

PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE NÃO ELIDIDA

Tribunal de Justiça

Órgão Especial

Embargos Infringentes n.º 141/88 na

Ação Rescisória n.º 112/86

Embargante : VARIG S.A. — Viação Aérea Riograndense

Embargados: Alice Liborio Nagib e seu filho Fernando Nagib

Relator : Sr. Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves

Embargos infringentes ao acórdão que julgou improcedente ação rescisória.

Discussão restrita ao reexame da existência de culpa concorrente da vítima, limites já impostos à decisão embargada.

Participação da vítima que não desfaz, em relação ao indigitado responsável, a causalidade — relação direta de causa e efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano.

Parecer pela confirmação do acórdão embargado.

PARECER

VARIG S.A. — Viação Aérea Riograndense interpõe embargos infringentes contra o v. acórdão proferido pela E. Seção Cível do Tribunal de Justiça que, à unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de inadmissibilidade da ação rescisória proposta pela embargante com fundamento no inciso V do art. 485 do C.P.C., imputando ao julgado rescindendo violação literal dos arts. 1.º (1) e (2), 17, 22 (25) da Convenção de Varsóvia, promulgada pelo Decreto n.º 20.704, de 24-XI-1931 e, no mérito — delimitada a discussão ao exame de culpa concorrente do passageiro e conseqüente reflexo na mitigação da responsabilidade da transportadora — por maioria de votos, deu pela

... "Improcedência da ação, porque não violados os dispositivos, que se apontam, da Convenção de Varsóvia" (acórdão fls. 230),

vencidos os entendimentos que acolhiam a procedência parcial do pedido, uns "para restaurar o v. acórdão da Egrégia 6.ª Câmara Cível", outros para que "a indenização fosse tarifada" (votos vencidos a fls. 238/246 e 247/248).

Impugnação a fls. 273/283.

Do histórico das decisões judiciais

Proposta ação ordinária de indenização de danos — causados por morte de passageiro em consequência de queda do interior da aeronave, estacionada no solo, com os motores desligados — foi julgada procedente, em parte, em 1.º grau, condenada a embargante ao pagamento de indenização com fundamento no art. 25 da Convenção de Varsóvia, que exclui limites de responsabilidade, ocorrentes dolo ou culpa grave do transportador.

A maioria da Eg. 6.^a Câmara Cível, que julgou a apelação interposta, entendeu que, em decorrência de culpa concorrente do passageiro — ratificando, nesta parte, a decisão de 1.^a instância — a indenização haveria de ser paga por metade e com base na declaração de rendimentos da vítima relativos ao ano de 1973, assim ementado o julgado:

"Concorrência de culpas. Imprudência do passageiro e negligência da empresa de navegação aérea.

Redução das pensões mensais à metade" (fls. 48).

No julgamento dos embargos infringentes interpostos e parcialmente acolhidos, o C. Segundo Grupo concedeu, à unanimidade, a indenização por inteiro, entendendo aplicável à espécie o direito comum, "mantido, no mais, o V. acórdão embargado", resumido desta forma seu entendimento:

"Ação ordinária de reparação de danos pela aeronave no solo e com os motores parados. Aplicação das regras do direito comum e não das do Código Brasileiro do Ar (art. 113).

Se o relatório do SIPAER deu como causa exclusiva do acidente a deficiência do pessoal de apoio, que retirou a escada antes de fechada a porta traseira da aeronave, gesto esse que motivou a queda fatal do passageiro ao solo, a eventual participação culposa da vítima por estar transitando no interior do avião no momento de acomodarem-se todos em seus devidos lugares é absorvida pela culpa da empresa aérea, porque, contra esta, no direito comum, estabelece-se presunção de culpa, só ilidível ante a ocorrência de caso fortuito ou força maior, e ainda culpa exclusiva do viajante, não concorrendo culpa da companhia de aviação. A reparação há de ser feita integralmente.

Embargos acolhidos, em parte".

Opostos embargos declaratórios pela Companhia aérea, foram estes rejeitados, à unanimidade.

"Sem nenhuma razão a Embargante. Seus embargos, permissa venia, não passam de conhecida manobra de procrastinação.

.....

O que a embargante pretende, na verdade, é reacender a discussão já preclusa, ou seja, a relacionada ao limite da responsabilidade que resultaria da Aplicação do art. 103 do Código Brasileiro do Ar, que manda indenizar até a importância correspondente a 200 (duzentas) vezes o maior valor de referência vigente no País, por morte ou lesão corporal de passageiro.

Ora, a divergência não se estacionou aí. Tanto que o V. acórdão da Egrégia Sexta Câmara mandou indenizar levando em conta os ganhos da vítima relacionados ao ano de 1973..."

