

A FORÇA MAIOR COMO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO NO DIREITO BRASILEIRO: CONTRIBUTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO*

Victor Ferreira de Carvalho

Sumário: Introdução. Capítulo I – O Transporte Aéreo no Ordenamento Jurídico Interno e Internacional. §1. O Conceito de Transporte Aéreo. §2. O Contrato de Transporte Aéreo. §3. A Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo. §3.1 As Excludentes de Responsabilidade. §3.1.1 Fato Exclusivo da Vítima. §3.1.2 Fato de Terceiros. §3.1.3 Força Maior. Capítulo II – O Transporte Aéreo e o Direito do Consumidor. §4. O Conceito de Consumidor Aéreo. §5. A Responsabilidade Civil face à Defesa do Consumidor. §5.1 As Excludentes de Responsabilidade previstas no CDC. §5.1.1 Culpa Exclusiva da Vítima. §5.1.2 Culpa de Terceiros. §6. A Visão do CDC perante a Excludente “Força Maior”. §7. O Posicionamento dos Tribunais. Capítulo III – O Contexto da Análise Econômica do Direito da Responsabilidade Civil no Direito Aéreo. Capítulo IV – Considerações Finais. Capítulo V – Referências Bibliográficas

Resumo: O presente trabalho tem por objeto o estudo dos aspectos que envolvem a responsabilidade civil do transportador aéreo, a omissão da excludente de responsabilidade "Força Maior" no Código de Defesa do Consumidor e as condenações judiciais, fatores que geram impactos econômicos a toda a so-

* Relatório apresentado no âmbito da disciplina de Análise Econômica do Direito no Mestrado em Ciências Jurídico-Econômicas 2011/2012 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a regência do Senhor Professor Doutor Fernando Araújo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

cidade. Para tanto, demonstram-se as normas jurídicas atinentes ao Direito Aéreo, evidenciando os conceitos da responsabilidade civil do transportador aéreo e suas excludentes. Explicitam-se as circunstâncias advindas da falha normativa perante a lacuna no ordenamento consumerista, assim como a ineficaz e equivocada aplicabilidade destas regras, acarretando severos prejuízos para as companhias aéreas e, notadamente, à comunidade em geral. Ao final, com o contributo de um arcabouço teórico fundado nos conceitos e institutos da análise econômica do direito, apresentam-se as falhas de mercado que potencializam o comportamento oportunista e a maximização dos custos de transação, causando uma ineficiência econômica, diante da absorção dos valores indenizatórios pelas empresas aéreas, impondo estes custos a toda a sociedade.

INTRODUÇÃO



Desde os primórdios, o transporte aéreo de passageiros era visto pela sociedade como um estereótipo de status, já que se tratava de meio de transporte que, por envolver elevados valores pecuniários, era adstrito, inicialmente, somente a pequenas e determinadas classes sociais, uma vez que necessários investimentos tecnológicos, a permitir a conexão entre países e continentes e, conseqüentemente, uma relação dinâmica entre os mercados.

Mas, com a crescente globalização e a integração econômica internacional, esse meio de transporte desenvolveu-se de forma instantânea, ocupando uma posição de reconhecimento no contexto universal de produtos e serviços de alto valor agregado, destacando ser mais acessível a quase todas as classes da sociedade, possibilitando, assim, a qualquer pessoa, o desejo e o direito de desfrutar dessa forma de condução para qualquer lugar no mundo.

Contudo, há de admitir que o impacto econômico advindo deste tipo de transporte no mundo moderno é visivelmente expressivo, constituindo um dos maiores negócios integrados, perfazendo significativos números.

É que sempre houve por intermédio das autoridades aeronáuticas internacionais o zelo pela expansão e aperfeiçoamento das operações aéreas, principalmente com a normatização de regras gerais de observância obrigatória pelas companhias aéreas, bem como aqueles que envolvidos direta ou indiretamente com o sistema aéreo.

Ressalta-se, inclusive, que algumas alterações foram realizadas recentemente visando à simplificação dos textos legais, a fim de reduzirem as interferências excessivas dos governos, sempre em prol de níveis mais altos de eficiência e custos menores.

O que, por outro lado, também significou o surgimento de muitos pontos negativos, como a falta de mão de obra especializada, procedimentos ineficazes, ausência de segurança, entre outros, que acabaram por resultar em notórios acidentes fatais, que impulsionaram a conclusão quanto à necessidade de se adotar uma atitude imperiosa visando estabelecer normas de responsabilização, tanto para os transportadores quanto para usuários, em níveis local, nacional e internacional.

Assim, neste contexto, têm-se as normas jurídicas prescritas acerca da responsabilidade civil do transportador aéreo, que apesar de toda ingerência realizada desde o século passado, mas tendo em vista que ainda são frequentes os problemas envolvendo o serviço aéreo, tais como o extravio de bagagens, *overbooking*, incidentes e acidentes, cancelamento e atraso de voos, entre outros, se apresentam pertinentes e de aplicabilidade concreta.

Mesmo porque o grau de conscientização dos usuários do transporte aéreo quanto aos seus direitos e deveres sofreu, ao longo da história, sensíveis alterações e adequações em sua

concepção, o que revela uma evolução social nos princípios e valores que regem os indivíduos.

Tanto que, com o intuito de proteger os consumidores e estruturar os direitos e deveres atinentes ao consumo, os parlamentares promulgaram no direito brasileiro um ordenamento jurídico específico que versa sobre as relações consumeristas, o Código de Defesa do Consumidor, extraindo do Código Civil brasileiro a efetividade das regras atinentes aos conceitos, preceitos e características que diziam respeito ao serviço de transporte aéreo.

Tudo isso em razão de se pretender estabelecer, além do intuito protetivo, os direitos consumeristas com a mesma intensidade e consequência dos direitos da dignidade humana, tendo em vista a suposta ideia quanto à existência de um desequilíbrio contratual e social¹, o que, em contrapartida, acaba por desprestigiar os direitos fundamentais, ao invés de priorizar os conceitos inerentes ao direito civil no tocante ao consumidor.

Demais disso, as sólidas modificações em toda a conscientização social dos indivíduos não acarretaram benefícios para os passageiros, pois, ao contrário, geraram enormes prejuízos empresariais aos transportadores tendo em vista o surgimento de comportamentos imorais e oportunos que conduziram a uma penalização sem causa das empresas aéreas, compelidas ao pagamento de valores representativos de um enriquecimento ilícito dos passageiros de má-fé.

Deste modo, é que considerando as premissas apresentadas segue-se com a análise de toda a conjectura das normas jurídicas atinentes ao serviço de transporte aéreo nacional e internacional, evidenciando as características alusivas à responsabilidade civil do transportador aéreo e suas excludentes

¹ A Constituição Federal da República do Brasil recepcionou por meio do inciso XXXII, do artigo 5º, os direitos consumeristas como garantia fundamental ao consumidor. Vide CFBR, “Art. 5º (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

de responsabilização, tratando, inclusive, do ordenamento respeitante às relações consumeristas com o intento de enfrentar aspecto referente essencialmente à omissão visível da excludente força maior de todo e qualquer contrato de consumo.

Destaca-se ainda a ineficácia e equivocada aplicabilidade deste ordenamento nos contratos advindos da atividade aérea, como tem feito os magistrados brasileiros, inclusive sem qualquer aparato e fundamentos padronizados, já que clarividentes as divergências constantes das decisões, mas que acabam por acarretar perceptível desregulação e severos prejuízos para as companhias aéreas e, principalmente, à sociedade em geral, conforme será demonstrado.

Tudo isso para, em face da equivocada aplicabilidade das regras jurídicas pelo Judiciário brasileiro nos casos concretos, observar o contributo da análise econômica do direito e seus fundamentos sobre toda a conjectura das falhas de mercado existentes, que potencializam o comportamento oportunista e a maximização dos custos de transação, causando sua visível ineficiência, vez que os valores indenizatórios atinentes às condenações judiciais são integralmente inseridos na precificação das passagens aéreas, impondo os custos a toda sociedade, além de contrapor, principalmente, o entendimento de que o transporte aéreo seja um serviço de utilidade pública.

Concluindo, portanto, que o ordenamento jurídico a ser aplicado nos casos concretos sobrevividos de uma relação passageiro e transportador, a qual esteja presente a excludente força maior, é falho e omissivo, o que corrobora para uma ineficiência econômica sólida, tema que se mostra cada vez mais atual, pois se podem verificar, ainda hoje, além dos já tratados, vestígios jurisprudenciais confusos e divergentes, sobrevividos da conjuntura aduzida neste artigo, que retrata, sem dúvidas, que o setor aéreo e todos os agentes envolvidos neste negócio terão de se adequar à realidade posta para abeirar à compensação ótima, sem prejuízos para apenas uma das partes.

CAPÍTULO I

O TRANSPORTE AÉREO NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO E INTERNACIONAL

A princípio, para qualquer apreciação e/ou abordagem sobre o tema central do presente projeto, a fim de obter alguma situação conclusiva, faz-se extremamente necessário uma contextualização de aspectos fundamentais acerca do transporte aéreo, suas peculiaridades, além de todos os conceitos que envolvem este segmento de locomoção.

Para o êxito deste entendimento, utilizam-se como parâmetros jurídicos os ordenamentos e legislações nacionais e internacionais que explicitam e margeiam todos os pontos e circunstâncias sobre o assunto em questão, tais como, a atual Convenção de Montreal (CM), a Convenção de Varsóvia (CV), bem como legislações atinentes ao país que se destina, Brasil, como o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBAer)² e os Regulamentos³ da Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC)⁴.

É notório e manifesto que para que se compreendam as regras advindas da principal regulação normativa internacional, compactuada pela grande maioria dos países – CM de 1999 –, faz necessário a apresentação dos fundamentos históricos que originaram todo o desencadear sobre o transporte aéreo até o momento atual.

Assim, em meados de outubro de 1929, através dos argumentos oriundos e fundamentados pela *International Civil*

² Vide Lei n.º 7.595, de 19 de dezembro de 1986. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm.

³ Toda regulamentação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) está disponível em <http://www2.anac.gov.br/legislacao>.

⁴ A ANAC é a agência reguladora de competência do Governo Federal, cuja suas principais responsabilidades e competências são supervisionar e regulamentar administrativamente toda a atividade aviação civil no território brasileiro, tanto nos aspectos operacionais e administrativos quanto nos econômicos.

Aviation Organization (ICAO)⁵, foi anunciado pela primeira vez um conjunto de normas que versavam sobre as regras do transporte aéreo internacional, definindo e uniformizando preceitos da atividade aérea no mundo, a CV⁶, como também a regulação do contrato de transporte aéreo e a responsabilidade civil do transportador aéreo⁷.

Basicamente, a CV trata, de forma sistemática, acerca do objeto e definições inerentes à atividade aérea, transporte aéreo, responsabilidade parcial e total do transportador aéreo, bem como disposições relativas, gerais e finais comumente aos transportes.

A CV foi admitida no ordenamento jurídico brasileiro em 1931, por intermédio da promulgação do Decreto-Lei n.º 20.704⁸, efetivando, assim, para o direito interno, todas as normas e regras relativas ao transporte aéreo.

Contudo, diante de algumas obscuridades e lacunas permitidas pela CV, iniciaram-se em meados dos anos 50, os primeiros manifestos contrários a certos posicionamentos consentidos pelo ordenamento aéreo vigente à época, e, através da reunião de 1951 em Madrid e 1953, no Rio de Janeiro, o comitê jurídico da ICAO, no final de 1955, instituiu e publicou o Protocolo de Haia, admitido no Brasil em 1965, por intermédio do Decreto-Lei n.º 56.463⁹, que ingressou, primordialmente, com modificações e alterações relevantes no que respeita à responsabilidade civil do transportador aéreo e aos valores in-

⁵ A ICAO é uma organização de direito privado instituída durante a Convenção acerca da Aviação Civil Internacional, subscrita em Chicago (EUA) em 1944.

⁶ AA.VV. (2007), *Estudos do Direito Aéreo: I pós-graduação em direito aéreo e direito espacial*, Coimbra, Almedina, 41.

⁷ Almeida, Carlos Alberto Neves. (2010), *Do contrato de transporte aéreo e da responsabilidade civil do transportador aéreo*, Coimbra, Almedina, 48.

⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm.

⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D56463.htm.

denizat6rios aos passageiros¹⁰.

Apenas a t6tulo de informa77o, at6 1992, em que pese ser o maior e mais importante mercado na avia77o comercial, os Estados Unidos, n7o tinham ratificado o Protocolo de Haia, principalmente por entender que o valor indenizat6rio firmado e dispon6vel referente 77a responsabilidade civil do transportador face aos acidentes a6reos era insuficiente face ao regulamento interno norte-americano¹¹.

Com a recusa do governo americano em subscrever o Protocolo de Haia, indistintamente, corroborou para o surgimento de dois grandes grupos no cen77rio da avia77o comercial: os chamados “*Estados Podres*”, aqueles pa6ses que consistiam ser a popula77o que gozava de eventuais seguros de pouco valor perante as coberturas indenizat6rias e os Estados mais favor77veis de suas riquezas, pois poderiam aplicar seguros mais elevados e significantes¹².

Mas, no decorrer dos anos, existiram alguns acordos e regulamentos que agregaram e complementaram a CV, como por exemplo, a Conven77o Suplementar de Guadalajara (CSG) assinada em 1961, que acrescentou no ordenamento principal os significados e sentidos das figuras jur6dicas do transportador, seja “*contratual ou de facto*”, bem como dos seus respectivos dependentes¹³. Essas modifica77es complementares advindas CSG foram acolhidas e aprovadas pela legisla77o brasileira no Decreto-Lei n.º 60.967, promulgado no dia 07 de julho de 1967¹⁴.

Todavia, sendo ainda assente as muitas diverg77ncias sobre os limites valorativos e fundamentais acerca da responsabilidade civil do transportador a6reo, a ICAO promoveu, uma vez mais, a incita77o e o desenvolvimento de uma melhora

¹⁰ AA.VV. (2007), 43.

¹¹ AA.VV. (2007), 43 e 45.

¹² AA.VV. (2007), 43-44.

¹³ Almeida, C.N.A. (2010), 55-57.

¹⁴ Dispon6vel em <http://www.senado.gov.br/legislacao>.

normativa nas regras internacionais do direito aéreo, aprovando, em 1971, o Protocolo de Guatemala que alterou os limites da responsabilidade civil, como também a implantação de medidas atinentes aos passageiros e seus direitos¹⁵.

Entretanto, com a antiga aversão do sistema norte-americano perante algumas normas e lacunas existentes na então CV, a *Civil Aviation Board* (CAB), órgão americano que regula a aviação civil nacional, iniciou um movimento no intuito de produzir um ordenamento normativo que pudesse regulamentar e disciplinar ainda mais a aviação internacional e suprir as omissões existentes, o que resultou, em 1966, no “Acordo de Montreal”, que alterou e moderou, principalmente, os limites de responsabilidade das empresas aéreas, os direitos de tráfego e os deveres dos passageiros¹⁶.

