

Responsabilidade civil contratual no transporte aéreo: hipóteses de não incidência à luz do Código de Defesa do Consumidor

*Adriana Tayano Fanton Furukawa*¹
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

As aeronaves foram criadas para satisfazer a aspiração do homem, consistente na possibilidade de voar. O setor de transporte aéreo desenvolveu-se significativamente na época da Primeira Guerra Mundial, em 1914, e desde então se vem aprimorando, contando atualmente com aeronaves de alta tecnologia e sofisticação, sendo considerado uma das formas mais seguras e céleres de transporte.

Em sua fase inicial, como se tratava de um setor em desenvolvimento e a maioria das empresas aéreas era de controle estatal, sob a denominada ordem pública de direção, as legislações que surgiram eram limitadoras de indenização, tal como a Convenção de Varsóvia, de 1929, buscando a proteção do setor em crescimento.

Com o passar dos anos, o transporte aéreo comercial foi crescendo, até chegar à utilização em larga escala, como nos dias atuais.

Dessa maneira, houve uma mudança de paradigma, pois, atualmente, com o setor já desenvolvido, a maior parte das empresas aéreas está sob o controle do particular e o Estado atua sob o prisma da ordem pública de proteção, e não mais de direção. Houve uma mudança de foco, buscando-se tutelar os usuários, e não mais o setor outrora em crescimento. Daí a necessidade de objetivação da responsabilidade do transportador, para que os usuários não fiquem desprotegidos. Tal fato

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP (2004). Pós-graduada em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura – Núcleo Regional de Sorocaba. Professora assistente no curso de pós-graduação em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura – Núcleo Regional de Sorocaba (2015).

também acarretou uma mudança de postura do transportador, impulsionando-o ao aperfeiçoamento de suas atividades e à prevenção.

Essa objetivação foi acompanhada pela legislação e vem positivada no Código de Defesa do Consumidor, o qual reconhece a vulnerabilidade do consumidor e busca reequilibrar a relação, possibilitando-lhe a ampla e integral reparação de danos.

Importante observar que a responsabilidade objetiva não se confunde com risco integral, pois admite as chamadas causas excludentes, ou melhor, causas de não incidência da responsabilidade, quais sejam: caso fortuito externo e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro. Além disso, existem causas específicas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, que são a não colocação do produto no mercado e a inexistência de defeito do produto ou serviço. O presente estudo está dedicado justamente à análise das referidas causas em razão da importância jurídica do tema, bem como de sua ampla utilização e praticidade nos dias atuais.

O presente trabalho tem o intuito de fornecer uma visão panorâmica e uma análise dos princípios basilares relacionados à responsabilidade civil contratual do transportador aéreo, notadamente no que se refere às causas de não incidência da responsabilidade, fazendo-o à luz do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal de 1988.

I. Perfil dogmático da responsabilidade civil contratual no transporte aéreo e sua objetivação

1.1 O enquadramento do transporte aéreo no âmbito das relações de consumo

O contrato de transporte aéreo firmado entre passageiro e empresa aérea enquadra-se no conceito de relação de consumo, pois os passageiros adquirem a passagem aérea como destinatários finais e a empresa aérea se caracteriza como fornecedora, prestando serviço tipicamente consumerista².

Por conseguinte, aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor, inspiradas no texto constitucional e com a força normativa

² Quanto à definição de serviço, o conceito de remuneração, como requisito essencial, deve ser interpretado de forma ampla, abrangendo a remuneração direta e a indireta, como no caso de aquisição de passagens aéreas por meio do programa de milhagens.

daí decorrente. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXII, elenca a defesa do consumidor como um dos direitos fundamentais, constituindo, portanto, cláusula pétrea. O artigo 170 da Constituição Federal também prevê, em seu inciso V, a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica.

Assim, considerando que as normas de defesa do consumidor possuem *status* constitucional, têm prevalência em relação às normas de hierarquia inferior e aos tratados internacionais que sejam com elas incompatíveis. Por conseguinte, conforme será analisado em item próprio, o Código Civil de 2002, o Código Brasileiro de Aeronáutica, bem como a Convenção de Varsóvia e seus protocolos complementares aplicam-se naquilo em que não forem incompatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, interpretando-se as normas à luz do microsistema consumerista e da Constituição Federal, como ocorre no caso da limitação e tarifação da indenização, as quais devem ser consideradas como patamares mínimos indenizáveis, em face do princípio da reparação integral.

A caracterização do transporte aéreo como relação de consumo é de extrema importância, pois serão aplicadas as normas protetivas previstas no Código de Defesa do Consumidor, notadamente os direitos de segurança, proteção e informação, o dever de prevenção, a objetivação da responsabilidade do fornecedor, a possibilidade de inversão do ônus da prova e o caráter excepcional das excludentes de responsabilidade, cujo ônus probatório fica a cargo do fornecedor.

Nos próximos tópicos, tais aspectos serão analisados mais detidamente, evidenciando a importância do tema, sempre se atentando para a função iluminante da Constituição Federal.

1.2 A objetivação da responsabilidade civil contratual no transporte aéreo

O instituto da responsabilidade civil, tradicionalmente, foi amparado na culpa. Com o advento da Revolução Industrial, o paradigma começou a ser modificado, pois o aumento da produtividade e dos contratos em massa também trouxe o aumento do número de sinistros e acidentes de trabalho, evidenciando o desequilíbrio das relações e demonstrando que o sistema até então existente era insuficiente para tutelar as vítimas de dano-evento. Isso porque as vítimas, invariavelmente, não tinham condições de demonstrar a culpa embasadora da responsabilidade civil

e, assim, ficavam desamparadas. Por outro lado e por via reflexa, o sistema permitia uma situação cômoda ao empregador e, no caso do tema em análise, ao transportador, os quais não sentiam a necessidade de aprimorar os serviços prestados, de se esmerar na obrigação de segurança e proteção, tampouco se atentavam para o dever de prevenção.

Com a mudança do paradigma e a objetivação da responsabilidade, verificaram-se dois efeitos principais. O primeiro, do ponto de vista das vítimas, as quais passaram a serem tuteladas com o reconhecimento de sua hipossuficiência, notadamente técnica e probatória, e passaram a ter disponíveis mecanismos proporcionadores de sua ampla e integral reparação. O segundo, do ponto de vista dos transportadores, os quais passaram a ter maior preocupação com seus deveres de segurança e proteção, prevenção de danos e acidentes, bem como aprimoramento dos serviços prestados.

Destaca-se, neste ponto, a função iluminante da Constituição Federal, a qual, em seu artigo 5º, “caput”, prevê o direito à segurança e a respectiva obrigação, como cláusula geral. A objetivação da responsabilidade também vem prevista no artigo 37, § 6º, e no artigo 21, inciso XXIII, alínea “c”, da Constituição Federal.

Na mesma esteira, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor prevê a segurança como um dos direitos básicos, bem como a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais (artigo 6º, inciso VI, do CDC). Em seus artigos 12 e 14, prevê a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços “independentemente da existência de culpa”, consagrando a responsabilidade objetiva.

Assim, comprovados o dano e o nexo de causalidade, a vítima tem consagrado o direito ao ressarcimento integral, independentemente de culpa, cabendo ao fornecedor comprovar uma das causas de não incidência da responsabilidade, se existentes. Houve a superação da culpa como base para responsabilidade civil, a qual passou a ter o risco como novo fundamento, evoluindo para a responsabilidade objetiva, com possibilidade de inversão do ônus da prova³.

