indenizar, pois o art. 734 estabelece:

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.

No entanto, a justiça brasileira vem recorrendo ao Código de Defesa do Consumidor, que funciona como norma de ordem pública, pois possui interesse social. Para este Código a cláusula que isenta de indenização é ilegal por-

que o consumidor é considerado hierarquicamente inferior no posicionamento em relação ao contratado. Sendo assim nos art. 25 e 51 o CDC determina:

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonarem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.

Desta forma, o estudo das excludentes precisa obedecer as leis vigentes que estabelecem que as cláusulas de irresponsabilidade serão válidas somente quando houver o consentimento mútuo, não colidir com os preceitos da ordem pública, manter o equilíbrio de condições justas no posicionamento entre as partes, não eximir o agente de dolo ou a culpa grave do estipulante e não afastar a obrigação do agente em relação a sua função.

Um exemplo de jurisprudência que trata de ação indenizatória no transporte aéreo é apresentada no Diário da Justiça pelo Supremo Tribunal de Justiça:

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 voo 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 voos 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. (STJ - esp: 401397 SP 2001/0196968-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/06/2002, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 09.09.2002 p. 226 LEXSTJ vol. 160 p. 108 RSTJ vol. 161 p. 310).(grifo nosso)

Analisando este exemplo de jurisprudência percebe-se que excludente de responsabilidade civil vem sendo utilizada nos julgamentos de processos no Supremo Tribunal e impõe a responsabilidade da companhia aérea, por se tratar de um contratempo previsto pelo risco da atividade, o que recebe amparo no CDC para compensar os prejuízos de atraso vivenciado pelos consumidores.

Outro exemplo de jurisprudência apresentado é o recurso conhecido e provido no Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO DE VÔO POR MAIS DE NOVE HORAS. FATO METEREOLÓGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO PROVIDO. 1.O artigo 14, § 1º, da Lei nº. 8.078/90 atribui ao fornecedor responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes da prestação defeituosa dos seus serviços. E o **§ 3º elenca as hipóteses excludentes do dever de reparação, às quais deve ser acrescentado o caso fortuito e a força maior, conforme balizada jurisprudência pátria (STJ/ Resp 120.647/SP)**. 2.A partir dos documentos juntados pela própria autora (fl. 18), **restou incontroverso que o cancelamento do vôo decorreu de fatores climáticos**. E pela peça vestibular, defende-se o dever de reparação pelos danos suportados à luz do código de defesa do consumidor, independentemente de fatores externos, inclusive por eventos da natureza. **Contudo, conforme afirmado, aplica-se a Teoria da Imprevisão, mais especificamente as hipóteses de Caso Fortuito e Força Maior nas relações de consumo e como causa excludente do dever de reparar. Se não houve dúvida de que a impossibilidade de cumprimento do contrato pela transportadora decorreu de fator externo imprevisível e inevitável, é forçoso reconhecer a**

exclusão do seu dever de indenizar. 3.Merece ser digno de apontamento, o fato da empresa aérea confirmar o mau tempo como fato gerador do cancelamento da viagem no horário contratado, tendo ainda colacionado notícia de jornal dando conta que, no dia anterior, outros vôos para a mesma localidade sofreram iguais cancelamentos ou desvios. 6.RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-DF - ACJ: 20140111059256 , Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 30/04/2015, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/05/2015 . Pág.: 320). (grifo nosso)

Neste caso, foi aplicada a teoria da imprevisão tomando como hipótese Caso Fortuito e Força Maior o que permite a exclusão do dever de reparar, pelo reconhecimento legal e da própria empresa da impossibilidade por motivos imprevisíveis de cumprir o horário estabelecido.

As doutrinas e jurisprudências de exclusões de responsabilidade civil por Caso Fortuito e Força maior são expressões claras da ação da justiça em favor do consumidor desde que seja constatado que o mesmo age de boa fé e se encontra realmente prejudicado por ações praticadas ou por omissão das companhias aéreas.

VOTO. Viagem aérea com atraso por má condição climática. A ré alega caso fortuito. Sentença de procedência, entendendo que as intempéries fazem parte do risco da atividade da ré, não afastando a sua responsabilidade. Foi dada assistên-