Não obstante o surgimento do Acordo de Montreal ainda existiam intensos debates e controvérsias entre diversas autoridades aeronáuticas internacionais acerca de omissões pertinentes ao assunto e dos limites do valor indenizatório face à responsabilidade civil do transportador aéreo, o que, além de provocar insatisfações e desentendimentos, acarretou graves descumprimentos do regulamento subscrito pelos países, além da aplicabilidade de medidas arbitrárias desempenhadas e executadas pelas próprias empresas aéreas, ou mesmo por acordos promovidos e originados pela IATA¹⁷ (*International Air*

¹⁵ AA.VV. (2007), 44-45.

¹⁶ AA.VV. (2007), 45-47.

¹⁷ A IATA é uma organização que unifica e incorpora todos os processos e procedimentos advindos das principais empresas aéreas mundiais e dos agentes absorvidos nesse mercado. As principais funções da IATA são a proteção e defesa dos interesses dos seus representados, garantindo e assegurando a segurança na prestação dos serviços aéreos desenvolvidos, incentivar a cooperação e a concorrência leal entre as companhias aéreas, entre outras, a fim de garantir a realização plena do transporte aéreo internacional. Em abril de 2012, a IATA possuía cerca de 240 (duzentos e quarenta) companhias aéreas, em mais de 126 (cento e vinte e seis) países, perfazendo aproximadamente 85% (oitenta e cinco por cento) de todo o tráfego aéreo internacional. Disponível em <http://www.iata.org>.

Transport Association)¹⁸.

Assim, diante dos numerosos e duradouros debates sobre o assunto, do surgimento de outros regulamentos que pouco acresceram o Acordo de Montreal, como os Acordos de Malta em 1976 e 1987 e os Acordos IATA em 1995 e 1996¹⁹, com a considerável influência e ingerência dos EUA, tendo em vista a excessiva quantidade de jurisprudência produzida sobre o direito aéreo, além da representatividade das empresas aéreas por intermédio da IATA e, principalmente, sob os auspícios do comitê jurídico da ICAO, tem-se em 1999, de imediato para combater e impedir a proliferação dos descumprimentos de normas aeronáuticas, a publicação do atual ordenamento jurídico internacional que regula todas as normas referentes à atividade aérea, a CM, que reestruturou todos os preceitos, regras e sanções da CV de 1929²⁰, vigorando na ordem jurídica internacional no dia 04 de novembro de 2003, conforme estipulara a própria regulamentação (item 6, Artigo 53)²¹.

Esta Convenção foi ratificada e admitida pelo direito brasileiro em 2006, por intermédio do Decreto-Lei n.º 5.910²², suprimindo a necessidade que se fazia à época quanto alguns assuntos jamais prescritos e explicitados em qualquer outro regulamento aeronáutico, bem como, aquietou as divergências que insistiam em existir em razão dos valores indenizatórios acerca da responsabilidade civil do transportador aéreo, assegurando, principalmente, a proteção dos interesses dos consumidores através de uma indenização equitativa.

¹⁸ AA.VV. (2007), 46.

¹⁹ Almeida, C.N.A. (2010), 90-98.

²⁰ AA.VV. (2007), 47.

²¹ Convenção de Varsóvia, Artigo 53: “*This Convention shall enter into force on the sixtieth day following the date of deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession with the Depositary between the States which have deposited such instrument. An instrument deposited by a Regional Economic Integration Organization shall not be counted for the purpose of this paragraph.*”

²² Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm.

Todavia, faz-se imprescindível mencionar que a CM não foi ratificada e aderida por todos os países que compactuaram com a CV²³. Assim, a atividade aérea, em suma, abrangendo o regime de responsabilidade do transportador aéreo internacional, é regulada por dois ordenamentos jurídicos: a CV e a CM, que, na íntegra, ambos, no âmbito da responsabilidade civil, versam acerca do transporte aéreo internacional²⁴.

Sendo que, segundo dados da ICAO, até o final de 2011, 103 (cento e três) países dos 191 (cento e noventa e um) Estados-Membros já haviam ratificado a CM como regulamento principal do transporte aéreo internacional, incluindo Brasil e Portugal²⁵, enquanto os demais 87 (oitenta e sete) países aplicam a CM como seu principal ordenamento.

§ 1. O CONCEITO DE TRANSPORTE AÉREO

Diante da síntese de entendimentos e contextualizações inerentes ao objetivo deste projeto, apresenta-se, a seguir, o conceito de transporte aéreo explicitado por alguns autores e pelas normas oficiais que regulam toda a atividade aérea.

Em suma, a modalidade de transporte aéreo consiste em um serviço de utilidade pública, podendo ser nacional (doméstico) ou internacional, de livre satisfação do usuário individual, mediante uma remuneração voluntária àquela parte que realizou todo o trajeto. Ou seja, é a perspectiva social do Estado ante uma parte provedora de condições específicas que asseverem um bem estar na sociedade na possibilidade de qualquer cidadão usufruir o direito de ir e vir para qualquer destino acessível, isto através de um pagamento pecuniário que satisfaçam

²³ AA.VV. (2007), 49.

²⁴ AA.VV. (2007), 50. “O fundamento do sistema, sem prejuízo de reconhecer a unidade do fenómeno ressarcitório, se encontra no campo contratual: deriva do incumprimento da obrigação de segurança, fundamental no complexo das consequências jurídicas dos contratos de transporte.”

²⁵ Disponível em <http://www.icao.int>.

todos os custos depreendidos por essa parte provedora, bem como a sua sustentabilidade empresarial face ao mercado que se destina.

Em um sentido mais específico e conceitual, a CV de 1929, primeiro texto normativo a abordar sobre este assunto e com a finalidade de criar a ordem e uma uniformização quantos aos direitos e deveres das partes contratuais envolvidas na relação jurídica do transporte aéreo internacional, sendo reestruturada e adaptada pela atual CM de 1999, conceituou e definiu, com a redação do Protocolo de Haia de 1955, o Transporte Aéreo Internacional como *“todo transporte em que, segundo estipulações das partes, o ponto de partida e o ponto de destino, haja ou não interrupção do transporte ou transbordo, estão situados quer no território de duas Altas Partes Contratantes, quer no território de uma só Alta Parte Contratante, se está prevista uma escala em território submetido à soberania, suserania, mandato ou autoridade de outra Potência mesmo não Contratante”*²⁶.

Por outro lado, o CBAer define o transporte aéreo doméstico (nacional), em seu artigo 215, como o transporte que se movimenta em “pontos de partida, intermediários e de destino” dentro do território nacional.

Como se observa, não há qualquer conflito entre o CBAer e a CM no tocante ao conceito de transporte aéreo, seja na-

²⁶ Conforme Carlos Alberto Neves Almeida aborda, a transcrição em língua portuguesa foi realizada em sua total integralidade do texto oficial em língua francesa que ora segue: *“Est qualifié "transport international", au sens de la présente Convention, tout transport dans lequel, d'après les stipulations des parties, le point de départ et le point de destination, qu'il y ait ou non interruption de transport ou transbordement, sont situés soit sur le territoire de deux Hautes Parties Contractantes, soit sur le territoire d'une seule Haute Partie Contractante, si une escale est prévue dans un territoire soumis à la souveraineté, à la suzeraineté, au mandat ou à l'autorité d'une autre Puissance même non Contractante. Le transport sans une telle escale entre les territoires soumis à la souveraineté, à la suzeraineté, au mandat ou à l'autorité de la même Haute Partie Contractante n'est pas considéré comme international au sens de la présente Convention”*. Almeida, C.N.A. (2010), 49-50.

cional e/ou internacional, respectivamente, restando clara a aplicação da norma jurídica atinente a cada um deles para o correspondente meio e especificidade de locomoção.

Assim, conclui-se que toda forma de locomoção aérea em que duas partes tratam e ajustam entre si as condições específicas no que compete individualmente os direitos e deveres a cada uma delas, através de um contrato formal, torna-se um transporte aéreo.

§ 2. O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

Inicialmente, é imprescindível demonstrar que a expressão “contrato” provém do latim *contratus* ou *contrahere*, abordado no sentido estrito com o significado de um acordo ou convenção firmada entre as vontades de dois ou mais particulares, conforme a ordem jurídica, destinada a constituir uma regulamentação de interesses de natureza patrimonial, com o objetivo de adquirir, resguardar, transferir, modificar, conservar ou extinguir direitos²⁷, e no sentido amplo, como um instrumento que viabilize qualquer negócio jurídico, instituindo obrigações e direitos entre as partes e, gerando assim, efeitos jurídicos em caso de qualquer descumprimento.

O contrato em si define-se, de forma inequívoca, como uma associação de dois ou mais desejos através de um acordo formal de duas ou mais pessoas, tendo em vista determinado objeto, e sua validade pressupõe fundamentalmente as partes serem capaz e o objeto ser lícito²⁸, além de a forma ter de ser prescrita e não vedada por qualquer ordenamento jurídico.

Neste sentido, o contrato específico de transporte foi definido e conceituado pela a autora Maria Helena Diniz²⁹ como

²⁷ Beviláqua, Clóvis. (1916), *Código civil comentado*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 240.

²⁸ Monteiro, Washington de Barros. (1998), *Curso de direito civil*, V.3, 34ª ed., São Paulo, Saraiva, 5.

²⁹ Diniz, Maria Helena. (2006), *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade*

aquele “*contrato entre o transportador e a pessoa que vai ser transportada (viajante ou passageiro) ou a pessoa que entrega o objeto ou a notícia (remetente ou expedidor)*”.

Mas, no tocante ao transporte aéreo, o contrato peculiar desenvolvido para este mercado consiste no acordo em que um indivíduo, na figura do transportador, obriga-se mediante um pagamento ou não de eventual valor, a conduzir (transportar) com segurança e presteza, por via aérea, determinado bem (carga) ou pessoa (passageiro), dentro do próprio Estado ou de um Estado para o outro.

Logo, para um melhor entendimento das peculiaridades e características do contrato de transporte aéreo, faz-se a explicitação dos elementos inerentes a toda relação existente, desde a efetiva constituição do transportador até a “*entrega*” do passageiro e/ou carga no local de destino acordado em condições incólumes. Assim, um dos elementos necessários ao acordo jurídico de transporte aéreo são as partes intervenientes desta relação e o objeto a que se destina o contrato³⁰.

Entende-se que aquele indivíduo que adquiriu a responsabilidade para desempenhar todo o percurso de transporte da carga e/ou passageiro configura-se, habitualmente, como transportador, enquanto que na outra parte da relação jurídica está o indivíduo propriamente dito a ser conduzido ou o contratante que confia e assegura uma carga ao transportador, para que este proceda à locomoção e entrega no destino contratado.

No mesmo contexto, o objeto deste contrato de transporte aéreo abrange a “*prestação do serviço de condução, sendo dois os atributos que caracterizam essa prestação: (a) a capacidade para mover ou deslocar geograficamente pessoas ou objectos; e (b) a especificidade do meio usado nessa condução ou deslocação*”³¹.

civil, V.7, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 479.

³⁰ Almeida, C.N.A. (2010), 22-39.

³¹ Almeida, C.N.A. (2010), 21.

Em continuação as particularidades do contrato de transporte aéreo, outras são as características atinentes a esta modalidade de contrato necessárias para se compreender essa espécie contratual, como ser:

a) Bilateral ou Sinalagmático, pois decorrem da natureza onerosa ou gratuita do contrato em questão, estabelecer direitos e obrigações e gerar efeitos para ambas as partes intervenientes, salvo o transporte não remunerado que se provirá de um contrato unilateral³².

b) Oneroso, tendo em vista que ambas as partes contratuais contraem responsabilidades e obrigações³³.

c) Comutativo, pois com a efetividade do contrato em questão surgem obrigações mútuas, estabelecidas neste instrumento contratual, delimitando indubitavelmente o equilíbrio entre as partes, ou seja, ao transportador impõe-se o dever de prestar o serviço de transporte e ao usuário ou terceiros de efetuar o pagamento dos valores correspondentes à operação realizada³⁴.

d) Consensual, tendo em vista que pode ser firmado por uma simples manifestação e aceitação, ou seja, não se exige uma forma peculiar para se consolidar uma relação jurídica de transporte³⁵.

e) Principal e/ou Acessório, já que se refere ao transporte de passageiro e/ou carga, trata-se de contrato principal, mas quanto ao transporte da bagagem do usuário, é um contrato acessório, uma vez que dependerá da execução do principal, assumindo o transportador a responsabilidade por ambas as

³² Almeida, C.N.A. (2010), 23. Gomes, Orlando. (2000), *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 308.

³³ Em via de regra, o contrato de transporte aéreo comercial é entendido pela grande maioria de ser sempre um contrato do tipo oneroso, pois a remuneração face à condução é um elemento necessário à relação jurídica, conforme destaca Carlos Alberto Neves Almeida, (2010), 22-23.

³⁴ Gomes, O. (2000), 308.

³⁵ Almeida, C.N.A. (2010), 22.

características do contrato³⁶.

f) De Execução Duradora, haja vista que o transporte, mesmo persistindo transitoriamente, encarta o cumprimento de obrigação de transportar de execução instantânea, pois essa se prolonga no tempo de forma continuada. Assim, por intermédio da eficácia de lei, o transportador sofre com a imposição legal no que pertine à assistência e proteção ao passageiro contratante, bem como a custódia e salvaguarda da(s) bagagem(ns) despachada(s) pelo usuário e/ou carga transportada³⁷.

g) Formal, Típico e Especial, uma vez que o instrumento contratual e suas condições específicas ou não estão previstos e regulados por um ordenamento jurídico especial de eficácia legal³⁸.

h) De adesão, sendo que esta característica margeia e determina a formalização de contratos fixos, tendo em vista que as condições gerais particulares, delimitadas pelas empresas aéreas através das cláusulas contratuais, são uniformes e permanentes, com tarifas e taxas invariáveis, não sendo passíveis de quaisquer alterações³⁹. Assim, ou os usuários acolhem e aprovam todas essas cláusulas e condições na sua integralidade ou rejeitam-nas. “*Há uma espécie de preponderância da vontade de um dos contratantes*” (trata-se da vontade da companhia aérea)⁴⁰.

Deste modo, o contrato de transporte aéreo inicia-se no momento da adesão por parte do usuário e extingue-se no momento em que o transportador aéreo efetiva o traslado no local desejado pela parte interveniente, findando-se assim as obrigações e responsabilidades deste transportador.

No ordenamento jurídico brasileiro, o contrato de trans-

³⁶ Gomes, O. (2000), 308-309.

³⁷ Almeida, C.N.A. (2010), 23-24.

³⁸ Almeida, C.N.A. (2010), 24.

³⁹ Gomes, O. (2000), 308.

⁴⁰ Almeida, C.N.A. (2010), 24. Gonçalves, Carlos Roberto. (2007), *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. V.4, São Paulo, Saraiva, 200.

porte aéreo está respaldado e explicitado por meio de dois regulamentos: o novo Código Civil⁴¹ (CC), promulgado através da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seu artigo 730, e o CBAer⁴², promulgado através da Lei n.º 7.595, de 19 de dezembro de 1986, em seu artigo 222, sem com isso afastar atuação das autoridades aeronáuticas, que por intermédio de suas funções, regulam administrativamente assuntos pertinentes ao contrato de transporte aéreo.

Por fim, não obstante, celeuma que ainda será tratada, também como legislação específica que versa sobre a relação jurídica de consumo existente nesse tipo de contrato, cita-se o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que demonstra ser um “contrato de prestação de serviços com uma obrigação de resultado”, sendo o transportador entendido como fornecedor e o usuário do serviço que se destina, como consumidor, “seja qual for o fim que pretende o deslocamento”⁴³.