3 Conforme define, com propriedade, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: “Assim, a responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco, é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas de ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente. Imputa-se a obrigação de indenizar a quem conhece e domina a fonte de

Como consequência da responsabilidade objetiva, o fornecedor não poderá alegar a inocorrência de culpa, entre as causas excludentes de responsabilidade, salvo a culpa exclusiva da vítima. E a prova das excludentes, se existirem, compete ao fornecedor.

O consumidor não precisa provar a existência do defeito, o qual é presumido, cabendo ao fornecedor comprovar a inexistência dele (artigo 12, § 3º, II e artigo 14, § 3º, I, do CDC). Ao consumidor basta comprovar dano e o nexo de causalidade, fazendo jus ao ressarcimento pleno e integral.

1.2.1 Princípio da reparação integral e tarifação da indenização

A reparação integral dos danos tem base constitucional, no artigo 5º, incisos V e X, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, ela vem consagrada como um direito básico do consumidor, previsto no artigo 6º, inciso VI. Para garanti-la, o microsistema prevê um conjunto de normas e disposições, estabelecendo, notadamente, a responsabilidade objetiva e a facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova⁴.

A reparação integral significa recompor o status quo ante, como se o direito não houvesse sido lesado, ou, na impossibilidade, ressarcir pelo equivalente à lesão suportada, proporcionando uma justa compensação à vítima. Também significa abranger tanto os danos materiais quanto os morais, recompondo-os em sua plenitude.

Como consequência, não se admite a chamada tarifação da indenização, ou seja, a fixação de limites pré-estabelecidos ou indexadores pela legislação infraconstitucional, como teto ao valor da indenização. É o que ocorre com o Código Brasileiro de Aeronáutica, no âmbito do

origem do risco, devendo, em face do interesse social, responder pelas consequências lesivas da sua atividade". (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.).

⁴ Antes dessa sistemática, as vítimas não tinham condições de comprovar os danos que sofreram e ficavam irressarcidas. Com a objetivação da responsabilidade e os mecanismos facilitadores da defesa em juízo, basta que as vítimas comprovem o dano e o nexo de causalidade, cabendo ao fornecedor desconstituir a responsabilidade daí decorrente, por meio da comprovação das causas excludentes.

transporte aéreo doméstico, e com a Convenção de Varsóvia, no âmbito do transporte aéreo internacional, os quais preveem limites para os valores da indenização.

Por tais razões, questiona-se a constitucionalidade dos referidos diplomas, no que dizem respeito aos limites indenizatórios⁵.

Em razão da função iluminante da Constituição Federal e da chamada interpretação conforme a Constituição, é possível a compatibilização e harmonização dos diplomas, interpretando-se os valores tarifados como um parâmetro ou patamar mínimo de reparação, não impedindo que o consumidor seja ressarcido pelos danos que comprovar e que extrapolem o valor previamente fixado pela legislação extravagante.

Assim, os limites de indenização previstos no Código Brasileiro de Aeronáutica e no Sistema de Varsóvia devem ser considerados como patamares mínimos indenizáveis, em face do princípio da reparação integral, de origem constitucional. As normas de defesa do consumidor, por traduzirem direito fundamental previsto na Constituição Federal, têm prevalência, notadamente no que se refere aos princípios de proteção e reparação integral. Tais diplomas serão aplicáveis naquilo em que não contrariarem as normas de defesa do consumidor ou para relações que não se caracterizem como relações de consumo.

Os tratados internacionais devem ser respeitados e inclusive estão contemplados pelo artigo 7º, “caput”, do Código de Defesa do Consumidor, mas desde que não violem direitos fundamentais assegurados pela Lei Maior. Nesse caso, será possível o chamado “diálogo das fontes”, realizando-se a interpretação conforme a constituição, interpretando-se a tarifação e limitação da indenização como patamares mínimos indenizáveis, sem prejuízo do complemento da indenização com

⁵ Nesse sentido: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1666.htm>>. Acesso em: 31 out. 2014: “Sem maior digressão, é lícito afirmar que os limites indenizatórios do transporte aéreo não passam pelo teste constitucional da dignidade humana nem, muito menos, da justiça e solidariedade social. É, não há como negar, um critério anti-dignidade (em particular porque abstrai o valor real da vida humana), iníquo (viola os mais comecinhos traços da justiça, já que desequipara) e antisolidarista (impõe o ônus do risco à parte que não o criou, precisamente o sujeito vulnerável na relação). A cláusula de limitação tem um efeito desestruturador do sistema indenizatório, pois frustra ou restringe a apreciação do dano pelo juiz, que passa a ser impedido de julgar ou a julgar parcialmente as lesões sofridas pela vítima. Por isso mesmo, há violação do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), garantia moldada em norma pétrea”.

os danos materiais e morais que forem constatados e demonstrados⁶. Desse modo, os referidos diplomas legais serão harmonizados com o princípio da reparação integral e com a Constituição Federal.

1.2.2 Deveres laterais ou anexos

Conforme exposto nos itens anteriores, o fornecedor pode comprovar uma das causas de não incidência da responsabilidade, as quais serão estudadas no próximo tópico. No entanto, cumpre salientar que mesmo estando presentes uma dessas causas, o transportador não se exime dos chamados deveres laterais ou anexos.

Tais deveres decorrem do princípio da boa-fé objetiva. São aqueles que não estão diretamente ligados aos deveres principais da obrigação, mas visam assegurá-la, para que alcance o fim almejado⁷.

São divididos em deveres de proteção, de lealdade e de esclarecimento ou informação.

Em linhas gerais, o dever de proteção busca evitar danos à parte contratante, estando fundado no princípio do *neminem laedere*. Por exemplo, o transportador aéreo tem o dever de não causar danos à pessoa ou ao patrimônio dos passageiros. O dever de lealdade impõe às partes uma atuação correta, que não viole a confiança nela depositada, e abrange o dever de cooperação, segundo o qual as partes devem adotar todas as condutas necessárias e que estiverem ao seu alcance para atingir a finalidade do contrato e atender às suas legítimas expectativas.

⁶ Conforme ensina MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 503: “Assim, a interpretação conforme a Constituição bem evidencia os dois caminhos a seguir: valorizar a presença de um sujeito de direitos fundamentais no contrato de transporte, o consumidor, aplicando o CDC em diálogo com o CC e observar, em contratos de transportes internacionais, as convenções internacionais naquilo que não interferem com direitos fundamentais e os princípios constitucionais, realizando um diálogo de fontes orientado pelos valores constitucionais em jogo, para complementar, por exemplo, com a indenização de danos morais ou realizar a indenização integral dos danos aos consumidores”.

⁷ Na definição de PEREIRA, Paulo Sérgio Velten: “Decorrentes da cláusula geral de boa-fé objetiva, os deveres laterais ou anexos constituem um conjunto de regras de conduta impostas a ambos os sujeitos da relação obrigacional, credor e devedor, que não possuindo relação direta com os deveres principais ou anexos de prestação, objetivam o alcance do fim do contrato”. (PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral nos compromissos de compra e venda de bens imóveis. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Direito imobiliário brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 553.).