.....

Aliás, é bom repisar que o afastamento da incidência do CBA, no tocante ao limite da responsabilidade, se deu lá no V. acórdão da Egrégia Sexta Câmara Cível, quando nele se acentuou que deve, porém, servir de base à fixação do montante da indenização, a declaração de rendas do acidentado feita por ele próprio"

concluindo, ao explicitar a abrangência dos embargos infringentes opostos pela Varig ao V. acórdão da Sexta Câmara Cível, que

"E não foi nesse ponto que se estabeleceu a divergência.

Esta incidiu na reciprocidade ou não da culpa, e no tocante aos rendimentos da vítima se os de 1973, se os de 1974. Nada mais!"

Manifestados recursos extraordinários pela Companhia de Aviação, deles não conheceu o Supremo Tribunal Federal.

Da hipótese em exame

Cuida-se de acidente que vitimou o passageiro *Samir Nagib*, respectivamente esposo e pai dos embargantes, falecido em 21.04.1975, tendo, como *causa mortis*, fratura do crânio com laceração parcial do encéfalo, provocada por queda sofrida em 29.11.74, da aeronave DC-10, matrícula PP-VMB, de propriedade da embargante, no momento em que esta, estacionada no T-2 do Aeroporto Internacional do Galeão, e, ainda, com os motores parados, preparava-se para iniciar o vôo com destino à Europa. Em plena operação de embarque, a vítima, movimentando-se no interior da aeronave, após dirigir-se à cabine de 1.^a classe — deixando a sua poltrona localizada na classe turística (Cabine B) — encaminhou-se à cabine C, vindo a assomar à porta traseira, no momento em que dela já se afastara o chefe de cabine — único funcionário incumbido de vigiar e guarnecer a referida porta para prevenir a ocorrência de acidentes e

... "houve precipitação por parte da recepcionista ao retransmitir a ordem ao motorista da auto-escada, antes de avisar ao comissário que esta seria retirada. Isto permitiu que a escada fosse afastada, com a porta, ainda, aberta" (Relatório do SIPAER).

Da tese em discussão

Intangíveis as teses da "culpa grave da transportadora" (fls. 51), matéria indiscrepante na decisão proferida pela E. 6.^a Câmara Cível e pelo *decisum* de 1.^o grau, bem como a da ausência de limitação para a indenização, conforme ressaltado no acórdão que julgou os embargos de declaração opostos à decisão rescindenda, no qual

... "se acentuou que deve, porém, servir de base à fixação do montante da indenização a declaração de renda do acidentado feita por ele próprio, do ano-base de 1973, fls. 496. E não foi nesse ponto que se estabeleceu a divergência. Esta incidiu na reciprocidade ou não da culpa, e no tocante aos rendimentos da vítima: se os de 1973, se os de 1974 (fls. 567). Nada mais!" (fls. 62/65).

decisões já atingidas pelo efeito da coisa julgada (em 1983) e imunes à ação desconstitutiva pelo transcurso *in albis* do biênio decadencial, resta, ainda, uma vez mais, por força dos doutos votos divergentes proferidos no julgamento que deu pela improcedência da rescisória, o exame da tese da culpa concorrente, com o conseqüente reflexo desta na mitigação da responsabilidade da transportadora.

Do voto divergente do E. Desembargador Penalva Santos:

Após decidir pela procedência da rescisória proposta, com

... "base no permissivo do art. 485, V do CPC para restauração do Acórdão da E. 6.^a Câmara Cível"...

assim, ementado

...*"Concorrência de culpas. Imprudência do passageiro e negligência da empresa de navegação aérea. Redução das pensões mensais à metade"*,

fundamenta seu voto divergente no equívoco

...*"da sedes materiae invocada"*...

...*"da violação aos dispositivos dos arts. 1.º al. 2, 17, 20, 22 e 25 da Convenção de Varsóvia de 1929 e Protocolo de Haia de 1955"*...

pelo v. acórdão hostilizado.

Em abono de seu entendimento, baseado "na mais abalizada doutrina, citada por Henrique Mapelli Lopes, El contrato de Transporte Aéreo Internacional (Comentários al Convenio de Varsóvia, Editorial Temis, Madrid, 1968, fls. 146, segundo o magistério de Varas Arriaza);

sustenta que a responsabilidade prevista no art. 17 da Convenção de Varsóvia sedimenta-se no princípio

...*"que las personas que utilizan el transporte aéreo conocen los riesgos a que se exponen, no parece lógico aplicar en estos casos la rigidez de responsabilidad objetiva reconocida para otros casos. Es así como, universalmente, la doctrina acepta como causales de exoneración la fuerza mayor de la cosa"*,

a que Julian Verplaetse (*Derecho Aéreo y del Espacio, Madrid, 1963, fls. 331*) agrega

"La Convención establece una presunción de responsabilidad"...