§ 3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO

Ultrapassado o introito conceitual de transporte aéreo e considerando o objetivo central deste projeto, faz-se visivelmente necessário o enfoque da responsabilidade civil atinente ao transportador nos ordenamentos jurídicos internos e internacionais.

Ressalta-se, contudo, que o tratamento da responsabili-

⁴¹ Código Civil, “Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

⁴² CBAer, “Art. 222. Pelo contrato de transporte aéreo, obriga-se o empresário a transportar passageiro, bagagem, carga, encomenda ou mala postal, por meio de aeronave, mediante pagamento.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm.

⁴³ Marques, Cláudia Lima. (2002), *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 4.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 374.

dade civil neste tópico será abordado consubstanciado restritamente no que previsto pelo CC e CBAer, deixando para o capítulo seguinte a análise detida quanto à fundamentação das premissas estabelecidas no CDC, tendo em vista a sua aplicação nos casos concretos pelos magistrados.

Assim, antes de prosseguir diretamente na explicitação acerca do regime de responsabilidade civil do transportador aéreo, cumpre tratar a respeito da sua natureza e origem à luz dos textos normativos advindos da CV e CM.

Em suma, qualquer responsabilidade civil busca de forma eficaz restabelecer dentro do ornamento jurídico a reparação em torno do dano sofrido, solucionando os impasses e efeitos absorvidos através do dever de indenizar, isto é, um parâmetro de equiparação a qualquer indivíduo lesado, levando ao lesante arcar com as despesas oriundas do risco causado àquela pessoa ou ao patrimônio de outrem.

Mesmo que haja uma divergência pacífica entre os autores que se dedicam a este assunto, a teoria dualista ou clássica da responsabilidade civil é predominantemente a atual, sendo caracterizada em duas categorias quanto à natureza e à origem, preconizando a responsabilidade civil contratual ou obrigacional e a responsabilidade extracontratual ou extra-obrigacional.

Para o autor Carlos Alberto Neves de Almeida, a responsabilidade civil contratual ou obrigacional advém de um inadimplemento das obrigações estipuladas no próprio instrumento firmado e ajustado entre as partes. Ou seja, esse tipo de responsabilização é aquela que “*resulta da violação de uma relação obrigacional ou de direitos de crédito de natureza relativa ou privativa, isto é, previamente existente entre o lesante o lesado*”⁴⁴. Assim, é entendido pura e simplesmente pela “*inexecução das obrigações*” diante de uma fonte consensual expressa denominada contrato⁴⁵.

⁴⁴ Almeida, C.N.A. (2010), 355.

⁴⁵ Vicente, Dário Moura. (2001), *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito*

Por outro lado, o autor supracitado define a responsabilidade civil extracontratual ou extra-obrigacional como uma violação ou transgressão de deveres ou de vínculos jurídicos gerais, de deveres de conduta impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos, ou na prática de certos atos que, embora lícitos, produzem danos a outrem. Esta responsabilização sustenta-se na “*inexecução dos deveres gerais*”, sem quaisquer pressupostos específicos relacionados às partes contratuais⁴⁶.

Entretanto, a doutrina clássica entende que existe uma distinção visível entre as duas espécies de responsabilidade civil, tanto no que pertine à imputabilidade subjetiva, quanto à culpabilidade como elemento constitutivo da mesma. Assim, quanto à atribuição subjetiva, para a responsabilidade civil contratual é expressamente necessário e essencial a capacidade jurídica contratual, implicando na validade jurídica do contrato, pois não existindo esta, anula-se o contrato, não podendo prosseguir com qualquer responsabilidade. Em contrapartida, a responsabilidade civil extracontratual não depende de nenhuma capacidade jurídica do agente contratual para que se faça valer a eficácia e validade do contrato firmado⁴⁷.

No que concerne à culpabilidade como elemento constitutivo da responsabilidade civil, o autor Carlos Alberto Neves de Almeida sustenta que a responsabilidade obrigacional analisa, normalmente, a culpa em “*concreto*”, enquanto que na responsabilidade extracontratual a apreciação da culpa se dá, em geral, em análise “*abstrata*”⁴⁸. Para o autor Dário Moura Vicente essa diferença entre as duas espécies de responsabilidade civil (contratual e extracontratual) preconiza-se entre o “*dever de prestar e o dever de indenizar a cargo do devedor inadim-*

Internacional Privado, Coimbra, Almedina, 108.

⁴⁶ Almeida, C.N.A. (2010), 355-356 e Vicente, D.M. (2001), 108-109.

⁴⁷ Almeida, C.N.A. (2010), 357-358.

⁴⁸ Almeida, C.N.A. (2010), 358.

plente”⁴⁹.

Dentro das diretrizes de culpabilidade, a doutrina clássica da responsabilidade civil aborda dois tipos distintos, a responsabilidade objetiva, aquela que, em suma, se discute tão somente a teoria do risco, sem mencionar a teoria da culpa, visando sempre a reparação do dano no intuito de ressarcir os prejuízos materiais ou extrapatrimoniais, independente da culpa ou dolo do agente do delito. E em outra dimensão existe a responsabilidade subjetiva, que consiste na veemência em comprovar a existência de culpa ou dolo para que assim possa surgir a obrigatoriedade de qualquer ressarcimento.

Neste sentido, o autor Carlos Alberto Neves Almeida entende que a responsabilidade contratual assemelha-se a responsabilidade objetiva, tendo em vista que a constituição de provas para a apreciação e inquirição da defesa (na intenção de afastar a culpa do lesante face ao dano causado) não é importante nem necessária, pois o dever de reparar é obrigatório. Ao contrário da responsabilidade extracontratual (responsabilidade subjetiva), pois nesta existe a apreciação de todos os elementos constitutivos que envolvam as provas quanto aos atos praticados que resultou o dano ao lesado.

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil objetiva⁵⁰ é pautada expressamente no CC, em seu artigo 927, parágrafo único, entendendo que somente a presença do dano e o nexo de causalidade são suficientes para o agente delituoso ser obrigado a reparar o prejuízo causado, enquanto que a responsabilidade civil subjetiva⁵¹ se encontra respalda na apli-

⁴⁹ Vicente, D.M. (2001), 108.

⁵⁰ Vide CC, “Art. 927. (...) Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

⁵¹ Vide CC, “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar

cabilidade dos artigos 186 e 927, *caput*, do CC, na fundamentação dos três principais elementos: a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

Deste modo, superados os conceitos, características e peculiaridades da responsabilidade civil em termos gerais, aproxima-se a responsabilidade civil do transportador aéreo sob a ótica dos textos normativos advindos dos ordenamentos jurídicos internacionais que a regulam no contexto aéreo (CV e CM).

A CV, conforme já abordado neste projeto, foi o ordenamento precursor que acompanhou e regulou toda a atividade do transporte aéreo comercial desde sua origem. Dedicou um capítulo inteiro ao regime de responsabilidade civil do transportador aéreo, instituindo expressamente as seguintes espécies: a “responsabilidade civil do transportador por danos de morte ou lesões corporais, bem como por perda, danificação ou atraso de bagagens ou de mercadorias, assente em presunção de culpa” e a “responsabilidade civil ilimitada se o lesado fizer prova da verificação de dolo ou culpa grave do transportador ou dos seus propositos”, conforme sustenta a autora Maria da Graça Trigo⁵².

Entretanto, existiram diversos motivos conflituosos entre os Estados que ratificaram essa Convenção, como mencionado em capítulos anteriores, que circundavam acerca da responsabilidade civil, principalmente no que consistia aos valores dos limites máximos indenizatórios face os valores arbitrados nos tribunais americanos, o que culminou em uma série de reformas até ser instituída a atual CM.

Assim, no ínterim entre todas as reformas efetuadas no texto normativo do Sistema de Varsóvia e a efetiva promulgação da CM, o regime de responsabilidade civil, diante dos pa-

dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

⁵² Trigo, Maria da Graça. (2003), “Responsabilidade civil do transportador aéreo: a Convenção de Montreal de 1999 constitui um marco histórico”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, V.4, Coimbra, 819.

tameres valorativos a título indenizatório, preconizou-se em duas vertentes, a “responsabilidade objectiva do transportador até ao montante de 100.000 DSE⁵³ por passageiro” e “para além desse montante, responsabilidade ilimitada do transportador aéreo com culpa presumida”⁵⁴.

Com a instituição e ratificação da CM pela grande maioria dos Estados (antes pactuantes do Sistema de Varsóvia) e pelos EUA, o maior causador da discórdia e problemática em torno da responsabilidade civil, no que evidenciava os valores indenizatórios atinentes ao transporte aéreo, o regime de responsabilidade foi dividido, primeiramente, pela caracterização dos danos ocasionados, onde de um lado tinham-se os danos considerados graves (morte ou lesão corporal) e de outro lado, os danos alusivos a atrasos no voo ou relativos a bagagens (extravio, deterioração, etc.) ou mercadorias (carga em geral).

Deste modo, para os danos que resultassem em morte ou lesão corporal, a responsabilidade das empresas aéreas foi mantida com o mesmo critério do Sistema de Varsóvia, ou seja, objetiva até o montante de 100.000 DSE por passageiro (artigos 17.º, n.º1 e 21.º, n.º1) e subjetiva com a presunção de culpa do transportador quando for superior ao montante mencionado anteriormente (artigos 17.º, n.º1 e 21.º, n.º2), segundo a autora Maria da Graça Trigo⁵⁵.

No que pertine aos demais danos (atrasos, cancelamentos, extravios), a mesma autora menciona que a CM admite como regime de responsabilidade civil aquele por culpa presumida do transportador, com a fixação dos limites indenizatórios máximos, sendo que esses limites impostos poderão ser afasta-

⁵³ DSE (Direito de Saque Especiais) ou SNR (*Special Drawing Rights*) é um ativo de reserva internacional, criado pelo FMI em 1969 para completar as reservas dos seus países membros oficiais. Disponível em <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/sdr.htm>

⁵⁴ Trigo, M.G. (2003), 821.

⁵⁵ Trigo, M.G. (2003), 823. Todas as formas de responsabilidade civil quanto aos danos descritos neste parágrafo encontram-se disponíveis em sua versão original em <http://www.dot.gov/ost/ogc/Montreal1999.pdf>.

dos pelo agente contratual lesado caso haja a comprovação de que o agente lesante provocou e ocasionou o dano por dolo ou culpa grave.

Assim, Maria da Graça Trigo explicita que o atual ordenamento jurídico internacional delimita as seguintes formas: a “responsabilidade com presunção de culpa (ilidível) pelos danos resultantes de atraso no transporte de pessoas, até o limite de 4150 DSE por passageiro (arts.19.º e 22.º, n.º 1)”, a “responsabilidade com presunção de culpa (ilidível) na destruição, perda, danificação ou atraso na entrega, de mercadorias, até o limite máximo de 1.000 DSE por passageiro (arts. 17.º, n.º2; 19.º; 22.º, n.º 2)” e a “responsabilidade com presunção de culpa (ilidível) na destruição, perda, danificação ou atraso na entrega, de mercadorias, até o limite máximo de 17 DSE por cada quilo da mercadoria em causa (arts. 18.º; 19.º; 22.º, n.º 3)”⁵⁶.

Ademais, a autora aborda que os limites máximos apontados nessas responsabilidades anteriores podem ser inutilizáveis no momento da conclusão do processo indenizatório se ficar comprovado que o(s) agente(s) lesante(s) agiram e ocasionaram o dano com dolo ou “de forma imprudente” e com a “consciência de que poderia ocorrer o dano” (artigos 22.º, n.º5)⁵⁷.

Ainda, o ordenamento jurídico aéreo vigente no Brasil (CBAer) preconiza e regula a responsabilidade civil contratual do transportador aéreo inicialmente subdividindo-a quanto à tipicidade geográfica do transporte, ou seja, define-se o amparo legal a ser empregado nos casos de reparação de danos causados tanto para os transportes nacionais quanto os internacionais.

Logo, para aqueles transportes aéreos enquadrados como internacionais obedecerão todas as normas e regras estipuladas e descritas na Convenção Internacional vigente (CM), enquan-

⁵⁶ Trigo, M.G. (2003), 823-824.

⁵⁷ Trigo, M.G. (2003), 825.

to, os transportes aéreos configurados como nacionais (ou domésticos), utilizam-se das fundamentações e explicitações de acordo com o CBAer ou os Regulamentos da ANAC, estes indiretamente inspirados nas Convenções e Tratados internacionais.

As autoridades brasileiras instituíram na legislação aérea um capítulo específico sobre a responsabilidade civil das empresas deste ramo, tendo em vista a complexidade deste assunto no tocante ao transporte propriamente dito e a problemática face os valores indenizatórios desde os primórdios da CV, razão pela qual o CBAer delimita à responsabilidade quanto aos danos ocorridos durante a vigência do contrato de transporte (arts. 246 a 251).

Por outro lado, evidencia a responsabilização das companhias aéreas no que tange os danos decorrentes de morte, lesão corporal e atrasos no transporte, devidamente tipificados no artigo 256, da legislação supra, podendo, no entanto, o transportador aéreo se eximir do dever de reparar os eventuais danos causados, caso as circunstâncias que originaram e findaram em um prejuízo sofrido estejam previstos e enquadrados no parágrafo 1.º, deste mesmo artigo⁵⁸.

Acompanhando o teor dos dispositivos internacionais que regulam o transporte aéreo, o CBAer acolheu o sistema de limitação à responsabilidade civil das transportadoras, visando proteger a atividade-fim das empresas aéreas, bem como fomentar o mercado aéreo, pelo que, instituiu em seu artigo 257, um limite máximo valorativo nos casos tipificados no artigo

⁵⁸ Vide CBAer, “Art. 256. O transportador responde pelo dano decorrente: I - de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque; II - de atraso do transporte aéreo contratado”; (...) § 1º O transportador não será responsável: a) no caso do item I, se a morte ou lesão resultar, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro, ou se o acidente decorrer de sua culpa exclusiva; b) no caso do item II, se ocorrer motivo de força maior ou comprovada determinação da autoridade aeronáutica, que será responsabilizada”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm.

anterior (morte, lesão e atraso do transporte)⁵⁹.

Todavia, considerando o enfoque principal deste projeto, que consiste também na análise da responsabilização advinda de atraso e/ou cancelamento de voo, tem-se que a ANAC, por regulamento aeronáutico, determinou os deveres obrigacionais das empresas aéreas nas ocorrências que originem a procrastinação momentânea ou a efetiva inexistência do dever de transportar por meio da Resolução n.º 141, de 09 de março de 2010⁶⁰.

Em síntese, o regulamento administrativo acima delimita e aplica as obrigações que o transportador aéreo é compelido a promover em casos de cancelamento e/ou atraso, a fim de minimizar os danos causados aos passageiros. Prevê, portanto, uma assistência material obrigatória por parte das empresas aéreas, como, por exemplo, as facilidades de comunicação (telefone, internet, fax), a alimentação adequada, a acomodação em hotéis, os traslados, a acomodação, o reembolso, entre outros, durante o período de atraso ocasionado por qualquer motivo plausível ou não, independente das excludentes de responsabilidade descritas a seguir.