Podemos citar a obrigação do passageiro de se apresentar para o *check-in* com a antecedência necessária. O dever de informação impõe às partes a obrigação de comunicar e compartilhar todas as informações e dados relevantes. Assim, o transportador tem a obrigação de comunicar ao passageiro eventual atraso no voo, as razões do atraso e a previsão da partida, bem como a possibilidade de reacomodação em outro voo. O passageiro tem direito à informação, alimentação e acomodação, para minimizar as consequências desse vício de qualidade por inadequação do serviço prestado. O direito à informação é um dos mais importantes, pois, a partir de uma informação correta e fidedigna, o passageiro poderá exercer os demais direitos que estão à sua disposição.

Portanto, mesmo nas hipóteses em que restar configurada causa de não incidência da responsabilidade, tal fato não isenta o transportador de cumprir com seus deveres laterais ou anexos, sendo que a inobservância de tais deveres equivale ao próprio inadimplemento.

Importante observar que tais deveres não impedem que o passageiro pleiteie indenização por perdas e danos sofridos, a qual tem base constitucional e decorre do princípio da reparação integral, como já citado.

II. Causas de não incidência da responsabilidade

Conforme exposto, a objetivação da responsabilidade está fundada na teoria do risco do empreendimento, porém não foi acolhida por nosso ordenamento jurídico a teoria do risco integral, mas, sim, do risco mitigado, admitindo as chamadas causas de não incidência da responsabilidade, nas quais está centrado o presente estudo.

Quanto à terminologia, preferimos o termo hipóteses de “não incidência”, ao termo “excludentes”, pois, na verdade, quando presentes tais hipóteses, a responsabilidade não chega a ser gerada, porquanto não estabelecido o nexo de causalidade, enquanto o termo “excludentes” seria mais adequado aos casos em que a responsabilidade está caracterizada e é excluída por algum motivo⁸. De qualquer maneira, por

⁸ Nesse sentido, observa, com propriedade, Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, ao tratar da responsabilidade civil do Estado: “A despeito da ampla aceitação do instituto no meio jurídico, a expressão causas excludentes de responsabilidade civil não nos parece ser a mais adequada. Destarte, de rigor científico, entendemos que seria preferível cuidá-las como causas de não incidência de responsabilidade civil do Estado. Isso porque a não incidência é hipótese normativa diversa da mera exclusão de responsabilidade civil. Sinteticamente, diante da não incidência, não chegou efetiva-

vezes nos reportaremos ao termo “causas excludentes”, por já estar mais sedimentado, ponderando o termo que entendemos mais adequado tecnicamente.

O Código de Defesa do Consumidor prevê, expressamente, em seus artigos 12, § 3º, e 14, § 3º, algumas causas de não incidência da responsabilidade, quais sejam: a não colocação do produto no mercado, inexistência de defeito do produto ou serviço, culpa exclusiva do consumidor e culpa exclusiva de terceiro. Todavia, são aplicáveis outras causas excludentes extraídas do sistema geral de responsabilidade civil, as quais não são incompatíveis com os princípios do microsistema consumerista, quais sejam, o caso fortuito e a força maior⁹.

Quanto à eximente fundada na não colocação do produto no mercado, a mesma tem pouca pertinência no âmbito do transporte aéreo, por se tratar de prestação de serviço.

A alegação de inexistência de defeito no serviço, por sua vez, é aplicável ao tema em análise. A existência de defeito é um dos pressupostos da responsabilidade do fornecedor. Sua existência é presumida, cabendo ao fornecedor demonstrar o contrário. O defeito na prestação pode ocorrer quanto ao serviço em si e também pode ocorrer no que diz respeito ao dever de informação. Por exemplo, se os tripulantes da aeronave não orientam corretamente os passageiros quanto à acomodação das bagagens no compartimento superior aos assentos e não verificam o seu fechamento, caso ocorram danos ao passageiro, provocados pela queda das bagagens de mão, a empresa aérea será responsável. Se, no entanto, não há qualquer defeito na prestação de serviço pela empresa aérea e ainda assim ocorrem danos ao passageiro, ela poderá alegar a excludente em questão, cabendo-lhe o ônus de demonstrá-la.

mente a existir em momento algum o dever de indenizar naquelas circunstâncias fáticas. Noutras palavras, dizer excludentes poderia fazer supor que a hipótese veio a ocorrer, passando, em um segundo momento, a identificar certo óbice à condenação do agente indenizador, o que não é o que ocorre no plano científico, como se demonstrará”. (GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 313-314.).

⁹ Apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da taxatividade ou não do rol das referidas causas no Código de Defesa do Consumidor, é mais correta a posição que admite a consideração do caso fortuito e da força maior. Isso porque o microsistema consumerista está inserido no sistema geral de responsabilidade civil e referidas causas não são incompatíveis com seus princípios, pois também incidem sobre o nexo de causalidade, devendo ser realizada uma interpretação sistemática e teleológica.

Outro exemplo, se durante uma conexão de voos os agentes em terra da empresa aérea não orientam corretamente os passageiros que irão trocar de aeronave e estes vêm a perder o voo, a empresa responderá pelos danos daí decorrentes. Se, no entanto, a empresa demonstrar que realizou todas as orientações necessárias, mas os passageiros perderam a conexão porque ficaram na praça de alimentação do aeroporto, poderá se valer da excludente.

A par das referidas causas, as eximentes que se afiguram mais aplicáveis, no âmbito do contrato de transporte aéreo são as seguintes: caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro. Nos próximos tópicos, analisaremos cada uma delas, bem como as hipóteses mais controvertidas.

2.1 Caso fortuito e força maior

Existem várias definições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do caso fortuito e da força maior e há bastantes controvérsias sobre como diferenciar os institutos.

Ambos estão relacionados aos conceitos de imprevisibilidade, inevitabilidade, irresistibilidade e insuperabilidade ou invencibilidade. A força maior, para a maioria dos doutrinadores, está relacionada a fatos da natureza, enquanto o caso fortuito, a fatos relacionados ao homem.

Como há uma dificuldade de distinção na prática e como seus efeitos jurídicos são os mesmos, há uma tendência atual em equiparar as duas figuras.

Em razão do progresso da ciência e da tecnologia, bem como da maior ênfase à prevenção, também há uma tendência a se dispensar o requisito da imprevisibilidade, exigindo-se, como requisito essencial, a inevitabilidade.

Tais conceitos devem ser analisados segundo o estado atual da técnica, pois com o crescente e rápido desenvolvimento da tecnologia, hoje podem ser previstas e evitadas situações que antes eram imprevisíveis¹⁰.

¹⁰ Neste aspecto, importante a lição de Marco Fábio Morsello: “Por via de consequência, a imprevisibilidade nem sempre erigir-se-á ao *status* de requisito essencial de força maior extrínseca. Deveras, como analisaremos a seguir, poderão ocorrer hipóteses de dano-evento objetivamente previsíveis, que foram previstas e que, apesar disso, se tornaram insuperáveis, inevitáveis e irresistíveis, possibilitando a excludente do dever de indenizar”. (MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 24.).

Para que sejam erigidos à categoria de eximentes, o caso fortuito e a força maior devem ser externos, ou seja, devem ser totalmente estranhos ao empreendimento ou atividade do fornecedor, sendo chamados de “fortuito externo”.