"Por principio, el pasajero no tiene que probar la responsabilidad del porteador"...

"Em complemento a esse enunciado, na obra citada, Henrique Mapelli Lopes esclareceu a responsabilidade do explorador não é nitidamente objetiva:

"A convenção admite causas de exoneração..." como o fato da vítima ou de um terceiro, o caso fortuito e a força maior, como pressupostos normalmente eliminatórios a impedir a existência da preponderância da causa material por si só determinante da responsabilidade.

"Prescindir de estos hechos eliminatórios non es crear responsabilidad absoluta, sino destruirla" (fls. 147).

E arremata o douto voto vencido:

"A conclusão a que se pode chegar, à luz da presente ação rescisória, é no sentido de que, nos termos do disposto no art. 20 da citada convenção, não logrando o transportador provar terem ele ou seus prepostos tomado todas as providências para evitar o dano, ou que lhes foi impossível tomá-las, é o mesmo responsável pela indenização à vítima, resultante da teoria da culpa, "em que se castiga o autor por não haver posto os meios necessários para evitar o ato injusto" (cfr. cit., fls. 147) .

"O certo é que, por falta de aplicação do mandamento do art. 25 da citada Convenção, omitiu-se do debate da controvérsia a questão sine qua non do dolo e de figuras assemelhadas contidas nesse diploma legal, dando-se como provada a responsabilidade ilimitada da transportadora, sem que tal ocorresse nos termos do diploma legal não apropriado (petição de princípio)".

Entendendo ter sido negada vigência aos art. 22 e 25 da Convenção de Varsóvia

... "muito bem exposta por Mapelli Lopes (op., fls. 234)".

e, assim resumida:

"Presume la culpa del porteador por la mera concurrencia del daño, si bien limitada en cuanto a responsabilidad derivada de dicha culpa. Libera de toda responsabilidad al porteador si éste es capaz de probar que él y sus comisionados han tomado todas las medidas para evitar el daño o que les es imposible tomarlas. Y por último, declara su responsabilidad ilimitada si en su cuenta se prueba que el daño proviene de su dolo o de faltas que equivalen a dolo",

acolhendo o ilustre prolator do voto discrepante o entendimento que estas faltas assemelhadas correspondem, no direito dos países anglo-saxônicos,

... "à idéia de Willful Misconduct"...

e, no texto de língua francesa,

... "à expressão faute inexcusable..."

a qual seria, na definição do Advogado Geral Lindor, em Parecer na "Revue de Droit Aérien", 1968, p. 184.

... "a culpa deliberada, implicando na consciência da probabilidade do dano e sua aceitação sem motivo válido plausível..."

"É a consciência efetiva na formação de culpa inexplicável para a qual são exigidos os seguintes requisitos, segundo Chaveau (fls. 189 da citada "Revista"):

1.º) ser deliberada, o que quer dizer, livre, e de se supor que o agente sabe que ele viola uma obrigação precisa;

2.º) a consciência da probabilidade do dano;

3.º) a aceitação temerária, sem razão válida".

Finalmente, conclui o entendimento analisado:

"Por entender que a ação rescisória não comporta a discussão das questões de fato a respeito da culpa seja dos prepostos da transportadora, seja do passageiro, a condenação deveria ser restrita a 250.000 francos — ouro — Poincaré, ex-vi do disposto no art. 22 da Convenção de Varsóvia e do Protocolo de Haia, por total ausência de configuração de dolo ou de figuras assemelhadas previstas na referida convenção; contudo, em virtude do fato de a presente ação ter por objetivo a rescisão do Acórdão do E. 2.º Grupo de Câmaras Cíveis (fls. 2), encontra-se imune ao seu ataque o Acórdão da Colenda 6.ª Câmara Cível o qual deve ser restabelecido pelas razões contidas neste voto".

O surto prodigioso de progresso ostentado pela ciência aeronáutica — reclamando a renovação desse direito novo, a cada dia — tem, paralelamente, reduzido os riscos desse transporte, a que o viajante assume.

Definidos estes, por *Le Coff*, como

... "*as tempestades, os ciclones, o raio, o nevoeiro, e outras manifestações atmosféricas com base nas forças da natureza, desde que se configure o aspecto de fato essencialmente imprevisível, contra o qual nem sempre é possível tomar medidas de precaução ou salvaguarda*" Marcel Le Goff, *Le droit aérien, Traité Théorique et pratique*, Dalloz, Paris, 1934, n.º 1.227, p. 619).