Sendo que, neste mesmo sentido, previu o CBAer, no dispositivo tipificado no artigo 230, que versa acerca da assistência material, que o transportador é obrigado a diligenciar a favor do passageiro⁶¹.

⁵⁹ Vide CBAer, “Art. 257. A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm.

⁶⁰ Disponível em <http://www2.anac.gov.br/biblioteca/resolucao/2010/RA2010-0141.pdf>.

⁶¹ Vide CBAer, “Art. 230. Em caso de atraso da partida por mais de 4 (quatro) horas, o transportador providenciará o embarque do passageiro, em vôo que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, se houver, ou restituirá, de imediato, se o passageiro o preferir, o valor do bilhete de passagem”. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm)

Pelo que se pode desde logo adiantar e concluir, não obstante outras serem as considerações que ainda serão ventiladas, a hipótese de responsabilidade civil do transportador aéreo, assumindo a obrigatoriedade de indenizar ou reparar um dano, se calharem, mesmo que momentâneo, em vista dos fundamentos já explicitados.

§ 3.1 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Como mencionado, dentro das diretrizes de responsabilidade do transportador aéreo é inequívoca a apresentação e menção sobre as excludentes de culpa, principalmente para afastar o ensejo da condenação indenizatória por danos extrapatrimoniais acerca da má prestação de serviço no caso de atraso e/ou cancelamento de voo.

Neste sentido, dedica o presente projeto tópico a respeito dos tipos de excludentes da responsabilidade do transportador, evidenciando a CM e os dois ordenamentos jurídicos brasileiros que apontam para o assunto, CC e o CBAer, sem com isso poder afastar legislação especial brasileira, que explicita e cita acerca das excludentes de responsabilidade em meio as relação jurídicas de consumo, o CDC, destaque do capítulo seguinte.

Assim, salienta-se que no próximo capítulo será abordada a interpretação, conceitos e fundamentos de alguns autores a respeito da responsabilidade civil na seara do CDC, bem como as excludentes, com o intuito de compará-lo às normas e regras dos outros ordenamentos jurídicos internos e confrontá-lo com a legislação internacional.

Antes mais, tem-se que as hipóteses de excludentes⁶² de

⁶² A hipótese de excludente de responsabilidade civil do transportador referente à força maior está explicitada no artigo 737. Àquela que se refere ao fato exclusivo da vítima dispõe no artigo 738, parágrafo único. E por fim, àquela hipótese que versa sobre o fato de terceiro está prevista no artigo 735. Todos os amparos legais são do Código Civil. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm).

responsabilidade que o novo CC apresenta são a força maior, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro, circunstâncias que têm a capacidade de atenuar ou isentar a responsabilidade civil dos prestadores desse tipo de serviço, mas que, atendo-se ao proposto, serão analisados os casos de atraso e/ou cancelamento de voo em que envolvidos apenas a força maior, não havendo maiores aprofundamentos quanto ao fato de terceiro e fato exclusivo da vítima, explicitados tão somente conceitualmente para um entendimento geral e intuitivo.

Neste diapasão, a CM apenas delimitou as excludentes de responsabilidade civil em duas circunstâncias, quando afasta a responsabilidade subjetiva do transportador aéreo, quais sejam, em caso de fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro, uma vez que a excludente força maior está projetada no entendimento de que não existem medidas a serem adotadas pela companhia, que pudessem impedir e/ou prevenir quaisquer causas e efeitos que resultassem em dano ao passageiro, tornando-se assim questões impossíveis de se prever ou precaver⁶³.

Na realidade o ordenamento jurídico internacional suscitou dois pensamentos na jurisprudência, aquele que compactuava de forma restritiva, ou seja, determinava que para que o transportador se eximisse da responsabilidade do dever de indenizar em casos de dano teria que apresentar os meios de prova da causa exata do prejuízo arguido, pois sem essas provas o transportador aéreo não poderia declarar a “exoneração” prevista no artigo 19 da Convenção, e, por outro lado, existia a jurisprudência extensiva que determinava ao transportador a apresentação das provas que realizou todas as diligências ne-

⁶³ Vide CM, “Artigo 19: O transportador é responsável pelo dano ocasionado por atrasos no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga. Não obstante, o transportador não será responsável pelo dano ocasionado por atraso se prova que ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medidas”. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm.)

cessárias e razoáveis para que houvesse a execução contratual sem prejuízos entre as partes, sem a demonstração efetiva de culpa⁶⁴.

E, deste modo, no contexto interno, CC e CBAer explicitam duas das excludentes de responsabilidade civil tipificadas nas convenções internacionais, além de outra hipótese, a força maior, circunstâncias que serão sensivelmente demonstradas a seguir.

§ 3.1.1 FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA⁶⁵

Acerca do tipo de excludente de responsabilidade “fato exclusivo da vítima”, o CC fundamenta, em seu artigo 738, parágrafo único, que “*A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço. Parágrafo único. Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá eqüitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido*

⁶⁴ Roland, Beatriz. (2008), “Responsabilidade civil das transportadoras aéreas em vôos internacionais: um estudo comparado entre Brasil e Portugal”, in *Portugal, Brasil e o Mundo do direito*, Coimbra, 300-301.

⁶⁵ A CM explicita sobre esta excludente em seu Artigo 20, que versa: “*Se o transportador prova que a pessoa que pede indenização, ou a pessoa da qual se origina seu direito, causou o dano ou contribuiu para ele por negligência, erro ou omissão, ficará isento, total ou parcialmente, de sua responsabilidade com respeito ao reclamante, na medida em que tal negligência, ou outra ação ou omissão indevida haja causado o dano ou contribuído para ele. Quando uma pessoa que não seja o passageiro, pedir indenização em razão da morte ou lesão deste último, o transportador ficará igualmente exonerado de sua responsabilidade, total ou parcialmente, na medida em que prove que a negligência ou outra ação ou omissão indevida do passageiro causou o dano ou contribuiu para ele. Este Artigo se aplica a todas as disposições sobre responsabilidade da presente Convenção, inclusive ao número 1 do Artigo 21*”. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm.)

para a ocorrência do dano”⁶⁶.

Neste mesmo sentido, o CBAer tipificou, no artigo 256, II, §1º, alínea “a”, a isenção de responsabilidade por parte do transportador aéreo perante o fato exclusivo da vítima nos casos de morte ou lesão do passageiro⁶⁷.

Logo, diante das informações contidas nos alusivos positivos, do texto normativo, tem-se que o passageiro terá de cumprir e seguir rigorosamente todas as regras e instruções descritas e impostas pelas empresas aéreas, pois uma vez configurada a ação e/ou omissão de quaisquer passageiros como um ato causador e resultante de um evento danoso que prejudique, na íntegra ou parcialmente, a si próprio ou a outrem, exige o transportador de quaisquer ressarcimentos à(s) vítima(s).

Neste caso, não existe a relação causa e efeito entre a conduta praticada pelo agente e o dano sofrido, o qual a vítima terá de suportar. A vítima deverá arcar com todo o prejuízo advindo do ato cometido, pois o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não há que mencionar nexo causal entre a ação e a lesão.

§ 3.1.2 FATO DE TERCEIROS⁶⁸

Outra hipótese de excludente de responsabilidade do transportador é “o fato de terceiro”, previsto no artigo 735 do CC, nos termos que “A *responsabilidade contratual do trans-*

⁶⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

⁶⁷ Vide CBAer, “Art. 256. O transportador responde pelo dano decorrente: § 1º O transportador não será responsável: a) no caso do item I, se a morte ou lesão resultar, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro, ou se o acidente decorrer de sua culpa exclusiva;” (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm).

⁶⁸ A CM explicita sobre esta excludente em seu Artigo 21, item 2, alínea “b”, que versa: “2. O transportador não será responsável pelos danos previstos no número 1 do Artigo17, na medida em que exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, se prova que: b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro”. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm.)

portador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva". Ou seja, no caso de qualquer acidente decorrido, devidamente comprovado, por culpa ou dolo de terceiro, o transportador poderá ser a princípio ser responsabilizado, obrigado a ressarcir ou reparar o dano existente a alguém, mas sendo salvaguardado pelo direito de ação de regresso.

Em analogia a este dispositivo, aqueles atrasos e/ou cancelamentos oriundos de uma ordem judicial ou advinda de quaisquer autoridades públicas, que não comprovarem a culpa do transportador, não podem por si só responsabilizá-lo, ensejar o dever de reparar qualquer dano contraído por outro, pois justamente por se tratar de fato de terceiro, exime a sua culpabilidade, uma vez que garantido o direito de ação de regresso.

Para a autora Maria Helena Diniz existem quatro características imprescindíveis que configura essa excludente de responsabilidade, sendo essas a existência do nexos causal, onde o dano tenha ligação direta ao fato de terceiro em uma relação de causa e efeito; que o fato de terceiro não deve ter sido ocasionado pelo ofensor, salvo se existir comprovação por parte do ofensor de que houve culpa exclusiva de terceiro; que o fato de terceiro seja ilícito e que o episódio tenha sido inevitável e imprevisível⁶⁹.

Nessa diretriz, o CBAer tipificou, no artigo 256, II, §1º, alínea "b" e 264, I, as características inerentes a isenção do transportador aéreo em responder por eventuais danos causados por fato de terceiros, devendo estes serem responsáveis pelos prejuízos absorvidos.

Assim, nos casos concretos advindos desta hipótese de excludente, em sua grande maioria, as companhias aéreas indenizam o passageiro que contraiu o dano, promovendo posteriormente ação regressiva em face daquele terceiro causador do dano ocorrido, que ficará obrigado a ressarcir todas as perdas

⁶⁹ Diniz, M. H. (2003), 104.

das empresas aéreas.

Portanto, o fato de terceiro se caracteriza como motivo de isenção do dever de reparar qualquer dano suportado pela vítima, quando não sobrevém o menor resquício de culpa por parte do agente ofensor, mas, ao contrário, culpa de outrem (terceiro), pois deve ter sido imprevisível e inevitável para ambas as partes.

§ 3.1.3 FORÇA MAIOR

Trata-se de excludente importante e necessária de ser evidenciada, tendo em vista ser um dos pontos elencados nesse projeto como fato primordial a efetiva isenção de responsabilidade civil do transportador aéreo.

Deste modo, para a autora Maria Helena Diniz a força maior advém dos acontecimentos naturais derivados da natureza, como, por exemplo, tempestades, tornados, erupções vulcânicas, etc., que comprometem a segurança da atividade a ser desempenhada, resultando no incumprimento da obrigação contratada e gerando eventuais danos a uma das partes, que no caso consiste no passageiro⁷⁰.

É, nessa esteira, obstáculo ao efetivo cumprimento da obrigação, pois se trata de fato face ao qual é totalmente impotente a qualquer pessoa, já que não pode ser evitado, tampouco impedido pelo transportador por simples fundamento de não ser agente regulador ou incitador dessas situações e eventos climáticos ou atmosféricos.

O CC, em seu artigo 393 e parágrafo único, caracteriza e aborda de maneira fática a excludente força maior perante a responsabilidade civil, senão vejamos. “*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*

⁷⁰ Diniz, M. H. (2003), 105.

*no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*⁷¹, bem como através da regra tipificada no artigo 737.

Em sede de transporte aéreo, o CBAer admite a hipótese de excludente força maior, prevista para o caso de atraso, por intermédio dos dispositivos já explicitados anteriormente, 256, §1º, alínea “a” e 264, I, desde que devidamente comprovado que a causa que originou o atraso era inequivocamente impossível de ser prevista, evitada e impedida⁷².

Desta forma, a isenção de responsabilidade pelos danos causados por motivos de força maior tem amparo se a obrigação de ressarcimento decorre de acontecimento que escapa ao poder do agente, haja vista sua gênese em ser fato estranho, razão pela qual a consequência lógica é o afastamento do dever de reparação. Assim, a relação intrínseca do dever de reparar por parte do transportador aéreo terá lugar quando o fato tiver relação direta com os riscos relativos à prestação de serviço de transporte.

CAPÍTULO II

O TRANSPORTE AÉREO E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Como mencionado, importante tratar do CDC no que tange o transporte aéreo, por ser legislação na maioria das vezes aplicada pelos tribunais, não obstante também haver o CC e o CBAer em semelhante sentido.

Entretanto, superada a questão acima, a criação e institui-

⁷¹ O conceito de caso de força maior para o autor Almeida Costa versa naquela ocorrência que “*tem subjacente a ideia de inevitabilidade: será todo o acontecimento natural ou acção humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pode evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências*”. Costa, Mario Júlio de Almeida. (2000), *Direito das Obrigações*, 8ª ed., Coimbra, Almedina, 990-992.

⁷² Vide CC, “Art. 737. O transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior”. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm).

ção do CDC no contexto geral trouxe dispositivos referentes à responsabilidade civil antes regrada tão somente pelo CC, com adendos por algumas legislações específicas, e que imputava basicamente a responsabilidade subjetiva, ou seja, àquela que comprovasse a culpa do agente causador do dano ao consumidor.

Entretanto, a forma como tratada a responsabilidade civil até aquele momento, como subjetiva, se mostrou insuficiente e ineficaz ante as inúmeras relações de consumo na sociedade. Desta maneira, se fazia essencial e necessário, um ordenamento jurídico que visasse as vontades e os interesses materiais e extrapatrimoniais de todos os consumidores com o intuito “em colocar à disposição das partes, instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva”, delimitando um equilíbrio entre os direitos e obrigações de ambas as partes, sem se apegar a situação socioeconômica, sejam elas fornecedor/prestador de serviço, seja consumidor⁷³, pois era nítido que antes da vigência do CDC existiu um expansão das relações jurídicas de consumo, bem como uma redução da concorrência entre os mercados, tendo em vista o surgimento de diversas formas de mercado (monopolista, oligopolista, etc.), que reduziram a liberdade de escolha do consumidor, desencadeando, assim, uma desigualdade e desequilíbrio entre as partes.

Na realidade, existia uma preocupação do poder constituinte com os direitos do consumidor, o que ocasionou, mais tarde, a inclusão da defesa e proteção dos interesses dos mesmos na Constituição Federal da República do Brasil (CFBR) como uma garantia fundamental, conforme artigo 5º, XXXII⁷⁴.

Contudo, por mais que a inclusão dos direitos do consumidor tenha sido importante e protetiva, devido ao desequilí-

⁷³ Marques, C.L. (2002), 44.

⁷⁴ Vide CFBR, “Art. 5º (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

brio contratual e social existente, torná-los garantias fundamentais foram o mesmo que promover conflitos no contexto geral e indutivo do próprio conceito de direito fundamental, pois asseverar constitucionalmente que os direitos do consumidor são similares em causas, efeitos e consequências com os direitos de dignidade da pessoa humana é desprestigiar e/ou menosprezar mais os direitos fundamentais do que maximizar e priorizar os conceitos inerentes ao direito civil no tocante ao consumidor⁷⁵.

Entretanto, superada também este ponto, com esta titulação, o CDC se tornou um ordenamento jurídico com normas pautadas na defesa dos consumidores, razão pela qual suas regras e princípios gerais aplicam-se em todo o sistema jurídico brasileiro, independente da espécie de negócio jurídico celebrado e que não poderão, em momento algum, serem alterados por quaisquer legislações posteriores que abordem algo que envolva uma relação consumerista⁷⁶.