Atualmente, a segmentação de serviços é fenômeno frequente, notadamente em setores de complexa logística, como no transporte aéreo. Assim, os atos dos prepostos e terceirizados, por estarem relacionados à atividade do fornecedor e dele receberem esta espécie de delegação ou mandato, não excluirão a responsabilidade do prestador principal, caracterizando o chamado “fortuito interno”.

Nesse conceito se incluem os tripulantes e operadores de assistência em terra (*ground handling*). Da mesma maneira, o serviço de *catering*, relacionado ao fornecimento de refeições e bebidas a bordo, caracteriza segmentação de atividade do transportador. Assim, caso haja intoxicação alimentar de passageiros, a empresa aérea não poderá se eximir de sua responsabilidade, por se tratar de fato interno, inserindo-se no risco de sua atividade.

Já os controladores de tráfego aéreo, por representarem uma autoridade perante o transportador e por desempenharem atividade independente, não se caracterizam como prepostos.

Portanto, somente o chamado “fortuito externo”, totalmente estranho à sua atividade, excluirá a responsabilidade do transportador aéreo, dela não se eximindo por atos de seus prepostos ou terceirizados, ressalvando-lhe eventual direito de regresso.

Além de serem externos, o caso fortuito e a força maior devem ser a causa exclusiva do evento, pois se atuarem como causa concorrente não romperão onexo causal e não isentarão ou atenuarão a responsabilidade do fornecedor.

A seguir, analisaremos as hipóteses mais frequentes e polêmicas¹¹.

2.1.1 Condições de saúde do passageiro

Alguns passageiros podem ter problemas de saúde, os quais podem se desencadear a bordo da aeronave ou se agravar pelas condições

¹¹ Hipóteses baseadas na obra citada de MORSELLO, Marco Fábio, Capítulo 11, páginas 284 a 332, o qual também analisa as hipóteses de sequestros e atos terroristas e movimentos grevistas.

inerentes ao voo. Nesses casos, se questiona se haveria ou não responsabilidade da empresa aérea transportadora.

O Código Brasileiro de Aeronáutica (artigo 256, inciso I) e a Convenção de Varsóvia (artigo 17) preveem a responsabilidade do transportador somente em caso de “acidente” a bordo. Assim, as emergências médicas causadas por condições de voo dentro da normalidade e pela condição interna do passageiro estariam excluídas da responsabilidade do transportador.

Todavia, tal regra não é absoluta, devendo ser compatibilizada com os princípios da segurança, proteção e prevenção. Em face de tais princípios, as empresas aéreas têm o dever de manter a bordo equipamentos e medicamentos regulares e de emergência, bem como tripulação preparada para prestar assistência em tais situações.

Assim, ainda que o dano seja decorrente de condição pessoal do passageiro e de condições normais de voo, se a aeronave não dispunha dos equipamentos necessários, se a tripulação não prestou o atendimento emergencial ou se o prestou de maneira inadequada ou tardia, a empresa aérea responderá pelos danos causados ao passageiro.

Os casos mais frequentes de problemas de saúde a bordo são os problemas cardíacos, os quais podem ser, em grande parte, controlados emergencialmente com o uso de medicamentos necessários, com medidas de reanimação e com o desfibrilador automático.

Outra preocupação é a chamada “trombose venosa profunda” (DVT em inglês), a qual é provocada pelo desenvolvimento de coágulos gerados pela falta de movimentação necessária dos passageiros. Algumas empresas aéreas, em observância ao princípio da prevenção, estimulam exercícios e movimentação a bordo, mesmo porque, embora não tenham responsabilidade direta pela síndrome manifestada, respondem pela omissão quanto ao atendimento emergencial, bem como pelos danos decorrentes do atendimento tardio ou inadequado do passageiro. Além disso, apesar de a trombose venosa profunda não configurar nexos com a conduta do transportador, não o exime do cumprimento dos deveres laterais ou anexos, os quais, se violados, equivalem ao inadimplemento da obrigação e poderão gerar direito à indenização¹².

¹² A esse respeito, observa Marco Fábio Morsello, em estudo específico sobre a trombose venosa profunda, em suas conclusões: “Tais premissas, portanto, levam à inelutável inferência de que, independentemente de eximente favorável ao fornecedor, para fins de reparação por perdas e danos derivadas da indigitada trombose, poderá subsistir fonte reparatória diversa, com esteio na violação

2.1.2 Condições climáticas

A verificação das condições meteorológicas é de suma importância para se evitar a ocorrência de acidentes aéreos. Para tanto, são imprescindíveis os serviços de informação eficientes, bem como o adequado aparelhamento da aeronave. Com base em tais informações, será analisada a existência ou não de padrões mínimos de segurança, que recomendem a realização do voo ou justifiquem o seu cancelamento ou adiamento.

Oportuno ressaltar que as condições meteorológicas adversas, isoladamente, não representam fatos imprevisíveis ou insuperáveis, caracterizadores da força maior extrínseca. Assim, em razão do avanço tecnológico e da sofisticação dos instrumentos, alguns fenômenos da natureza poderão ser previstos e superados, se adotadas medidas eficazes para a realização do voo. Por outro lado, se previstos tais fenômenos, porém não sendo possíveis medidas preventivas aptas a superá-los, será perfeitamente justificado o cancelamento ou adiamento do voo, estando presente, nesta hipótese, a força maior extrínseca.

Também deve ser levado em consideração o local em que o transporte será realizado. Em alguns países, por exemplo, é normal a existência de neve, sendo tal fato totalmente previsível, razão pela qual os exploradores do transporte aéreo devem adotar medidas preventivas eficazes para superar este fenômeno climático. Assim, a existência de neve, em regra, tornou-se um obstáculo superável, salvo se sua presença exacerbada representar risco à segurança do voo, caso em que o transportar estará escudado pela eximente da força maior.

Da mesma forma, a existência de chuvas fortes, de neblina ou nevoeiro (*fog*), em razão do atual estado da técnica, tornou-se atualmente previsível e superável, salvo situações excepcionais.

Assim, a maioria das condições meteorológicas, pelo atual estado da técnica, são previsíveis e contornáveis. No entanto, alguns fenômenos da natureza, como furacões, tornados e erupção de vulcões,

da cláusula geral de boa-fé, no âmbito da função integrativa mencionada, com mensuração objetiva do dano não escudada no evento lesivo, mas na infração daquela cláusula”. (MORSELLO, Marco Fábio. A Trombose Venosa Profunda (TVP) e a responsabilidade civil no transporte aéreo. Apreciações doutrinárias e jurisprudenciais. *Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 92, p. 45., dez. 2009. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1812.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2015.).

recomendam o cancelamento do voo, em razão de sua irresistibilidade e dos princípios da segurança e proteção aos passageiros.

Importante observar que ainda que se esteja diante de cancelamento ou atraso do voo justificado pelas condições climáticas, a empresa aérea necessita cumprir, obrigatoriamente, os deveres laterais ou anexos, disponibilizando aos passageiros informação clara e adequada, alimentação, comunicação com terceiros, e, dependendo da previsão de retomada do serviço, acomodação e transporte.

2.1.3 Turbulência

A turbulência é uma das maiores causas de danos à integridade física de passageiros e tripulantes, tornando necessário o aperfeiçoamento dos procedimentos de segurança das empresas aéreas, com fulcro no princípio da prevenção.