cia ao passageiro. Provimento do recurso da ré com a exclusão do dano moral. Sem honorários por se tratar de recurso com êxito. Relatório: Ajuizou o autor ação narrando: que comprou passagem aérea para Brasília com previsão de saída às 06h38 e chegada às 08h28; que por conta do mau tempo o avião só pôde pousar às 14hs. Requer a compensação do dano moral. Sentença que julgou procedente o pedido para condenar a ré a pagar a autora R\$ 5.000,00 pelo dano moral. Entendeu o Juízo prolator da sentença: que condições climáticas desfavoráveis, apesar de inevitáveis e imprevisíveis, estão relacionadas com a atividade da ré, não afastando a sua responsabilidade; que a ré não apresentou qualquer excludente de responsabilidade, estando configurada a falha na prestação do serviço. Recurso inominado da ré sustentando que não teve autorização para pousar, não podendo ser culpada pelo atraso, a que não deu causa. No mérito, requer seja julgado improcedente o pedido de dano moral ou, caso outro entendimento, que seja reduzido o valor do dano moral. É o relatório. Passo a votar. Entendo, no que se refere ao recurso do réu, que esse merece ser acolhido, reconhecendo a inexistência de dano moral. **Isso porque, espera-se da fornecedora do serviço, além da prestação do serviço de transporte de passageiros com segurança, mas sim, que, uma vez constatados problemas em virtude de força maior, que o prestador do serviço garanta a seus consumidores ao máximo a prestação do serviço com qualidade, brevidade e conforto. Apesar de**

ser a responsabilidade do prestador de serviço ser objetiva, como salienta a doutrina, “não se pode desprezar o caso fortuito e a força maior como causas excludentes da responsabilidade” (v. RUI STOCO in “Tratado de Responsabilidade Civil”; Ed. RT; 5ª Ed.; p. 210). **O que se configurou no caso em tela foi um problema climático, de força maior, que exclui a responsabilidade, por quebrar a relação causal entre o comportamento e o dano.** Importante notar que o dever de indenizar das empresas aéreas, em casos semelhantes ao em julgamento, tem dois focos distintos: um dano material decorrente do mero atraso do voo e outro de natureza extrapatrimonial, consistente no descumprimento de dever de assistência devida ao consumidor pelo atraso, mudança da malha aeroviária ou cancelamento de voo. Apesar do mencionado **atraso ter causa justificada, qual seja, problema climático e não ensejar o dever de reparar da empresa de transporte aéreo; o dano moral encontraria lastro em ato posterior, ou seja, no descaso que a indigitada empresa tivesse com os seus clientes, após a ocorrência do evento. No caso em tela, vê-se que o consumidor não ficou desassistido, sem hotel ou sem refeição, uma vez que permaneceu em trânsito, dentro do avião.** PELO EXPOSTO, voto pelo provimento do recurso para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido de indenização por dano moral. Sem honorários, por se tratar de recurso com êxito. Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 2011. (TJ-RJ - RI: 03185874320108190001 RJ

0318587- 43.2010.8.19.0001, Relator: LIVINGS-
TONE DOS SANTOS SILVA FILHO, Quarta
Turma Recursal, Data de Publicação: 22/03/2011
17:45). (grifo nosso)

Na ocorrência de Caso Fortuito ou Força Maior cabe às companhias aéreas o dever de prestar assistência aos passageiros proporcionando alojamento em hotel e refeição, quando se fizer necessário, isso contribui para que havendo processo indenizatório a empresa possa comprovar que não se exime de sua responsabilidade civil em relação aos seus consumidores.

4. Considerações finais

O Direito Aeronáutico, muito embora tenha arcabouço jurídico próprio em virtude das peculiaridades dessa modalidade de transporte, deve ser eficiente e veloz sem abrir mão da segurança, pois envolve questões de ordem privada, mas é norteadado pelo interesse público. Este é um ramo do Direito desconhecido não só pelo usuário em geral, mas por robusta parcela dos operadores do Direito que, muito provavelmente, buscando soluções imediatistas, não se dedicam a um estudo aprofundado das normas existentes.

Por outro lado, mesmo dentre o seletto grupo dos conhecedores do Direito Aeronáutico, muitos são aqueles que reputam maior importância às normas consumeristas, que do ponto de vista temporal são mais recentes, do que às normas estabelecidas no Código Brasileiro de Aeronáutica e as Convenções Internacionais que tratam do assunto.

Assim, embora o Brasil tenha ratificado o Tratado de Varsóvia que foi, posteriormente, modernizado pelo Tratado de Montreal, o país também necessita manter o respeito à Constituição e a outras leis infraconstitucionais, como é o caso da Lei n. 8.078/80 que estabelece o Código de Defesa do Consumidor e que também é usada como fundamento nas decisões relativas a caso fortuito e força maior, quando usuários requerem direitos judiciais.

A responsabilidade civil em sede das companhias aérea e demais empresas relacionadas à aviação civil, tem importância ímpar em um mundo cada dia mais globalizado, onde o fluxo de capitais gira literalmente nas asas das aeronaves que diuturnamente cortam os céus em todos os cantos do mundo.

Há necessidade de uniformizar as decisões judiciais, bem como respeitar os tratados e convenções nos quais o Brasil é signatário, venerando evidentemente a soberania de cada Estado e aumentando o conforto e a segurança do usuário, que independentemente do país onde esteja, saberá que seus direitos serão reconhecidos caso experimente algum dano.