Assim, diante do surgimento do novo regulamento que versava sobre a relação jurídica de consumo e suas atribuições e as novas ordens constitucionais, o transporte aéreo adequou-se a essas regras específicas previstas no CDC, ajustando a configuração jurídica do transporte aéreo à realidade e necessidades da sociedade brasileira, impondo limites aos “privilégios” outorgados pela normatização internacional, como a CM, e ampliando e desenvolvendo os direitos das partes vulneráveis na relação jurídica de consumo existente.

Nessa esteira, inclusive, acerca do alcance da aplicação prática das normas do CDC e o transporte aéreo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotou o entendimento de que os limites indenizatórios presentes na CV acerca da responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem não prosperam e/ou se aplicam frente às relações jurídicas de cunho

⁷⁵ Otero, Paulo. (2001), “A democracia totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária: a influência do totalitarismo na democracia do século XXI”, Cascais, Principia Pub. Universitárias e Científicas, 154-155.

⁷⁶ Marques, C.L. (2002), 222-224.

consumerista, devendo ser obrigatoriamente utilizadas como fundamento de reparação dos danos sofridos, os dispositivos previstos no CDC⁷⁷.

Razão pela qual, verificar-se-á toda a relação e aproximação existente entre o consumidor, na figura do passageiro, e o prestador de serviço, na figura do transportador, delimitando conceitos e especificidades e margeando a aplicabilidade da jurisprudência dos tribunais brasileiros em casos concretos.

§ 4. O CONCEITO DE CONSUMIDOR AÉREO

Primeiramente, é evidente apontar que a caracterização de uma relação jurídica de consumo dentro da atividade aérea exige a configuração simultânea entre o consumidor (passageiro) e fornecedor (transportador), com o único propósito de prestação de serviço, tendo o consumidor como destinatário final.

Sendo que, para compreender essa relação necessário explicitar o conceito de consumidor aéreo, que o CDC faz alusão ao tratar do que seja consumidor através do artigo 2º, caput, que estabelece ser “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”⁷⁸.

Ou seja, a caracterização do consumidor em uma relação de consumo provém da conceituação de “destinatário final”, que seria aquela pessoa física ou jurídica que se utiliza de ser-

⁷⁷ “Não é possível a aplicação da indenização tarifada prevista na Convenção de Montreal à empresa de transporte aéreo, na hipótese de extravio de bagagem ocorrido na vigência do Código de Defesa do Consumidor - CDC, porque está pacificado na Segunda Seção desta Corte o entendimento de que deve ser aplicado o CDC nos casos de responsabilidade do transportador aéreo pelo extravio de bagagens ou cargas, tanto em viagens nacionais quanto internacionais, desde que o evento danoso tenha acontecido após a vigência da lei consumerista, devendo, inclusive, haver reparação integral do prejuízo”. (STJ, 4ªT., EDcl no Ag. n.º 1237206/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 01/07/2011). Nesse sentido: STJ, 4ªT., REsp 552553/RJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 01/02/2006, p.561.

⁷⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm.

viços como destinatária final, com o intuito de atender a sua necessidade pessoal e própria, excluindo a utilização para outros fins⁷⁹.

No que concerne ao conceito de destinatário final, a autora Cláudia Lima Marques⁸⁰ aborda que deve ser interpretado conforme o sistema de “tutela especial” prevista no CDC, isto é, deve estar atento ao problema do desequilíbrio entre o fornecedor e o consumidor, bem como deve ser levada em consideração a real “finalidade” da norma do artigo 4º do CDC⁸¹. Assim, mesmo que a pessoa física ou jurídica não preencha a característica de destinatário final econômico do produto ou serviço, ela poderá, desde que reconhecida a sua vulnerabilidade⁸², ser considerada consumidor, para fins de aplicação das regras protetivas do CDC.

Por outro lado, o autor Roberto Senise Lisboa sustenta que a vulnerabilidade do consumidor não implica, necessariamente, na sua hipossuficiência, por isso o CDC deixa a critério e arbítrio do julgador o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor, “segundo as regras ordinárias de experiência”, conforme o inciso VIII, do artigo 6º, do CDC. Deste modo, tendo em vista ser um conceito jurídico indeterminado, o julgador deve se orientar pela analogia, costumes e pelos princípios gerais do direito, bem como se atentar para o fim social

⁷⁹ Neste sentido, o STJ reconheceu a “relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público” com a “empresa que comercializa com pescados”. A “empresa utiliza o produto como consumidora final.” (REsp 263229/SP, Rel. Min. José Delgado).

⁸⁰ Marques, C.L. (2002), 252-256.

⁸¹ Vide CDC, “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (...)” (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm).

⁸² Vide CDC, “Art. 4º (...) I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm).

previsto no dispositivo acima, para que possa integrar a norma diretamente ao caso concreto⁸³.

Evidencia-se, portanto, que o CDC ao determinar a equiparação⁸⁴ das pessoas como consumidor, parágrafo único do artigo 2º, ampliou o campo de atuação deste ordenamento jurídico, vez que tornou este dispositivo uma norma genérica e interpretativa que protege terceiros⁸⁵.

Todavia, não obstante o artigo 2º, caput, do CDC, a conceituação desse tipo de consumidor também é associada a um elemento teleológico enfatizado pela legislação consumerista, como prevê o §2º, do artigo 3º, ao tratar acerca da remuneração realizada pelo consumidor com o intuito de promover o serviço desempenhado pelo fornecedor⁸⁶. Ou seja, para que exista uma relação jurídica de consumo, a prestação do serviço terá que ter sido realizada de maneira onerosa, pois o consumidor, no caso da atividade aérea, adquiriu o serviço de transporte mediante o pagamento de uma remuneração ao transportador aéreo, para que se concretizasse o traslado, excluindo, então, do conceito de serviço, a atividade não remunerada.

Assim, conclui-se que seria o consumidor aéreo, com fulcro na legislação consumerista, aquela pessoa física ou jurídica, com inegável vulnerabilidade técnica, jurídica e/ou econômica, configurada como destinatária final, não destinando o referido serviço aéreo à revenda ou ao insumo de atividade econômica (sem visar lucro), mas que adquire o serviço de

⁸³ Lisboa, Roberto Senise. (2001), *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 88-89.

⁸⁴ Vide CDC, “Art. 2º (...) Parágrafo Único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm).

⁸⁵ Marques, C.L. (2002), 254-257.

⁸⁶ Vide CDC, “Art. 3º (...) § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm).

transporte aéreo, mediante o pagamento pela prestação do traslado, ao transportador.

§ 5. A RESPONSABILIDADE CIVIL FACE À DEFESA DO CONSUMIDOR

Desta maneira, face ao entendimento do que seja o consumidor aéreo, possível averiguar as explicitações do CDC sobre a responsabilidade civil, que em seus artigos 12 e 14, apresenta-se como objetiva, ou seja, aquela que exige que o agente causador dos danos, tenha o dever de indenizar a vítima, independentemente da existência de culpa⁸⁷.

Vê-se, então, que o CDC diverge do CC, pois trata especialmente do caráter objetivo da responsabilidade civil, enunciando o fundamento de que a falha nos deveres e obrigações do prestador de serviço pode implicar em prejuízos morais ou materiais, os quais obrigatoriamente deverão ser reparados, uma vez que se trata de um dever jurídico. Dessa forma, constatado o fato que gerou o dano, proveniente de uma relação de consumo caberá ao responsável ocasionador do prejuízo a sua reparação, não havendo qualquer necessidade do consumidor apresentar provas da culpa pelos danos causados durante a prestação de serviço.

Na realidade, o ordenamento jurídico consumerista provocou um verdadeiro conflito revolucionário no que atina as obrigações de responsabilidade civil no Direito, impondo sub-

⁸⁷ Vide CDC, “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm).

versivamente a metodologia objetiva em todos os casos que envolvem e prognosticam uma relação de consumo, independente de ser produto ou serviço, a fim de proteger, de forma privilegiada, a parte supostamente mais fraca, visando evitar, claramente, abusos dos fabricantes, fornecedores e/ou prestadores de serviços, todos estes considerados visivelmente mais fortes em relação àqueles.

Por conseguinte no Direito Aéreo, o CDC alterou e incitou o fundamento de responsabilidade associado a uma relação de consumo, independente de ser contratual ou não, impondo o dever de responder por quaisquer incolumidades advindas de culpa ou não do transportador ao viajante.

Logo, a intenção subjetiva pouco importa para o CDC, pois esta não faz parte dos critérios determinantes no momento de se condenar à reparação do dano, já que, havendo ou não a pretensão de lesar, o que interessa é apenas a existência do prejuízo, e por isso, o causador é obrigado a repará-lo.

Razão pela qual, configurada a relação existente entre passageiro e transportador como uma relação jurídica de consumo, o autor Sergio Cavalieri Filho menciona que não há o que se olvidar que constatado o fato que gerou dano ao passageiro, caberá à empresa aérea a reparação, sem haver a necessidade de o consumidor apresentar prova da culpa, pois, pela teoria do risco, o transportador assume o dano em razão da atividade que realiza⁸⁸.

Com isso, decorreu do CDC a orientação predominante na doutrina e na jurisprudência no sentido de que a responsabilidade a ser aplicada seria a objetiva, permitindo aos julgadores

⁸⁸ Neste sentido, Sérgio Cavalieri aduz: “Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco do negócio. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como risco-proveito (...)”. Filho, Sérgio Cavalieri. (2000), “O direito do consumidor no limiar século XXI”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais n.º 35, 105.

abdicar de quaisquer outras fontes teóricas para assegurar uma maior proteção ao consumidor⁸⁹.

Interessante realçar a observação realizada por Roberto Senise Lisboa no sentido de que a responsabilidade objetiva é “uma velha teoria cuja existência antecede o surgimento da teoria da responsabilidade subjetiva. No direito primitivo, a força e a vingança à luz da justiça retributiva eram o seu fundamento. Em nada se assemelha essa velha teoria à responsabilidade objetiva atualmente prevista nas legislações específicas e no CDC, exceção feita ao fato de não se discutir a existência ou inexistência de culpa ou dolo do responsável. A atual teoria da responsabilidade objetiva substitui a orientação primitiva da retaliação e do individualismo formal pela justiça distributiva e pela solidariedade social”⁹⁰.

Semelhante é o posicionamento apresentado pelo autor português João Calvão da Silva, que defende algumas justificativas para a responsabilidade objetiva do fornecedor/prestador de serviços na legislação portuguesa (Decreto-Lei n.º 383/89), mas que se adéquam perfeitamente à lógica do CDC, tais como, a) a *disseminação do risco de dano pela sociedade*, feita, indiretamente, pela maior disponibilidade do produtor fazer o seguro de suas atividades; b) *dissuasão e controle do risco*, ou seja, a responsabilidade objetiva induz o produtor à máxima segurança dos seus produtos; e c) redução de *custos*, pois a responsabilidade objetiva, pela sua exigência e certeza, diminuiria os litígios judiciais⁹¹.

Entretanto, essas justificativas não se encaixam em ne-

⁸⁹ Neste viés, a autora Cláudia Lima Marques demonstra que a “insuficiência” dos conceitos de culpa, como ocasionadores da responsabilidade civil, consiste na principal razão pela qual o CDC afasta a responsabilidade assente na culpa, favor da imposição de uma “responsabilidade legal do fornecedor”, seja aquele que possui o vínculo contratual com o consumidor ou aquele que o vínculo é apenas a cadeia dos fornecedores. Marques, C.L. (2002), 536-562.

⁹⁰ Lisboa, R.S. (2001), 22-23.

⁹¹ Silva, João Carlos da. (1999), *Responsabilidade Civil do Produto*, Coimbra, Almedina, 1999, 525-532.

nhum momento nos casos concretos que aqui se pretende analisar, uma vez que os fatos ocasionadores que geraram um dano ou prejuízo sofrido não foram provocados pelo transportador, foram fatos imprevisíveis e inevitáveis ao prestador do serviço, que nem a eventual contratação de seguro e o máximo zelo nos serviços prestados não poderiam evitá-los.

Ademais, no que concerne a redução de custos, o que se tem é justamente o contrário, pois o acréscimo de litígios judiciais é nitidamente cada vez maior, principalmente nos últimos anos, tendo em vista o crescimento dos comportamentos oportunistas.

Assim, define o CDC que a responsabilidade do transportador é objetiva e que, em face de quaisquer motivos de incolumidade, tem a obrigação de resultado de conduzir o transportado de maneira salutar ao seu destino. Contudo, essa responsabilidade objetiva preconizada não é irrestrita, pois o ordenamento do consumidor também admite duas importantes razões que isentam o transportador de qualquer obrigação de reparar, como se trará abaixo.

§ 5.1 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE PREVISTAS NO CDC

As excludentes de responsabilidade civil tipificadas no CDC no que concerne a prestação de serviço estão previstas no § 3º, do artigo 14, pelo qual o fornecedor/prestador de serviço não é responsabilizado quando provar que o dano é inexistente, mesmo tendo prestado o serviço ou quando o dano existente adveio de culpa exclusiva da vítima ou fatos de terceiros.

Claro evidente, então, que o CDC diverge categoricamente do CC e do CBAer nos casos que envolvem uma relação de natureza jurídica de consumo, inclusive quanto às excludentes de responsabilidade civil, tendo em vista que o ordenamento consumerista omite uma das modalidades previstas nos or-

denamento anteriores, que isentam o fornecedor e/ou o prestador de serviço de quaisquer obrigações de reparação do dano sofrido.

§ 5.1.1 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

Deste modo, uma das razões que exonera o transportador de quaisquer ônus que pertine a sua responsabilidade de transportar de forma sã e incólume o transportado é a culpa exclusiva do passageiro, tal como tipificado no CC. Essa excludente afasta a responsabilidade do transportador, pois este não deu motivo a causar o evento dano, mas sim o próprio passageiro, que assim também responderá pelos danos causados a terceiros.

Todavia, havendo, qualquer participação do transportador, ainda que concorrente com a participação do passageiro causador, esta excludente exonerativa não será admitida, restando ao transportador responder solidariamente pelos danos causados, o que enfatiza o posicionamento da doutrina majoritária no sentido de que a culpa concorrente do passageiro não induz a redução da indenização devida pela companhia aérea.

§ 5.1.2 CULPA DE TERCEIROS

Lado outro, também seria fator de isenção do dever de indenizar do transportador, o fato exclusivo de terceiro, sendo o terceiro considerado qualquer pessoa diferente ao binômio transportador e passageiro, que não guarda nenhum vínculo jurídico com estes, de modo a torná-lo o efetivo responsável por quaisquer danos ocasionados, advindos de seus atos, direta ou indiretamente.

Nesta diretriz, tem-se até mesmo a súmula n.º 187, do Colendo Supremo Tribunal Federal no que tange à culpa de terceiro, que versa que a “responsabilidade contratual do trans-

portador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”⁹².

Sendo certo que, no teor da súmula citada, em nenhum momento o STF aborda a questão do dolo do terceiro, mas apenas a culpa, o que se ressalta tendo em vista que inicialmente os magistrados entendiam e obrigavam a companhia indenizar para que depois, em ação regressiva, recuperar o que despendeu, entendimento superado sobre a consideração de que o fato exclusivo de terceiro, mormente quando doloso, caracteriza fortuito externo, inteiramente estranho aos riscos do transporte⁹³.