Existem, basicamente, três tipos ou formas de turbulência: a esteira de turbulência (*wake turbulence*), a turbulência em voo e a chamada *clear air turbulence* (CAT), conforme exposto por Marco Fábio Morsello, o qual explica, tecnicamente, referidos fenômenos¹³.

A esteira de turbulência é causada por redemoinhos (vórtices) deixados por aeronave que decolou anteriormente. Assim, em face do princípio da prevenção e da previsibilidade, o comandante da aeronave deve aguardar certa distância, para então proceder à decolagem. A ocorrência de dano-evento provocado pela esteira de turbulência não se caracteriza como força maior extrínseca, pois se trata de fenômeno perfeitamente previsível e evitável.

A segunda espécie é a turbulência em voo, gerada por movimentos do ar, diferença de pressão atmosférica, massas de ar quente e fria e ventos de montanha, entre outros fatores. Tal forma é considerada como “acidente”, nos termos do artigo 17 da Convenção de Varsóvia, por estar inserida nos riscos do voo. Ainda assim, em tese, admite excludentes de responsabilidade, embora estas sejam de difícil comprovação por parte do transportador em razão de sua previsibilidade e inevitabilidade ou superabilidade, diante do atual estado da técnica.

¹³ Op. cit., p. 321-326.

A terceira forma de turbulência é a denominada *clear air turbulence* (CAT). Essa forma se diferencia das demais porque ocorre repentinamente, em céu claro. Assim, o transportador terá maiores chances de comprovar a eximente da força maior extrínseca, mas, ainda assim, deve ser ponderado que, diante do estado atual da técnica e da sofisticação da tecnologia, ser-lhe-á possível ao menos amenizar os efeitos dessa forma de turbulência.

Conclui-se, portanto, que as turbulências, em razão de seu grau de previsibilidade e evitabilidade ou superabilidade, dificilmente caracterizarão força maior extrínseca, incumbindo o ônus da prova ao transportador¹⁴.

2.1.4 Problemas técnicos da aeronave

As empresas aéreas dispõem de um rigoroso controle da manutenção das aeronaves, mas, ainda assim, podem surgir problemas técnicos, os quais podem acarretar o cancelamento do voo, atraso ou mudança de rota. Em tais casos, indaga-se se haverá responsabilidade do transportador pelas perdas e danos daí decorrentes. A resposta é positiva.

Com efeito, os problemas técnicos da aeronave caracterizam-se como força maior intrínseca, diretamente ligada à atividade do transportador, abrangida pelo risco do empreendimento e cuja falha viola seu dever de segurança e proteção. Assim, está plenamente configurada a responsabilidade do transportador em tais hipóteses¹⁵.

Do mesmo modo, nos casos em que a causa do problema for desconhecida, o transportador responde, por tratar-se de fortuito interno, inerente à responsabilidade objetiva, decorrente do risco de sua atividade.

É certo que o transportador pode comprovar a excludente de fortuito externo em alguns casos, como a revoadada repentina de pássaros

¹⁴ Pondere-se que o transportador poderá comprovar a excludente fundada em culpa exclusiva da vítima, por exemplo, quando esta desobedecer à ordem de permanecer sentada e com os cintos afivelados e acabar se lesionando por conta da turbulência anunciada.

¹⁵ Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, AgRg no Ag no 1.310.356 - RJ (2011/0091553-0), Relator: Min. João Otávio de Noronha, j. 14.04.2011, DJe 04.05.2011.

que cause danos ao motor, em local cuja previsibilidade lhe era impossível. Mas tal fato dificilmente será comprovado¹⁶.

Também não escusa ao transportador aéreo a alegação fundada em fato de terceiro, invocando a responsabilidade do fabricante por peça ou componente defeituoso, pois tal fato está intimamente ligado à atividade do transportador, caracterizando força maior intrínseca. Nesse caso, o passageiro poderá acionar tanto o transportador, quanto o fabricante, este último com base na responsabilidade extracontratual.

No caso de problemas técnicos da aeronave, que lhe impossibilitem voar nas condições inicialmente pactuadas, em razão da obrigação de segurança e proteção, caberá ao transportador adotar providências posteriores, notadamente o rápido reparo técnico, a substituição da aeronave, a acomodação em outro voo ou o endosso da passagem.

Tais providências serão consideradas e sopesadas por ocasião da fixação do montante indenizável e poderão, até mesmo, excluir a indenização em alguns casos, com base nas circunstâncias do caso concreto e no princípio da razoabilidade.

Conclui-se, portanto, que o transportador poderá comprovar eventual excludente, porém tal fato ocorre em hipóteses excepcionais, sendo mantido, via de regra, seu dever de indenizar nos casos de problemas técnicos da aeronave e, de qualquer forma, seu dever de respeitar os deveres laterais ou anexos.

2.1.5 Atraso, cancelamento e antecipação do voo

A celeridade do transporte aéreo é um dos fatores essenciais para a escolha deste meio de transporte. Os horários divulgados pelas empresas aéreas são determinantes para a contratação e possuem caráter vinculante, com base no dever de informação e no princípio da boa-fé objetiva. Eventual cláusula estabelecendo que os horários sejam meramente indicativos deverá ser considerada nula e abusiva.

¹⁶ Pondere-se que em alguns casos, os Tribunais têm reconhecido a responsabilidade da empresa aérea na sucção de aves pela turbina da aeronave, em razão da frequência com que tal fenômeno ocorre no Brasil, afastando a imprevisibilidade caracterizadora do caso fortuito. Nesse sentido, confira-se o Recurso Especial n. 401.397/SP, Terceira Turma, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, DJ 09.09.2002, p. 226.

O atraso do voo pode ser gerado por diversas causas, mas somente excluirá a responsabilidade do transportador em caso de fortuito externo, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, conforme hipóteses analisadas. Caso não comprovadas referidas eximentes, o transportador responderá pelos danos decorrentes do atraso, tanto materiais quanto morais.

A doutrina e jurisprudência discutem quais seriam os critérios para a definição de atraso e se haveria um atraso tolerável. Alguns entendem que o atraso depende do tempo de duração do voo, de modo que, quanto maior a duração do voo, maior a tolerância de atraso. Todavia, perfilhamos o entendimento de Marco Fábio Morsello, na obra já citada, quando considera que referido critério tem sua utilidade, mas deve ser conjugado com o princípio da razoabilidade¹⁷.

Assim, ainda que o atraso não seja aparentemente significativo, se o passageiro comprovar que sofreu danos dele decorrentes, o atraso será relevante e o passageiro fará jus à respectiva indenização.

Segundo os artigos 230 e 231 do Código Brasileiro de Aeronáutica, o passageiro tem direito à alimentação quando o atraso for superior a duas horas e tem direito à hospedagem e transporte quando for superior a quatro horas.

Por sua vez, a Resolução nº 141 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), de 9 de março de 2010, ao dispor sobre as Condições Gerais de Transporte aplicáveis aos atrasos e cancelamentos de voos e preterição de passageiros, em seu artigo 3º, estabelece, em linhas gerais, que em caso de atraso superior a quatro horas, o passageiro tem direito à reacomodação em outro voo, endosso da passagem ou reembolso, bem como assistência material e custeio de despesas.