Desta forma, conclui-se que o reconhecimento da responsabilidade civil de que se reveste o transporte aéreo nacional de passageiros necessita de obediência às determinações legais a fim de resguardar os direitos dos usuários.

Referências

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda e MARTINS, James. Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto. São Paulo, Ed. RT, 1993. 194p.

ARAÚJO, Álvaro Bauzá. Tratado de derecho aeronáutico. Montevideo: Ed. Amalio M. Fernandez, 1976. t.1. p.29.

ALVES, Jones Figueirêdo. Novo Código Civil comentado, coord. de Ricardo Fiuza. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 372-373.

ARAÚJO, Luis Ivani Amorim de. Curso de direito aeronáutico, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.12.

ARRUDA ALVIM, Thereza. ALVIM, Eduardo Arruda. e James Marins, Código do Consumidor comentado, p. 16. No mesmo sentido Cláudia Lima Marques, contratos no Código de Defesa do Consumidor, p. 90, e et seq.

BUSTI. Silvo. Contratto di trasporto aéreo. In: Antonio Cicu e Antonio Messineo (Dir). Trattato di diritto civile e commerciale. Milano: Giuffrè, 2001. T.3. p.612.

CARVALHO. Luís Pinto de. O Código do Consumidor e o Direito Aeronáutico. In RT 673/48.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 212.

CARNEIRO, Maria Francisca. Direito & lógica. Curitiba: Juruá, 2002. p.80.

COMENALE PINTO, Michel. Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aéreo. Diritto Marittimo. Genova, fasc. 3, p. 798-830, 2000.

COSENTINO, Eduardo T. Régimen jurídico del transportador aéreo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 102-104).

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11^a ed. rev., atualizada de acordo com o código civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 935/943

GONÇALVES. Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 2012, p. 217.

GORDILLO. Augustin A. Introducción al Derecho Administrativo. Buenos Aires, FDA, 2000. p. 176.

HAMILTON, Scott J. Practical aviation law. 2. ed. Iowa: University Press-AMES, 1996. p. 113-114.

LISBÔA DE ANDRADE, Alessandra Arrojado. Convenção de Montreal: derradeira esperança para o transporte internacional. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial, (RBDA), Rio de Janeiro, 1999.

MAPELLI, Enrique. Consideraciones jurídicas sobre el convenio de Montreal de 1999. Revista Brasileira de Direitos Aeroespaciais (RBDA), Rio de Janeiro, nº 84, p. 22-25, dez. 2001.

MANKIEWICZ H., René. Le Protocole de Guatemala du 8 mars 1971, portanto modificatins de la Convention de Varsovie. *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDA)*, Paris, v. 26, p. 15-27, 1972; Walter Schwenk Schwenk, Werner Niester e Dieter Stukenberg, *Handbuch des lufverkehrsrechts*, cit., p. 676-678.

MARQUES. Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor. 1992 p.156.

MARTINS, James. Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto. São Paulo, Ed.RT, 1993. 194p.

MASTRANDREA, Gerardo. L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone. Padova: cedam, 1994.

MILDE, Michel. Liability in international carriage by air: the new Montreal Convention (28 May 1999), p. 835-861.

MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado, v.45, §4.852, n.2, 2012. p.8.

MONTEIRO. Washington de Barros. Curso de direito civil. 27. ed. São Paulo, 1988. v. 1. p. 15.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. São Paulo: Forense Universitária. 2006, p. 274.

MARTINS-COSTA. Judith. O direito privado como um “sistema em construção”- as cláusulas gerais

no Projeto de Código Civil brasileiro, RT, 753/40-41, jul. 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. Ed. Forense. 4º ed. p. 486/487.

ROMANELLI, Gustavo. La limitazione nella giurisprudenza costituzionale. In: IL LIMITE RISARCITORIO NELL'ORDINAMENTO DEI TRASPORTI- PROFILI SISTEMATICI E PROBLEMATICHE ATTUALI, 2-3 apr. 1993, Modena. Anais... Milano: Giuffrè, 1994. p.27-47.

ROMANELLI, Gustavo. Il Trasporto aéreo di persone. Padova: Cedam, 1966.

SANTOS, Rute Cardoso dos. A responsabilidade civil das companhias de transporte aéreo, como prestadoras de serviços sujeitas ao código de defesa do consumidor. (2013). Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10764. Acesso em: 10.06.2015.

SCHWENK, W; NIESTER, W; STUKENBERG, D. Handbuch des Lufverkehrsrechts. 2. Ed. Ver. e ampl. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1996. p. 672-676.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. vol. III, Dos contratos em geral, p. 67.

VALLE, Enrico Paulo. Comentários ao novo Código Brasileiro do Ar. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 9-11.

ESCALADA, Federico Videla. Manual de Derecho Aeronáutico, 1976, p.11.

ESCALADA, Federico Videla. Manual de derecho aeronáutico. 2. ed. atual. Buenos Aires: Zavalia, 1996.