§ 6. A VISÃO DO CDC PERANTE A EXCLUDENTE “FORÇA MAIOR”

Vê-se, então, que omisso o CDC no que refere à excludente força maior, pelo que não há que se olvidar que mister se faz tecer considerações acerca desta causa.

Para a maioria da doutrina, o CDC não admite a força

⁹²

Disponível

em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>.

⁹³ Nesse sentido se firmou a Corte do STF: EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL (SUMARISSIMO). ASSASSINATO DE PASSAGEIRO, EM VIRTUDE DE ASSALTO PRATICADO POR DESCONHECIDOS, NUM TREM DA REFERENCIA DURANTE A VIAGEM. ATO DE TERCEIRO EQUIPARAVEL A CASO FORTUITO. INEVITABILIDADE DO FATO E AUSÊNCIA DE CULPA DO TRANSPORTADOR. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO COM O CONTRATO DE TRANSPORTE. INCIDENCIA DO OBSTACULO PREVISTO NO ART. 325, INC. V, DO RISTF. ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA REJEITADA. INOCORRENCIA DE DIVERGENCIA COM A SÚMULA 187 DO STF, POR INEXISTIR NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ACIDENTE E O TRANSPORTE. ALEGAÇÕES DE OFENSA A LEI FEDERAL E DISSIDIO DE JURISPRUDÊNCIA NÃO APRECIADOS, PORQUANTO E DEFESO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO O SEU EXAME, SEM O PREVIO AFASTAMENTO DO OBSTACULO REGIMENTAL, PELA OCORRENCIA DAS RESSALVAS CONTIDAS NO 'CAPUT' DO ART. 325, DO RISTF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (STF, 2ªT., RE 109223/RJ, Rel. Min. DJACI FALCÃO, DJ 30/06/1986.

maior como causa excludente da responsabilidade civil com fulcro na fundamentação de que a responsabilidade objetiva não é compatível com motivos determinados de exclusão do dever reparatório de indenizar derivados da culpa, mesmo que na interpretação das regras consumeristas, as normas restritivas de direitos sejam interpretadas apenas de forma declarativa ou estrita⁹⁴.

Mas, embora tal causa descrita nos artigos das Convenções Internacionais, do CC e CBAer não tenha sido expressamente admitida no CDC, pelas razões expostas, inequívoco que não se pode acatar que esses acontecimentos, prescritos como forças físicas advindas da natureza, que se evadem de qualquer controle humano, sejam suprimidos ou omitidos do universo jurídico.

O que se questiona quando, independente do fundamento de que o fortuito externo ou a força maior estariam associados à imprevisibilidade e a inevitabilidade, doutrinadores, precisamente o autor Sérgio Cavalieri Filho, esclarecem que os fatos imprevisíveis e inevitáveis fazem parte da atividade do fornecedor / prestador de serviço, pois esses estão ligados aos riscos do empreendimento, “submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou formulação do serviço”⁹⁵.

O que, por consequência, afasta a doutrina, tal como se apresenta nesse projeto, que demonstra que o fortuito externo ou força maior, por ser um fato imprevisível e inevitável, está desassociado de qualquer organização empresarial, pois as causas que geraram o dano sofrido não se relacionam com os riscos da atividade desenvolvida pelo prestador de serviço, como por exemplo, os fenômenos da natureza.

Contudo, em que pese às discussões ainda efervescentes neste contexto, o que se deve ter em vista, como enunciado

⁹⁴ Lisboa, R.S. (2001), 271-273.

⁹⁵ Filho, Sérgio Cavalieri. (2007), *Programa de Responsabilidade Civil*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 474-476.

alhures, é que a já habitual aplicabilidade do CDC nos casos concretos que expõe as relações de consumo atinentes ao serviço aéreo, conforme se abordará no próximo assunto, é por demais questionável, seja em razão da existência de legislação própria e especial, seja em função de que toda a doutrina acima mencionada padece de sentido quando se verifica que tal ordenamento não prevê a excludente de responsabilidade civil, força maior, como hipótese de exoneração da responsabilização direcionada ao transportador.

Portanto, o que se verifica é que o CDC tem sido fundamento recorrente utilizado pelos tribunais brasileiros na dirimção dos conflitos aéreos, o que se apresenta desconforme a lógica jurídica, uma vez que existente legislação internacional (CV e CM) e normas específicas internas (CBAer) a tratarem do assunto, inclusive tipificando e prevendo a excludente força maior, omissão que não se faz coerente e por isso vastamente discutida e contestada, vez que não há como se apontar um nexos causal entre o comportamento do transportador e o dano experimentado pelos passageiros, ficando elidida a presunção de responsabilidade.

§ 7. O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

Considerando todo exposto, apresentam-se como premissas para a análise ora pretendida que o CC e o CBAer preveem três excludentes da responsabilidade civil do transportador aéreo, dentre as quais a força maior.

Sendo o objeto central do estudo, a força maior implica no afastamento do dever de indenização por justamente se tratar de situações imprevisíveis e inevitáveis, aspecto que por si só permite contestar ainda mais o posicionamento dos tribunais brasileiros, quiçá quando em vista que se remetem ao CDC.

Nesse sentido, tratam os julgadores à tese de força maior ou fortuito externo como forma de ilidir a responsabilidade do

transportador aéreo com isolamento, conforme se pode aprender das diversas jurisprudências, incluindo julgados pragmáticos publicados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Assim, apresentam como fundamentação genérica dos acórdãos e decisões monocráticas prolatadas, a necessidade do afastamento das normas do direito internacional (convenções), uma vez que estas são para o direito interno normas infraconstitucionais equivalentes à lei ordinária, portanto, perante o CDC, no que tange aos casos concretos que configuram relações respaldadas no direito do consumidor não devem prevalecer, uma vez que a constitucionalidade da proteção dos direitos consumeristas está prevista no inciso XXXII, artigo 5º, da Constituição da República⁹⁶, o que os elevam a garantias fundamentais, com proteção específica.

Neste prisma, aduzem que a “proteção ao consumidor é direito constitucional garantido nos artigos 5º, XXXII, da parte permanente e 48 do ADCT da CF/88, não pode prevalecer sobre o texto constitucional qualquer regra infraconstitucional, interna ou não, que estabeleça limitação ou tarifação da indenização, a título material ou moral, a que faz jus o consumidor”⁹⁷.

O STF pacificou o entendimento de que o princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica (Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica), afastando quaisquer normas especiais advindas de legislações acerca do transporte aéreo (Convenções Internacio-

⁹⁶ Vide CFBR, Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

⁹⁷ Vide jurisprudência: Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, Apelação N.º 0378336-59.2008.8.19.0001, Relatora: Des. Nanci Mahfuz, 2010.

nais, CBAer) que impliquem em retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo CDC, demonstrando que não cabe debate em qualquer instância acerca da sua correta aplicação do CDC ou sobre sua incidência, no caso concreto, em face do argumento quanto à existência de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial.

O que se tem, portanto, é que para a maioria absoluta dos juízes brasileiros, nos casos que envolvem relação de consumo, afastam-se as normas previstas nas convenções e acordos internacionais, tendo em vista, além das explicitações da Constituição Federal, os inegáveis “contornos consumeristas” que agregam a relação, por meio da caracterização dos passageiros como destinatários finais do serviço de transporte⁹⁸, o que julgam suficiente para a conclusão quanto ao dever de indenizar em caso de ocorrência de dano, vez que haveria nexo de causalidade entre este e o serviço defeituosamente prestado.

Ainda, suscitam o “risco inerente à atividade econômica”, “risco do negócio”⁹⁹ ou “risco do empreendimento”, com que justificam que o transportador está adstrito ao efetivo cumprimento de suas obrigações contratuais de transportar o consumidor, devendo serem suportadas quaisquer consequências ou danos ao passageiro.

Compartilha do entendimento que o transportador deve obrigatoriamente empreender esforços para diminuir tais ocorrências, cercando-se de medidas preventivas eficazes, a fim de evitar que quaisquer transtornos ocorram durante a prestação do serviço contratado¹⁰⁰, pois tão somente nos casos que envolvam as excludentes de responsabilidade civil das companhias aéreas previstas no CDC (culpa exclusiva da vítima e fatos

⁹⁸ Vide jurisprudência: Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, Apelação N.º 0190690-66.2009.8.19.0001, Relator: Des. Mauro Dickstein, 2010.

⁹⁹ Vide jurisprudência: Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, Apelação N.º 0025603-50.2008.8.19.0209, Relator: Des. Gilberto Dutra Moreira, 2010.

¹⁰⁰ Vide jurisprudência: Brasília, Superior Tribunal de Justiça, Agravo em Recurso Especial n.º 133348, Relator: Min. Raul Araújo, 2012.

de terceiros) é que não teriam o dever de indenizar.

Dessa forma afirmam, em vista que no seu entendimento as empresas aéreas possuem amplos recursos tecnológicos que podem prever com razoável antecedência eventual risco, o que lhes permitiriam cumprir com o dever de informações aos passageiros, prestando justificável tratamento aos contratantes¹⁰¹.

Portanto, observa-se uma existência aparente de conflito entre os textos normativos tidos, à primeira vista, como especiais, ou seja, tem-se o impasse de saber qual a legislação aplicável à espécie, se são as normas especiais do transporte aéreo, Convenção de Varsóvia/Convenção de Montreal, Código Brasileiro de Aeronáutica e Código Civil, ou o Código de Defesa do Consumidor.

Mas, se diz aparente justamente porque não consideraram os julgadores todos os pontos atinentes ao objeto deste trabalho, limitando-se à afirmativa reiterada e infundada quanto à aplicação do CDC.

Ora, a subsidiar o defendido, ressalta-se que as convenções e acordos internacionais, como os Protocolos de Haia e Montreal, decorreram de acordos firmados pela União Federal, com observância do princípio da reciprocidade, e não foram levados em conta pelo Colegiado¹⁰².

Não obstante recentes julgados do STF terem reconhecido a aplicação de convenções internacionais, ainda é predominante a jurisprudência brasileira que apoia a prevalência do CDC nas demandas indenizatórias, tais como, as ações de passageiros contra empresas aéreas, nas ações de ressarcimento por danos à carga, dentre outras que envolvam o serviço aéreo.

Lado outro, lançam mão do significado da excludente de

¹⁰¹ Vide jurisprudência: Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, Apelação N.º 0190690-66.2009.8.19.0001, Relator: Des. Mauro Dickstein, 2010.

¹⁰² Vide CFBR, “Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

responsabilidade civil força maior, que são justamente fatos inevitáveis e inesperados que causam os danos em questão, não havendo qualquer intervenção do transportador aéreo, razão pela qual não podem sequer fazerem parte do “risco inerente à atividade econômica”.

Demais disso, aplicam o CDC como norma compatível para solucionar os casos concretos em voga, quando além de erroneamente omissivo¹⁰³ quanto à excludente em causa, existentes legislações específicas nessa seara como o CC e o CBAer, que deveriam prevalecer pela máxima de que a norma especial afasta a geral¹⁰⁴.

Neste diapasão, não restam dúvidas que, ao contrário do que tentam pacificar, não é o CDC a lei adequada para a solução dos litígios que envolvem o passageiro e o transportador aéreo, e sim a legislação específica, que, no caso de força maior, determina, de maneira acertada, o dever de não indenizar eventuais danos.

Logo, a aplicação do CDC nas demandas indenizatórias que versam sobre transporte aéreo, nacional ou internacional, além de contrariar as disposições mais recentes e específicas do CC, viola frontalmente as determinações do CBAER e nega vigência à CV e CM.

O que prejudica o Brasil no cenário da aviação civil internacional, ao negar a aplicabilidade aos tratados

¹⁰³ O Ministro Eros Grau no recurso extraordinário n.º 351.750 demonstra acerca da vigência das legislações específicas ao transporte aéreo e àquela protetiva aos direitos do consumidor que: “Assim, o que resultou no § 2º do art. 2º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil é que a lei nova --- qualquer que seja ela, geral ou especial --- não revoga nem modifica a lei anterior quando estabelecer disposições a par das já existentes”. (*apud* Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, v. 1, São Paulo, Max Limonad, 1960, p. 392.)

¹⁰⁴ Ainda, no RE n.º 351.750, o Ministro enfatiza que: “Consumado o juízo de comparação, teremos o Código de Defesa do Consumidor é lei especial em relação ao Código Civil. Não obstante, se o compararmos com o Código Brasileiro de Aeronáutica e com as disposições da Convenção de Varsóvia, teremos ser ele lei geral em relação --- repito para deixar bem claro --- ao Código Brasileiro de Aeronáutica e às disposições da Convenção de Varsóvia”.

internacionais dos quais é signatário e já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, do mesmo modo que acaba por negar o princípio da justiça social, vez que impõe cegamente o dever de reparar em contrapartida as excludentes existentes, em especial a força maior, da responsabilidade civil do transportador e suas limitações estabelecidas pela legislação especial brasileira.

CAPÍTULO III

O CONTEXTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO AÉREO

Antes de adentrar e explicitar a responsabilidade civil sob a ótica da análise econômica do direito faz-se necessário entender que este método investiga e pesquisa os institutos de ordenamentos jurídicos fora do contexto de Economia, porém introduz fundamentos e conceitos abrangentes ao sistema econômico, ou seja, é a aplicabilidade de métodos, instrumentos teóricos e empíricos econômicos (concorrência, preços e lucros, eficiência, distribuição de rendimento, etc.), bem como outras matérias afins, para ampliar, desenvolver e compreender as instituições jurídicas, através do aprimoramento e percepção de normas jurídicas atinentes à sociedade, desde a origem até os últimos efeitos¹⁰⁵.

No caso deste projeto visa-se, pelo prisma econômico, demonstrar e solucionar litígios judiciais que se relacionam com a eficiência do direito positivo, além da observância quanto aos gastos e custos para a efetivação dos institutos jurídicos respectivos, no intuito de se alcançar uma melhor decisão, ou seja, eventuais intervenções judiciais que gerem menos impactos.

¹⁰⁵ Mackaay, Ejan. (1999). *History of Law and Economics*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, V.1, The History and Methodolog of Law and Economics, 65-66.

Assim, para o estudo direito-economia, a responsabilidade civil trata-se, na verdade, da “área do direito privado com elevado impacto potencial sobre o sistema econômico”, que articula “poderosos instrumentos de internalização” e de retificação de falhas funcionais do sistema de mercado, consolidada nas externalidades negativas¹⁰⁶.

Neste aspecto, para os autores Robert Cooter e Thomas Ulen, os “economistas descrevem os danos que ocorrem fora dos acordos privados como externalidades”, ou seja, “o propósito econômico da responsabilidade por ilícitos culposos é induzir os autores a internalizar os custos dos danos que podem ocorrer mesmo na adoção de cuidado. O direito dos ilícitos culposos internaliza estes custos fazendo com que o autor compense a vítima”¹⁰⁷.

Deste modo, define o autor Vasco Rodrigues, no que tange as externalidades, como sendo “*custos ou benefícios que as actividades de algum agente impõem a terceiros que não por via do sistema de preços*”, o que se denomina externalidades negativas, objeto deste trabalho, conforme se observa no parágrafo seguinte¹⁰⁸.