Todavia, tais limites temporais não são requisitos para a existência do direito à indenização, pois se o passageiro comprovar que sofreu danos decorrentes do atraso, ainda que inferior a quatro horas, terá direito à respectiva indenização, a qual tem fundamento constitucional e decorre do princípio da reparação integral.

¹⁷ Nesse sentido, observa o autor: “Assim, o atraso coadunar-se-á com o não-implemento pontual dos horários divulgados pelo transportador, aferindo-se, a nosso ver, efetivamente útil a alusão ao critério objetivo correlacionado com o tempo médio da rota em análise, em conjunto com o preceito da razoabilidade, na esfera do dano ressarcível, que não resta presumido” (op. cit., p. 174).

O mesmo raciocínio aplica-se às hipóteses de cancelamento e antecipação de voo, casos em que o passageiro fará jus à reparação integral por perdas e danos comprovados¹⁸.

2.1.6 *Overbooking*

O *overbooking* caracteriza-se pelo excesso de passageiros em relação à capacidade da aeronave. É uma prática utilizada pelos transportadores aéreos, que teve como origem a análise da probabilidade de não apresentação de passageiros para embarque, denominada de *no-show*. As empresas aéreas, com base nos prováveis passageiros que não se apresentariam para embarque e visando evitar prejuízos econômicos, começaram a aceitar reservas em quantidade superior à capacidade da aeronave.

Todavia, o *overbooking* é inoponível aos passageiros como causa excludente da responsabilidade, pois é utilizado como conveniência das empresas aéreas e está fundado em evento futuro e incerto, baseado na conduta de terceiros que eventualmente não se apresentem para embarque. O consumidor que adquiriu regularmente sua passagem e se apresentou no horário correto para o *check-in* não pode ser prejudicado por causa de prováveis passageiros, com os quais não tem qualquer relação e que a empresa aérea supõe que não irão se apresentar. Ao contrário, além de não eximir a responsabilidade do transportador, o *overbooking* configura culpa grave da empresa aérea, pois a empresa aceita reservas em número superior à capacidade da aeronave, em razão de sua exclusiva conveniência econômica, estando ciente de que parte desses passageiros poderá não embarcar.

Para prevenir hipóteses de *no-show*, sem que a empresa tenha de se valer do *overbooking*, tem sido frequentemente utilizado o prazo de expiração das reservas, denominado TTL (*Ticketing Time Limit*)¹⁹, ou seja, a reserva tem validade por prazo determinado e, caso não seja

¹⁸ No que se refere ao montante da indenização, o Protocolo Adicional nº 2 à Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica preveem patamares-limite indenizáveis, fixando-os, respectivamente, em DES (Direito Especial de Saque) e OTN (Obrigações do Tesouro Nacional). Todavia, tratando-se de relação de consumo, prevalecerá o princípio da reparação integral, não estando a indenização sujeita a referidos limites, desde que comprovados os danos pelo passageiro.

¹⁹ Nesse sentido: MORSELLO, Marco Fábio, op. cit., p. 183.

adquirida a passagem, ela se expira automaticamente, medida que se mostra eficaz para salvaguardar a empresa aérea, sem que provoque danos aos passageiros.

Também não socorre ao transportador a alegação de falha no sistema de reservas, pois tal fato caracteriza fortuito interno, inapto a elidir sua responsabilidade.

O *overbooking* caracteriza inadimplemento absoluto da obrigação do transportador aéreo, de modo que o passageiro terá direito à ampla e integral indenização, pelos danos que demonstrar ter sofrido, não se sujeitando a qualquer patamar-limite indenizável.

Por parte do passageiro, cumpre-lhe o dever de apresentação com a antecedência necessária ao horário do *check-in* em razão do princípio de colaboração mútua, e, em caso de *overbooking*, a comprovação dos danos que sofreu para fazer jus à respectiva indenização²⁰.

2.2 Culpa exclusiva da vítima

A eximente relativa à culpa exclusiva da vítima está fundada em conduta desta, que dê causa ao dano-evento. Assim, exclui o próprio nexos de causalidade com a conduta do transportador, isentando-o de responsabilidade.

Sendo a responsabilidade do transportador de natureza objetiva e tratando-se de causa que exclui o próprio nexos de causalidade, tecnicamente, o termo mais correto é fato exclusivo da vítima, e não “culpa” exclusiva da vítima²¹. Há posições em sentido contrário,

²⁰ Neste aspecto, a jurisprudência tem reconhecido que os danos morais são presumidos e se operam *in re ipsa*, ou seja, decorrem do simples fato do descumprimento da obrigação principal por parte do transportador e dos transtornos óbvios daí decorrentes. Basta ao passageiro comprovar o não embarque no voo contratado ou o atraso do voo. Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, AgRg no Ag no 1.410.645 - BA (2011/00062738-6), Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 25.10.2011, DJe 07.11.2011.

²¹ Nesse sentido, entendendo esta terminologia como adequada, Sergio Cavalieri Filho observa: “A culpa exclusiva do passageiro também exonera o transportador de responsabilidade. Trata-se, na realidade, como enfatizado várias vezes, de fato exclusivo do viajante, já que, nessa fase, ainda se está no terreno do nexos causal, e não da culpa. O fato exclusivo da vítima afasta a responsabilidade do transportador porque, na verdade, quem dá causa ao evento é o próprio passageiro, e não o transportador. O transporte, ou, melhor, a viagem, não é causa do evento, apenas a sua ocasião” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 364.).

entendendo a expressão “culpa exclusiva” adequada²². A par da nomenclatura, o fato é que ambas as posições convergem quanto ao conteúdo e requisitos da eximente.

Referida eximente está prevista pelo artigo 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor (no âmbito das relações de consumo, no que se refere à prestação de serviço), pelo artigo 945 do Código Civil (relações de natureza civil), bem como pelo artigo 21 da Convenção de Varsóvia (aplicável ao transporte aéreo internacional, sem estar caracterizada a relação de consumo).

Podemos mencionar, como exemplo, o caso já citado, em que a aeronave atravessa zona de turbulência e, mesmo o comandante e comissários advertindo os passageiros de que deverão permanecer sentados e com os cintos afivelados, determinado passageiro se levanta para pegar algo na bagagem acondicionada no compartimento de bordo e acaba se ferindo.

Como veremos em item próprio, o ônus da prova incumbe ao transportador, cabendo-lhe demonstrar que o comportamento da vítima deu causa efetiva aos danos verificados.

Questiona-se se a culpa concorrente (não exclusiva) da vítima teria efeitos sobre a responsabilidade do fornecedor. A culpa concorrente está prevista no artigo 945 do Código Civil, mas não vem contemplada pelo Código de Defesa do Consumidor. Parte da doutrina entende que a culpa concorrente não tem qualquer reflexo sobre a responsabilidade do fornecedor, pois não foi prevista pelo Código de Defesa do Consumidor e restringiria direito do consumidor. Outra parte entende que o instituto da culpa concorrente não é incompatível com o Código de Defesa do Consumidor, pois o microsistema não veda sua consideração e se trata de instituto compatível com o princípio da boa-fé objetiva (artigo 4º, inciso III, do CDC), a ser observado por ambas as partes na relação de consumo. Assim, se o consumidor também tem o dever de agir de boa-fé e se acaba por contribuir para o evento danoso, tal fato deverá ser considerado por ocasião da fixação do valor da indenização,

²² Nesse sentido, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino assevera: “O fundamental é que o fato exclusivo da vítima apresente-se, no mínimo, sob a forma de uma conduta descuidada para que possa incidir a eximente. Por isso, a expressão utilizada – culpa exclusiva do consumidor – apresenta-se adequada, pois afasta o comportamento acidental como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, enfatizando a necessidade de uma conduta, pelo menos, descuidada” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 291.).

figurando a culpa concorrente como uma causa minorante. Importante observar que não há compensação de culpas, de modo que a culpa concorrente poderá reduzir o valor da indenização, mas jamais isentará o fornecedor de saldá-la.