O caminhar deste ramo do conhecimento científico tem sido tão notável — já lhe sendo possível, com os recursos disponíveis, conhecer com grande antecedência as variações atmosféricas, sempre reduzindo os limites das surpresas, assim como acautelar-se contra efeitos de fenômenos naturais — que se torna lícito esperar diante do progresso da aviação, o desaparecimento dos chamados riscos do ar como causa de isenção de responsabilidade.

Inatingido, no momento, este estágio, inquestionável que se o risco do transporte aéreo ainda é relativamente grave em comparação com os outros meios de transporte, esta constatação

... "*não afasta a garantia de incolumidade, que deve, tão-somente, ser entendida em outros termos, isto é, a obrigação de não ter dado causa ao acidente*" (Aguilar Dias, in *Da responsabilidade civil*, vol. II — Ed. Forense — 1979).

A descrição dos fatos incontroversos do caso versado, ter a queda da aeronave, de que resultou a morte do passageiro, ocorrido quando a mesma ainda se encontrava no solo e com os motores parados, com a porta traseira aberta, desguarnecida de vigilância dos tripulantes, tendo havido a retirada da escada de acesso antes que fosse aquela fechada, afasta, integralmente, a hipótese de tratar-se, no acidente em exame, dos chamados riscos do transporte aéreo, como entendidos estes, na moderna doutrina, ao mesmo tempo em que dimensiona em seus pressupostos inconfundíveis a falta grave do transportador, matéria de natureza estritamente fática — probatória face ao Direito Civil, cuja exoneração se dá mediante comprovação de que fez quanto estava ao seu alcance para evitar o dano e ter prepostos capazes, a que não se possa atribuir culpa no acidente — reconhecimento do princípio inglês da *due diligence*, inteiramente inadequada a tradução francesa "*de medidas razoáveis*" porque, como adverte R. Coedhuis, (*Le régime juridique de l'espace aérien et le développement des lignes aériennes internationales*, in "*Revue Aéronautique Internationale*", Paris, 1936, p. 403), a idéia ali contida é mais rigorosa".

Esta questão, da responsabilidade da embargante no acidente, bem como aquela da ausência de limitação para a indenização são matérias inquestionavelmente superadas.

A discussão está, pois, definitivamente acorrentada à questão divergente, ou seja à reciprocidade ou não de culpa.

Neste passo, uma interrogação preliminar se põe: caso estivesse a escada de acesso devidamente acoplada ao avião e guarnecida pelos tripulantes incumbidos de vigiar esta saída, no momento em que a vítima assomou à porta traseira, teria aquela — abstraída a hipótese, sequer cogitada, de que o passageiro poderia ter pulado para projetar-se no chão — caído no solo e, em consequência, sofrido as lesões que causaram-lhe a morte?

A evidência, a resposta é, necessariamente, negativa. Ainda que a vítima, na hipótese acima aventada, tivesse escorregado e rolado degraus abaixo, as consequências seriam, sem dúvida, diversas (A recente história de escorregões em escada de avião presidencial, nos Estados Unidos, constituem exemplos significativos — Jimmy Carter e Ronald Reagan).

Assim, ainda que se admita, apenas para argumentar, que a vítima ao transitar pelo avião — o que, em fase alguma foi provado que isto lhe era defeso, pois os passageiros estavam embarcando, momento em que naturalmente se movimentam à procura, inclusive, de seus lugares — teria concorrido para o evento danoso, à evidência, esta eventual participação seria integralmente absorvida pela culpa grave (*faute da embargante*) definida aquela por *Savatier* como a

... “*inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar*”...

Em outras palavras, esta eventual participação da vítima não desfaz, em relação ao indigitado responsável, a causalidade, *causal connexion* — laço ou relação direta de causa e efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano — pressuposto que, seja subjetivo, seja objetivo o critério a adotar, é indispensável à imputabilidade da responsabilidade.

Face ao exposto, inafastável

... “*a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar*”...

por parte da transportadora, que se observado teria impedido o acidente, inobstante o gesto da vítima, apresentando-se aquele como causa suficiente do acidente, anulando, pois, a tese da concorrência de culpas, é o parecer, no sentido que seja confirmada a douda decisão da E. Seção Cível, com fulcro nos princípios esculpidos na Convenção de Varsóvia (modificada pela de Haia) absorvidos pela legislação especial brasileira.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 1989.

Maria Henriqueta Lobo

Promotor de Justiça
por designação

Aprovo.

Carlos Antnio Navega

Procurador-Geral de Justiça