Logo, no presente estudo tem-se que mesmo configurada eventual excludente de responsabilidade ocorrendo condenações judiciais, faz-se necessário à saúde financeira das companhias aéreas a incorporação desses riscos no orçamento anual provisionado, sendo projetado categoricamente na precificação das passagens aéreas, demonstrando visivelmente ser uma ex-

¹⁰⁶ Mattei, Ugo. (1998), *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 240-242

¹⁰⁷ Cooter, Robert & Thomas Ulen. (2008), *Law and Economics*, 5ª ed., Boston, Pearson Education, 325-326.

¹⁰⁸ Rodrigues, Vasco. (2007), *Análise Económica do Direito – uma introdução*, 1ª ed. Coimbra, Almedina, 42. Neste mesmo sentido, o autor Fernando Araújo demonstra que as externalidades consistem naquelas que se evidenciam como efeitos secundários do consumo sobre os interesses de terceiros, gerando custos que podem ser dificilmente calculados. (Araújo, Fernando. (2005), *Introdução a Economia*. 3ª ed., Coimbra, Almedina, 543 e ss.)

ternalidade negativa, pois a empresa aérea, como agente econômico, impõe os custos advindos das indenizações no resultado financeiro da sua atividade, em que pese afetando contrariamente a sociedade em geral, tornando-se uma falha de mercado, além de contrapor o entendimento que o transporte aéreo consiste em um serviço de utilidade pública.

Nesse entendimento, a externalidade negativa leva o mercado em questão a internalizá-la, ocasionando a sua ineficiência, de modo a fazer com que os agentes econômicos considerem, em seus cálculos, o equilíbrio entre custos e benefícios privados e custos e benefícios sociais.

Contudo, a par do exposto, vê-se que os tribunais brasileiros tem acatado a necessidade desta externalidade negativa, tendo em vista o risco atinente à atividade econômica das companhias aéreas, independente da ineficiência, bem como da constatação de que o livre pacto entre as partes, já que possuem direitos definidos, não gerariam custos de transação relevantes.

Nessa esteira, o ordenamento jurídico brasileiro, no que pertine à responsabilidade civil, demonstra que existe uma relativa comparação dos conhecimentos de danos à noção de externalidades negativas, pois a “ação ou omissão de qualquer pessoa interfere com a situação, interesses e bens de outras, para pior ou para melhor”, uma vez que há uma interação entre todos aqueles que estejam presentes em uma sociedade, sendo que as interferências consistem serem as externalidades negativas, enquanto que as normas voltadas para a responsabilidade civil atuam na “internalização das externalidades”¹⁰⁹.

Assim, a responsabilidade civil, no contexto econômico, administra as formas de relacionamentos dos agentes econômicos, indivíduos e empresas dentro de uma sociedade contemporânea, em que normas e regras afetam diretamente o bem-estar, através dos comportamentos e das decisões dos indivíduos, não

¹⁰⁹ Coelho, Fábio Ulhoa. (2005), *Curso de Direito Civil*, 2ª ed, São Paulo, Saraiva, 249-253.

obstante olvidar que sua eficácia depende da conjuntura institucional e jurídica.

Ademais, sabe-se que na maioria das vezes a responsabilidade civil está ligada à atividade econômica, que traz embutido no seu exercício o risco de sua existência, que para ser minorado a baixos níveis pode ser muito dispendioso para o negócio, o que resulta na busca por um equilíbrio, de forma a maximizar o lucro dos envolvidos.

Pelo que se pode dizer que o sistema de responsabilidade civil tem uma função importante na redução da frequência com que os serviços “viciados” – aqueles que causam danos ao patrimônio, à propriedade, à saúde e até à vida dos consumidores – são oferecidos no mercado. Ao alocar o custo dos serviços com problemas, o sistema de responsabilidade civil incentiva a precaução, de forma semelhante à que os mercados alocam custos e incentivam a eficácia na prestação do serviço.

Contudo, importante esclarecer, como fizera o autor Eugenio Battesini, que o sistema de responsabilidade debruça-se em torno dos fundamentos de culpa, onde a maioria alcançou a culpa à posição de princípio geral definidor da responsabilidade civil¹¹⁰ e a noção básica dos conceitos de culpa estão associados aos erros de conduta, de falhas na adoção de medidas apropriadas à precaução.

Dessa forma, a responsabilidade pode ser subjetiva, referindo diretamente à função de controle da conduta do indivíduo, tendo em vista que “de acordo com o princípio da culpabilidade, será responsável pelo dano quem o houver causado por uma conduta deficiente, quer dizer, por um controle errôneo de sua própria conduta”, sistema que seria mais apropriado no caso de quaisquer falhas na prestação do serviço aéreo, uma vez que o agente foi o ocasionador direto ou indireto do prejuízo.

¹¹⁰ Battesini, Eugênio. (2011), *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*, 1ª ed., São Paulo, LTR, 204-205.

Razão pela qual, questiona-se a recorrente aplicação do CDC no que concerne à responsabilidade civil do transportador aéreo. É que este ordenamento prevê normas específicas com o objetivo de proteger efetivamente o consumidor, essencialmente, com a introdução direta e maximizadora da responsabilidade objetiva, fundada especialmente no risco, dispensando qualquer prova de culpa do causador do dano, sendo suficiente apenas a exposição donexo causal entre o dano sofrido, no caso, pelo passageiro e a ação do agente transportador, para que surja o dever de indenizar¹¹¹.

Ora, cediço que a culpa envolve a violação de um dever de diligência, a infração do dever de previsão de certos atos ilícitos e de adoção de medidas capazes de evitá-la, mesmo considerando a complexidade de se desenvolver e caracterizar a culpa do transportador aéreo no tocante o dever de presciência diante de fenômenos climáticos e/ou desastres da natureza.

Neste tocante, inclusive, é que suscita a Compensação Ótima, que, acerca da Regra de Hand, ao tratar da responsabilidade civil subjetiva, exige a necessidade de encontrar e determinar um valor de prevenção maior que aquele correspondente ao dano sofrido, isto é, o quociente entre o custo razoável e a redução de probabilidade de dano deve ser maior, tornando eficaz e alcançável, para que haja uma maior diligência quanto à previsibilidade, mesmo porque, caso a compensação exceda os prejuízos, implicará em uma prevenção excessiva e, por decorrência, em custos excessivos, pois as empresas aéreas terão de adotar cuidados mais excessivos¹¹².

¹¹¹ Nunes Júnior, Vidal Serrano; Matos, Yolanda Alves Pinto Serrano. (2011), *Código de Defesa de Consumidor Interpretado*, 5ª ed., São Paulo, Verbatim, 94.

¹¹² Neste sentido, a autora Angelika Buch aborda acerca deste assunto: “..., a ideia subjacente é a de que não deve existir qualquer compensação para além das perdas. Observe-se que uma compensação que exceda os prejuízos, operada de forma sistemática, implicará uma prevenção excessiva ou mesmo uma crise de responsabilidade civil.” Buch, Angelika. (2011), “O consentimento informado à luz da análise económica da responsabilidade civil médica”, in *Estudos em memória do Professor. J. L. Saldanha Sanches*, V.1, 1ª ed., Coimbra. Ver também Battesini, E. (2011), 128.

Situação que incentiva os passageiros, que, percebendo a possibilidade de auferir montante excessivo por uma “eventual falha” na prestação de serviço, ou seja, para além da compensação do dano sofrido, exercerá seu comportamento oportunista, pois mesmo com o recebimento da assistência material prevista, poderá ainda receber valores indenizatórios inimagináveis por danos extrapatrimoniais, advindos de ações judiciais.

Mas, a par do exposto, a verdade é que após a promulgação do CDC e sua aplicação na seara dos conflitos aéreos, as condutas de oportunismo elevaram-se de forma estarrecedora, já que a probabilidade de se enriquecer às custas de indenizações significantes, é frequente e incentiva situações irreais de locupletamento ilícito, o que representa mais uma ineficiência do sistema que deveria ser suprimida.

Trata-se de vício que, conforme destaca Cooter e Ulen, deveria ser minorado, para não se dizer anulado, pela atuação dos tribunais, vez que face aos direitos e deveres previstos nos contratos comerciais, deveriam promover e auxiliar a cooperação imparcial entre as partes, com a interpretação e a regulação das promessas, mesmo que por meio do cumprimento forçado. Ou seja, diante da assunção dos compromissos contratuais caberiam aos magistrados incentivar ou impor a cooperação recíproca entre as partes, com a devida interpretação e regulação das obrigações respectivas, o que de certo geraria um incentivo ao auxílio mútuo, tendo como resultado a eficiência, tanto na correção das falhas de mercado, como na diminuição das ameaças de comportamentos oportunistas e redução dos custos de transação¹¹³.

O que, entretanto, se apresenta difícil diante da aplicação do CDC no campo dos litígios aéreos, pois as vertentes conexas aos direitos consumeristas se fazem sob a premissa da existência de certa desigualdade entre os contratantes, coadunando,

¹¹³ Cooter, Robert & Thomas Ulen. (1998), *Derecho y economia*, México-D.F., Fondo de Cultura Económica, 287.

dentre outros aspectos, com a possibilidade de inversão do ônus da prova, com a ideia da responsabilização objetiva do fornecedor/prestador de serviço, o que de certo ocasiona severos prejuízos, majorados pela ausência de uma uniformização acerca da interpretação do direito pelo Judiciário brasileiro e pelas divergências confusas trazidas nos julgamentos, como exemplo, os reais e suficientes conceitos e características de consumidor e fornecedor/prestador de serviço.

Assim, o que se vê, enfim, é que ao contrário dos ensinamentos teóricos de Cooter e Ulen, a regulação das obrigações alcançadas pelos tribunais não corrigem ou eliminam as falhas de mercado, antes mais, as potencializam, assim como os comportamentos oportunistas das partes, pois ainda aplicado o CDC na solução dos conflitos contratuais em questão, ao invés de interpretados e aplicados os reais compromissos assumidos pelos contratantes, fragilidade jurídica que ainda persiste.

Neste mesmo sentido, afirma a autora Marcia Carla Pereira Ribeiro que o oportunismo se faz em razão de muito se utilizar e evocar as normas consumeristas e os “privilégios” ali previstos, como a “teoria da onerosidade excessiva” e a “suficiência da técnica da verossimilhança”, o que permite aos interessados alçar benefícios excessivos, para além daqueles correspondentes aos eventuais danos sofridos¹¹⁴.

Pelo que se aventa que a aplicação do CDC é inquestionável fonte de permissividade ao enriquecimento ilícito, tendo em vista que passageiros o utilizam para demandar as companhias aéreas com o intuito de angariar valores indenizatórios na maioria das vezes injustificáveis, como se observa nos casos concretos em que, além de serem amparados pela assistência material já prevista em regulamentação, reclamam verbas com

¹¹⁴ Ribeiro, Marcia Carla Pereira & Irineu Galeski Junior. (2009), *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, Rio de Janeiro, Elsevier, 216-219.

fundamento em meros dissabores, muitas vezes também diferidas em virtude da desordeira ausência de padronização da previsibilidade na elaboração, execução e resolução contratuais entre os magistrados.

Razão pela qual, certo é que a culpabilidade deve ser investida no campo dos litígios aéreos, além de ser indubitável a necessidade de empregabilidade da análise econômica da responsabilidade civil, como contextualiza Guido Calabresi¹¹⁵, principalmente no que tange aos custos, pois sendo recorrentes à garantia de indenizações que não refletem essencialmente o dano sofrido, geram ineficiências a partir do momento que tais encargos refletem nos preços do serviço repassado à sociedade.

Pelo que se defende que a responsabilidade em questão deve ser objetiva, na medida em que o transportador tem ciência que será responsabilizado caso ocorra suposta e inculpável falha na concretização daquele serviço, tendo que arcar com a indenização respectiva, no valor do prejuízo sofrido.

Entretanto, ressalta-se que também esta solução também não está a par de qualquer questionamento, já que, do ponto de vista da AED acerca da responsabilidade objetiva, esta também pode exprimir um comportamento negativo, vez que sendo os riscos, quiçá danos e imputação indenizatória, arcados por apenas uma das partes da relação consumerista, tendo em vista a ausência de análise da culpabilidade ou suposta culpa do agente, fica a outra liberada de agir de forma cautelosa e prudente, uma vez que não será esta responsável, *prima facie*, pelos mesmos, o que, igualmente, eleva o comportamento oportunista e ineficiência do sistema.

Ora, em semelhante sentido é a análise quanto à responsabilidade objetiva apresentada pelo CDC, que também demonstra que em algumas situações sua ineficiência, pois faz com que só uma das partes da relação de consumo arque com

¹¹⁵ Calabresi, Guido. (1961), "Some thoughts on risk distribution and the Law of torts", V.70, nº4, The Yale Law Journal.

todos os riscos, o que gera para a outra o não dever de cautela e prudência, ou seja, de precaução quanto à ocorrência de riscos, já que seria, a princípio, isento de responsabilidade.

Pelo que se conclui, deste modo, que ao prestador é inequívoco que deva escolher um nível socialmente eficiente de precaução, ou seja, aquele que minimiza os custos sociais esperados em uma eventual ocorrência de dano, para que o valor das indenizações seja estabelecido no nível efetivamente adequado¹¹⁶, já que, do contrário, a consequência é a desproporcionalidade descabida, além do nível excessivo de precaução.

Deve-se buscar, a eficiência no caso concreto, que, na seara da AED, faz-se a lembrança do Teorema de Coase, que prisma pela distribuição de recursos e sua eficiência, independente da alocação inicial dos mesmos. É certo que a maximização da eficiência depende sensivelmente da definição clara da titularidade dos *property rights* e da redução dos custos de transação, bem como determinação dos meios de negociação e execução da transferência dos recursos¹¹⁷.

Pois, deste modo, têm-se um maior aproveitamento dos recursos, até mesmo com a geração de mercados competitivos, que levaria ao equilíbrio geral, já que as empresas aéreas observariam e adotariam os custos marginais na comercialização do serviço de transporte, além de, com modelos de precaução, evitar indenizações exorbitantes, cujo valor são repassados à sociedade.

Assim, não restam dúvidas que a eficiência está relacionada à AED que, para responsabilização, busca encontrar formas de incentivos para que as partes adotem precauções adequadas a fim de evitar infortúnios, sem sopesar o custo da reparação e da prevenção, o que deve ser ainda mais premente ten-

¹¹⁶ Acredita-se que quaisquer indenizações que sejam demasiadamente elevadas provoca um nível de excessividade de igual precaução, enquanto àquelas aplicadas com valores baixos estejam em um nível de precaução abaixo do ótimo social.

¹¹⁷ Pacheco, Pedro Mercado. (1994), *El análisis económico del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 148-149.

do em vista a dificuldade de alinhar e localizar formas de impedir prejuízos face às condições climáticas e fenômenos da natureza, mesmo com a utilização de seguro, pois a credibilidade seria afetada, uma vez que quaisquer riscos são efetivamente seguráveis, diferentemente dos eventos incertos, como o objeto deste trabalho, pois estes são de difíceis previsões seguráveis.