2.3 Fato de terceiro

O fato de terceiro é a conduta que provoca o evento danoso, praticada por pessoa sem qualquer vínculo com o fornecedor ou com a vítima. Incide diretamente sobre o nexo de causalidade, de modo que, uma vez comprovado, isentará o fornecedor de responsabilidade.

O fato de terceiro está previsto pelo artigo 12, § 3º, inciso III, segunda parte (no caso de fornecimento de produto) e pelo artigo 14, § 3º, inciso II, segunda figura (prestação de serviço), ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Embora o legislador se refira a “culpa” de terceiro, a expressão que se revela mais adequada é “fato” de terceiro, pois a conduta deste não precisa ser culposa para afastar o nexo de causalidade. Basta que tenha dado causa, exclusivamente, ao evento danoso.

A culpa concorrente de terceiro, além de não isentar o fornecedor de responsabilidade, não a atenua, pois, neste caso, incidirá a responsabilidade solidária prevista no artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor perante o consumidor.

O fato exclusivo de terceiro é frequentemente invocado pelos fornecedores como causa de exclusão da responsabilidade, de modo que deve ser analisado com cautela, pois somente atuará como causa de isenção quando o fato for realmente exclusivo, quando se tratar de terceiro sem qualquer vínculo com o fornecedor e quando a conduta deste for imprevisível ou inevitável, não se podendo olvidar que o ônus da prova incumbe ao fornecedor.

No que se refere ao transporte aéreo, a questão é bastante relevante, pois conforme mencionado, são comuns neste setor a terceirização e a segmentação das atividades envolvidas. Além de ser conveniente pela complexidade logística, essa postura também proporciona redução de custos e especialização das atividades, proporcionando um bom custo-benefício ao transportador, razão pela qual deve arcar com os ônus e riscos daí decorrentes.

Como regra geral, o transportador responde pelos atos de seus prepostos, tanto à luz do Código Civil, quanto à luz do Código de Defesa do Consumidor, baseado na teoria do risco da atividade. Assim, os atos dos prepostos, que causem danos a terceiros, serão considerados como força maior intrínseca, ínsitos à sua atividade.

Não há uma definição legal de preposto, no âmbito do transporte aéreo, sendo, portanto, fundamental o papel da doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, são considerados prepostos aqueles que agem por conta do transportador, independentemente de vínculo trabalhista, e que atuam como instrumentos de sua atividade.

Por conseguinte, o fabricante ou construtor da aeronave não é considerado preposto, mas, sim, terceiro, podendo o usuário voltar-se contra ele com base na responsabilidade extracontratual. De qualquer forma, como o transportador é responsável pelos equipamentos que utiliza e como se trata de atividade ínsita ao seu empreendimento, entendemos que a responsabilidade entre ele e o fabricante da aeronave ou de seus componentes será solidária, por se tratar de fortuito interno.

Por outro lado, são considerados prepostos os serviços de *ground handling* (assistência em terra aos passageiros e bagagens) e *catering*, conforme exposto em item anterior, bem como o sistema computadorizado de reservas, sendo que eventuais problemas ou danos daí decorrentes caracterizarão fortuito interno.

Também são considerados prepostos o comandante e a tripulação da aeronave, cabendo-lhes, entre outras funções, a manutenção da ordem e disciplina a bordo²³. No caso de comportamento problemático por determinado passageiro, em princípio, estará caracterizado o fato de terceiro. De qualquer maneira, deve ser analisada a conduta dos prepostos do transportador, tendo em vista o princípio da prevenção, pois se a conduta do passageiro era previsível e a tripulação ou o comandante não tomaram as providências necessárias para evitar o dano, o transportador responderá.

Conclui-se, assim, que ainda que se vislumbre a excludente fundada em fato de terceiro, deve-se perquirir a conduta do transportador e de seus prepostos, tendo em vista os princípios norteadores de sua responsabilidade, notadamente os princípios da prevenção, proteção e

²³ O comandante é expressamente reconhecido como preposto pelo artigo 165 do Código Brasileiro de Aeronáutica: “Toda aeronave terá a bordo um Comandante, membro da tripulação, designado pelo proprietário ou explorador e que será seu preposto durante a viagem”.

boa-fé objetiva, os quais, se não observados, ensejarão sua responsabilidade.

III. Ônus da prova das hipóteses de não incidência da responsabilidade

A finalidade da prova é a demonstração dos fatos alegados pelas partes, visando ao convencimento do julgador. A regra geral de distribuição do ônus da prova está prevista no artigo 333 do atual Código de Processo Civil.

O Código de Defesa do Consumidor tem como uma de suas principais funções e objetivo a proteção ao consumidor e a facilitação da defesa de seus direitos em juízo em razão de sua vulnerabilidade, buscando reequilibrar a relação de consumo e estabelecer a igualdade material entre as partes. As regras referentes ao ônus da prova refletem essa intenção do microsistema, ao lado de outras regras.

O consumidor, como autor da ação, deve comprovar a existência do dano e o nexo de causalidade com o produto ou serviço prestado pelo fornecedor. Nesse aspecto, a regra não foge daquela prevista no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ao fornecedor cumprirá demonstrar os fatos elencados no inciso II do referido artigo. Assim, no caso das causas de não incidência da responsabilidade, por se tratarem de fatos impeditivos do direito do autor, compete ao fornecedor o ônus de comprová-las, não se tratando de inversão da regra probatória.

Além das hipóteses previstas no artigo 333 do Código de Processo Civil, compete ao fornecedor comprovar os fatos cujo ônus lhe for atribuído pela lei ou pelo juiz. É nesse aspecto que consiste a inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, consistente na possibilidade de inversão do ônus da prova, prevista no contexto de facilitação da defesa dos direitos do consumidor, como um de seus direitos básicos (artigo 6º, inciso VIII, do CDC)²⁴.

O Código de Defesa do Consumidor prevê duas modalidades de inversão do ônus da prova. A primeira decorre da própria lei (*ope legis*)

²⁴ A esse respeito, v. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 353-375.

e a segunda de decisão judicial (*ope judicis*), cabendo observar que ambas podem estar presentes no mesmo processo.

A inversão *ope legis* está prevista no artigo 12, § 3º, inciso II, e no artigo 14, § 3º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, os quais preveem que compete ao fornecedor comprovar a inexistência de defeito no produto ou serviço. Trata-se de inversão do ônus, pois, a rigor, caberia ao consumidor comprovar a existência de defeito. Todavia, considerando sua vulnerabilidade econômica e técnica, bem como a dificuldade probatória, o legislador entendeu por bem atribuir ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito, atendendo aos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor.

Além da inversão *ope legis*, o Código de Defesa do Consumidor também prevê uma modalidade de inversão *ope judicis*, ou seja, decorrente de determinação judicial. Trata-se da norma prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A verossimilhança da alegação, como um dos requisitos para a inversão, consiste num juízo de probabilidade de que a alegação da parte seja verdadeira. A hipossuficiência, por sua vez, está relacionada à vulnerabilidade do consumidor. Não se refere somente ao aspecto econômico, mas também ao aspecto técnico.

A doutrina e a jurisprudência discutem se os requisitos são alternativos ou cumulativos. Pela interpretação literal do dispositivo, observa-se que os requisitos são alternativos, pois o referido artigo utiliza-se da expressão “ou”, interpretação esta que também é mais favorável ao consumidor. Referida interpretação foi a que prevaleceu, após muitas discussões. Todavia, parte da doutrina vem entendendo, a nosso ver acertadamente, que quanto à verossimilhança da alegação, basta sua presença para ensejar a inversão do ônus da prova, porém quanto à hipossuficiência, esta deverá ser conjugada com a verossimilhança para possibilitar a inversão.

Outra questão diz respeito ao momento da inversão do ônus da prova. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que se trata de regra de julgamento, a ser aplicada no momento da prolação da sentença, notadamente nos casos em que, apesar de esgotada a fase probatória, persiste a dúvida acerca dos fatos alegados pelas partes. Outra parte entende que se trata de regra de procedimento, a qual deverá ser aplicada ou ao menos advertida antes da fase probatória, notadamente na fase de saneamento do processo, para não gerar surpresa e

oportunizar às partes a produção de provas, prestigiando-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa²⁵.

No âmbito do transporte aéreo, é comum a aplicação da referida regra quando se trata de perda ou extravio de bagagem. Como normalmente não é feita a declaração especial de valor, ganha particular importância a possibilidade de inversão do ônus da prova nesses casos, a fim de se estimar o seu conteúdo e, por conseguinte, fixar o valor da indenização. O consumidor poderá fazer a descrição dos bens que afirma estarem na bagagem, cabendo ao julgador avaliar a verossimilhança da alegação, a fim de inverter o ônus da prova. Para tanto, deverá basear-se nas máximas de experiência e em alguns critérios, tais como o local de destino da viagem e sua duração, as condições econômicas do consumidor, a época do ano, a classe em que viaja na aeronave, entre outros, para que não haja enriquecimento sem causa do consumidor.

Com base em tais critérios, o juiz fixará o valor da indenização, o qual poderá suplantar o patamar-limite indenizável previsto na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica, desde que comprovado o valor excedente, baseando-se no Código de Defesa do Consumidor e no princípio da reparação integral.

Proposições conclusivas

O transporte aéreo foi uma das origens da responsabilidade civil objetiva, ao lado dos acidentes de trabalho, alertando que o sistema até então existente, baseado na culpa, era insuficiente para tutelar as vítimas de dano-evento.

A mudança de paradigma teve um duplo efeito: de um lado, a tutela das vítimas e a disponibilização de meios viabilizadores da ampla e integral reparação de danos; de outro lado, a conscientização dos transportadores para a observância de seus deveres de segurança, proteção e prevenção de danos, bem como de maior esmero na prestação dos serviços.

²⁵ A esse respeito, v. FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a “reinversão” nas ações de responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Parte I, Capítulo 16, p. 367.

A objetivação da responsabilidade foi encampada pela Constituição Federal, ao lado da consagração de valores essenciais, como a dignidade da pessoa humana e seu direito à segurança e proteção. A função iluminante da Constituição Federal refletiu diretamente nas normas do Código de Defesa do Consumidor, o qual, reconhecendo a vulnerabilidade deste e buscando reequilibrar a relação jurídica, restabelecendo sua igualdade material, previu direitos básicos essenciais, bem como mecanismos facilitadores da defesa do consumidor.

Dentre tais direitos, destacam-se o direito à segurança, proteção e prevenção, já mencionados, e a efetiva e integral reparação de danos patrimoniais e morais, também com guarda constitucional.

Dentre os mecanismos facilitadores da defesa do consumidor, destacam-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor, baseada na teoria do risco do empreendimento, a possibilidade de inversão do ônus da prova e o caráter excepcional das causas de não incidência da responsabilidade, entre outros.

O transporte aéreo de passageiros, indubitavelmente, se enquadra na categoria de relação de consumo, tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, e, como consequência, aplicam-se todas as disposições daí decorrentes, cabendo observar que a defesa do consumidor é prevista pela Constituição Federal como um dos direitos fundamentais do cidadão.

Por conseguinte, no aparente conflito de normas entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Brasileiro de Aeronáutica e o Sistema de Varsóvia, prevalecerão as normas do primeiro, em razão de seu status e raiz constitucionais. Verifica-se este aparente conflito no que diz respeito à tarifação ou limitação da indenização, quando tratar-se de relação de consumo, em razão do princípio da reparação integral, de origem constitucional. Neste caso, não se deve desprezar tais diplomas, mas, sim, interpretá-los conforme a Constituição, operando-se o chamado “diálogo das fontes”, de modo que a tarifação ou limitação da indenização deve ser considerada como um patamar mínimo indenizável, sem prejuízo do complemento da indenização com os danos materiais e morais que forem demonstrados.

Em decorrência da responsabilidade objetiva, basta ao consumidor comprovar o dano e o nexo de causalidade, para que tenha direito à reparação ampla e integral, incumbindo ao fornecedor comprovar eventuais excludentes da responsabilidade, foco do presente estudo.

Conforme analisado durante a exposição, a objetivação da responsabilidade está baseada na teoria do risco do empreendimento, porém em nosso sistema vigora a teoria do risco mitigado, e não integral, razão pela qual são admitidas as chamadas causas de não incidência da responsabilidade.

Durante a exposição, foi analisada cada uma das referidas causas, bem como as hipóteses mais frequentes e controvertidas, como as condições de saúde do passageiro, condições climáticas, turbulência, problemas técnicos da aeronave, atraso, cancelamento e antecipação do voo e hipótese de *overbooking*. Também foi analisado o aspecto referente à caracterização de terceiro e dos prepostos, tendo em vista a frequente segmentação do serviço de transporte aéreo e das atividades a ele inerentes.

Ao final, foram feitas considerações acerca do ônus da prova das excludentes, o qual fica a cargo do fornecedor, bem como a possibilidade de inversão do ônus probatório.

Esperamos, com o presente estudo, ter contribuído, ainda que de maneira singela, para fornecer algumas considerações e reflexões sobre o tema e destacar sua importância prática e jurídica, à luz dos princípios do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *Jurisprudência brasileira sobre transporte aéreo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial*. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1666.htm>>. Acesso em: 31 out. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. *Direito imobiliário brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1 e 2.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Fundamentos do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais. Direito do Consumidor, v. 1).

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à ordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. A Trombose Venosa Profunda (TVP) e a responsabilidade civil no transporte aéreo. Apreciações doutrinárias e jurisprudenciais. *Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 92, p. 40-48, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1812.htm>>. Acesso em: 8. jun. 2015.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. A responsabilidade civil no transporte aéreo. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, n. 86, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1758.htm>>. Acesso em: 31 out. 2014.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral nos compromissos de compra e venda de bens imóveis. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Direito imobiliário brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Jorge César Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Org.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Verbatim, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.