Demais disso, quaisquer esclarecimentos devidamente informados podem acarretar consequências totalmente adversas, pois os custos despendidos para a explicitação destes e elucidações dos riscos que podem ocorrer durante o surgimento do fortuito externo ou força maior, tendo em vista a segurança aérea, pode provocar uma desistência individual ou maciça por parte dos passageiros quando à utilização do serviço aéreo, o que seria um desincentivo ao mercado e aos negócios neste ramo.

Aspecto, portanto, motivador de que questões ainda analisadas de forma não muito aprofundadas, pois, como dito, como precaver algo que seja inevitável por ser casos de “act of god”? Poderiam as empresas serem responsabilizadas? Quanto mais condenadas a indenizar eventual dano? É inequívoco que as empresas aéreas, bem como os passageiros, não possuem condições de impedir as calamidades naturais pelo que, como já ocorre, de forma eficiente, deve recompor os prejuízos sofridos, na medida do possível e de sua obrigação, como faz através da assistência material (remanejamento de voo, alocação em voos de concorrentes, acomodação, alimentação, restituição integral, etc.).

Pois, inquestionável que qualquer excesso de responsabilidade gera desincentivo ao mercado, uma vez que não haveria interesse das companhias aéreas em constituir ou expandir sua atividade econômica em um mercado que a assunção de riscos é excessivamente onerosa.

CAPÍTULO IV

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ultrapassado, então, o introito acerca dos conceitos e fundamentos do transportador aéreo, assim como suas peculiaridades normativas diante dos ordenamentos jurídicos internos e internacionais, perpassando por uma das principais partes do escopo deste relatório que consiste na aplicabilidade das regras jurídicas vigentes no direito brasileiro, demonstrando todo o aparato embasado pelos magistrados no que concerne o contexto atinente à responsabilidade civil e suas excludentes, possível tecer algumas considerações finais.

Assim, por todo o explorado, restou clarividente que o serviço de transporte aéreo encontra-se de todo regulamentado, seja no âmbito internacional, com a atual Convenção de Montreal (CM) e a Convenção de Varsóvia (CV), seja com esteio nas legislações internas brasileiras, como o Código Civil, o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBAer) e os Regulamentos da Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC), além do Código de Defesa do Consumidor, aspecto controvertido tratado ao longo deste trabalho.

É que, como mencionado, a modalidade de transporte aéreo consiste em um serviço de utilidade pública, com normatização internacional e nacional própria e específica, que dispõe, para sua formalização, de contrato com peculiaridades inerentes a este ramo, o que afasta a tentativa de aproximá-lo às normas de natureza consumeristas.

Sendo exatamente este o ponto que converge com o tema proposto, qual seja a análise da responsabilidade do transportador aéreo em face de eventual dano suportado pelo passageiro, uma vez que as normas específicas que tratam deste serviço divergem daquelas previstas no Código de Defesa do Consumidor, não obstante ser este o ordenamento jurídico aplicado

pelos Tribunais Brasileiros.

Neste diapasão, tem-se que a responsabilidade civil do transportador aéreo, como esclarecido alhures, pode ser objetiva (nos casos dos danos que resultassem em morte ou lesão corporal ou, ainda, nos casos de atrasos, cancelamentos, extravios, a responsabilidade das empresas aéreas é objetiva até o montante de 100.000 DSE por passageiro) ou subjetiva, não obstante os limites definidores desta dicotomia serem passíveis de ser afastados caso comprovado dolo ou culpa grave do agente.

Assim, vê-se que se diante da possibilidade de responsabilização do transportador aéreo apenas quando demonstrada a ocorrência de culpa, imprescindível se torna a análise quanto às hipóteses de excludentes desta responsabilidade, tema eleito como enfoque central, mesmo considerando, no caso brasileiro, que a responsabilização advinda de atraso e/ou cancelamento de voo, por regulamento aeronáutico da ANAC, resulta em alguns deveres obrigacionais, de natureza material, inafastáveis.

Razão pela qual se dedicou ao esclarecimento quanto aos tipos de excludentes da responsabilidade civil do transportador, evidenciando que no Código Civil e no Código Brasileiro de Aeronáutica três são as hipóteses, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e a força maior, este último com maior aprofundamento e destaque.

São, portanto, circunstâncias que têm a capacidade de atenuar ou isentar a responsabilidade civil dos prestadores desse tipo de serviço, principalmente quando em causa o que ora se propõe a ser questionado, o que seja, quando em voga danos decorrentes de força maior.

Tanto assim que a Convenção de Montreal apenas delimitou as excludentes de responsabilidade civil em duas circunstâncias, quando afasta a responsabilidade subjetiva do transportador aéreo por fato exclusivo da vítima ou por fato de

terceiro, uma vez que a excludente força maior está projetada no entendimento de que não existem medidas a serem adotadas pela companhia que pudessem impedir e/ou prevenir quaisquer causas e efeitos que resultassem em dano ao passageiro, tornando-se assim questões impossíveis de se prever ou precaver.

Deste modo, a Convenção de Montreal, ao contrário do Código de Defesa do Consumidor, no momento que deixa de prever a força maior como excludente de responsabilidade não afasta seu reconhecimento, em oposto, ratifica-o, justamente por evidenciar que se trata de algo incontrolável, que não deve sequer ser regulamentado, pois não previsível, devendo eximir a responsabilidade do transportador, já que dessa mesma forma agiu o legislador internacional ao optar por não elencá-la, já que decorre de sua razão lógica a impossibilidade de responsabilizar alguém por algo que sequer se pode impedir ou prevenir.

O que permite, então, trazer a tona, a discussão acerca do Código de Defesa do Consumidor, pois além de se tratar de norma geral, que não deveria ser aplicada em face da existência de legislação especial, quiçá quando considerada a discussão existente quanto à natureza da relação entre passageiro e transportador, se consumerista ou não, se de natureza de serviço público prestado por terceiro ou não, não prevê, dentre as excludentes de responsabilidade civil, a força maior.

Ora, mencionada omissão não deve ser concebida ou simplesmente acatada, tanto assim que a própria Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 2º, menciona que mesmo sendo a lei posterior, mas que não controverte, pelo contrário, é omissa quanto a determinado ponto tratado em legislação anterior, esta deve prevalecer, o que retrata a conjuntura em que envolta a aplicação do Código Civil e o Código Brasileiro de Aeronáutica, em controvérsia ao Código de Defesa do Consumidor.

Fundamento que permite questionar a atuação dos tribu-

nais brasileiros, que, a par de todo aqui defendido, ainda sustentam, com o intento de pacificar entendimento errôneo, que deve sim o Código de Defesa do Consumidor ser aplicado principalmente na solução dos litígios indenizatórios, sem ao menos analisar toda a problemática envolvida, mas apenas suscitando os reiterados entendimentos do que se considera consumidor e fornecedor, aplicando a máxima de que se deve olhar pelo hipossuficiente.

O que padece de fundamentação, como todo explorado, ainda mais por se tratar de casos em que em discussão questões que envolvem fatos inesperados, que eventualmente causam dano, mas sem qualquer interferência do transportador, que por vezes, mesmo amparado por todos os recursos tecnológicos, não pode garantir uma prevenção inabalável, pelo que não há dúvidas que nestes casos, quais sejam, de força maior, deve a responsabilidade civil do transportador aéreo ser eximida, retirando-lhe o dever de arcar com quaisquer indenização sob este fundamento.

Mesmo porque, como visto, sendo reiteradas as condenações das empresas aéreas ao pagamento de indenizações que não correspondem exatamente aos danos sofridos, já que acrescido ao dever de assistência material verbas referentes a meros dissabores, são estes repassados a sociedade em geral quando da precificação do serviço de transporte, indubitável falha de mercado e ineficiência, que contraria a natureza jurídica de serviço de utilidade pública do transporte aéreo.

Situação esta agravada pela insistente aplicação do CDC na resolução dos conflitos aéreos, quando existente legislação específica que, inclusive prevê, dentre as excludentes de responsabilidade, a força maior, pois muito mais irrazoável a condenação de companhias aéreas por danos decorrentes de acontecimentos imprevisíveis, sequer asseguráveis (incertezas).

Aspectos, portanto, tratados pela AED, que a par da já conclusão quanto à adequação da responsabilidade dos trans-

portadores aéreos, considera a eficiência do direito positivo, bem como os gastos e custos decorrentes de sua aplicação, como no que se refere às indenizações, buscando alcançar melhores decisões, menos impactantes, que não mais considerem erroneamente riscos imprevisíveis como inerentes a atividade econômica das companhias aéreas.

Tudo isso em virtude de se verificar que caso assim permaneça o entendimento quanto à responsabilidade civil dos transportadores aéreos, cada vez mais crescentes serão os comportamentos oportunistas dos passageiros, que visualizam nesta situação a possibilidade de se enriquecerem, mesmo que ilícitamente.

Pelo que mencionado que incontestável, para uma melhor imparcialidade e distribuição de custos, a necessidade da aplicação dos contextos advindos análise econômica acerca da responsabilidade civil, principalmente no que tange aos custos, pois sendo recorrentes à garantia de indenizações que não refletem essencialmente o dano sofrido, geram ineficiências a partir do momento que tais encargos refletem nos preços do serviço repassado à sociedade.

Assim, busca a AED a eficiência, com o incentivo a adoção de sistemas de precauções, a fim de evitar infortúnios, sem sopesar o custo da reparação e da prevenção apenas a uma das partes, o que deve ser ainda mais premente tendo em vista as hipóteses de danos decorrentes de força maior.

E, diante de todo o explicitado, não há o que se negar de que com as externalidades negativas existentes, por meio do repasse dos valores atinentes às condenações judiciais impostas ao transportador para a sociedade em geral, demonstra inequivocamente uma falha de mercado que torna a sua ineficiência.



CAPÍTULO V

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. (2007), *Estudos do Direito Aéreo: I pós-graduação em direito aéreo e direito espacial*, Coimbra, Almedina
- ARAÚJO, Fernando. (2005), *Introdução a Economia*, V.1 e V.2, 3ª ed., Coimbra, Almedina
- ARAÚJO, Fernando. (2006), “A Eficiência do “anti-seguro” e da “responsabilidade decrescente”: uma análise económica dos contratos”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, V.1, Lisboa, 905-1008
- ARAÚJO, Fernando. (2007), *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina
- ALMEIDA, Carlos Alberto Neves. (2010), *Do contrato de transporte aéreo e da responsabilidade civil do transportador aéreo*, Coimbra, Almedina
- BATTESINI, Eugênio. (2011), *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*, 1ª ed., São Paulo, LTR
- BEVILÁQUA, Clóvis. (1916), *Código civil comentado*, Rio de Janeiro, Francisco Alves
- BUCH, Angelika. (2011), “O consentimento informado à luz da análise económica da responsabilidade civil médica”, in *Estudos em memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches*, V.1, 1ª ed., Coimbra, 697-740
- CALABRESI, Guido. (1961), “Some thoughts on risk distribution and the Law of torts”, V.70, nº4, *The Yale Law Journal*
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. (2008), *A Culpa da Responsabilidade Civil*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Renovar
- COELHO, Fábio Ulhoa. (2005), *Curso de Direito Civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva

- COSTA, Mario Júlio de Almeida. (2000), *Direito das Obrigações*, 8ª ed., Coimbra, Almedina
- COOTER, Robert & Thomas Ulen. (1998), *Derecho y economía*, México-D.F., Fondo de Cultura Económica
- COOTER, Robert & Thomas Ulen. (2008), *Law and Economics*, 5ª ed., Boston, Pearson Education
- DINIZ, Maria Helena. (2003), *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, V.7, 17ª ed., São Paulo, Saraiva
- DINIZ, Maria Helena. (2006), *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, V.7, 20ª ed., São Paulo, Saraiva
- FILHO, Sérgio Cavalieri. (2000), “O direito do consumidor no limiar século XXI”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais n.º 35, 97-108
- FILHO, Sérgio Cavalieri. (2007), *Programa de Responsabilidade Civil*, 7ª ed., São Paulo, Atlas
- FREIRE, Paula Vaz. (2006), *Eficiência económica e restrições verticais - os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*, Lisboa, AAFDL
- FREIRE, Paula Vaz. (2011), “A economia social do mercado e o mercado único dos serviços”, in *Estudos em memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches*, V.1, 1ª ed., Coimbra, 947-970
- GOMES, Orlando. (2000), *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense
- GONÇALVES, Carlos Roberto. (2007), *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. V.4, São Paulo, Saraiva
- LISBOA, Roberto Senise. (2001), *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*, São Paulo, Revista dos Tribunais
- LOURENÇO, Nuno Calaim. (2010), “A limitação de responsabilidade do transportador aéreo internacional no transporte de pessoas - de Varsóvia a Montreal”, in: *Temas de direito dos transportes I / coord. de M. Januário da Costa Gomes*, Coimbra, 385-534
- MARQUES, Cláudia Lima. (2002), *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações con-*

- tratuais*, 4.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais
- MATTEI, Ugo. (1998), *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, The University of Michigan Press
- MACKAAY, Ejan. (1999). *History of Law and Economics*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, V.1, The History and Methodology of Law and Economics
- MONTEIRO, Washington de Barros. (1998), *Curso de direito civil*, V.3, 34.^a ed., São Paulo, Saraiva
- NUNES Júnior, Vidal Serrano; Matos, Yolanda Alves Pinto Serrano. (2011), *Código de Defesa de Consumidor Interpretado*, 5.^a ed., São Paulo, Verbatim
- OTERO, Paulo. (2001), “A democracia totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do totalitarismo na democracia do século XXI”, Cascais, Principia Pub. Universitárias e Científicas
- PACHECO, Pedro Mercado. (1994), *El análisis económico del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- PEREIRA, Lidiane. (2007), “Da responsabilidade civil do transportador aéreo por extravio de bagagem, in *Estudos de direito aéreo: I pós-graduação em direito aéreo e direito espacial*, Coimbra, Almedina, 427-436
- RÁO, Vicente. (1960), *O Direito e a Vida dos Direitos*, V.1, São Paulo, Max Limonad
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira & Irineu Galeski Junior. (2009), *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*, Rio de Janeiro, Elsevier
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira & Klein, Vinicius (coord.) (2011), *O que é análise econômica do direito: uma introdução*, Belo Horizonte, Fórum
- RODRIGUES, Vasco. (2007), *Análise Econômica do Direito – uma introdução*, 1.^a ed. Coimbra, Almedina
- ROLAND, Beatriz. (2008), “Responsabilidade civil das transportadoras aéreas em vôos internacionais: um estudo comparado entre Brasil e Portugal”, in *Portugal, Brasil e*

o Mundo do direito, Coimbra, 291-325

SILVA, João Carlos da. (1999), *Responsabilidade Civil do Produto*, Coimbra, Almedina, 1999

TRIGO, Maria da Graça. (2003), “Responsabilidade civil do transportador aéreo: a Convenção de Montreal de 1999 constitui um marco histórico”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, V.4, Coimbra, 817-832

VICENTE, Dário Moura. (2001), *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina

VICENTE, Dário Moura. (coord.) (2012), *Estudos de Direito Aéreo*, Coimbra, Almedina

VIEIRA, Matilde Pinto. (2007), “Os direitos do passageiro aéreo”, in *Estudos de direito aéreo: I pós-graduação em direito aéreo e direito espacial*, Coimbra, Almedina, 561-582