

A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO AERONÁUTICO

Annie Guadalupe Monteiro Moreira

Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Advogada na área de Direito Aeronáutico. Membro da Comissão Especial de Direito Aeronáutico da OAB/SP. anniegmonteiro@outlook.com

Resumo: A teoria geral do ônus da prova consiste em um conceito fundamental no sistema jurídico de vários países, incluindo o Brasil, em que se busca definir quem tem o encargo de apresentar as provas necessárias para sustentar as alegações feitas no curso do processo. A princípio, o ônus da prova é atribuído à parte que alega um fato ou uma situação, mas o ônus da prova pode ser revertido quando a parte que normalmente teria o ônus de provar um fato não tem acesso às provas necessárias ou não pode produzi-las.

O presente artigo tem como principal objetivo abordar a aplicação da teoria geral do ônus da prova nas demandas judiciais envolvendo o transporte aéreo internacional de pessoas, bem como apontar que a aplicação da teoria dinâmica da prova sem a devida cautela por parte dos magistrados, por vezes, impulsiona o ajuizamento de demandas nos juizados especiais e nas varas cíveis por uma errônea presunção de que os danos materiais ou extrapatrimoniais independem de prova ou que esta será destinada à companhia aérea.

Palavras-chave: direito aeronáutico; distribuição; ônus da prova.

Abstract: The general theory of the burden of proof is a fundamental concept in the legal system of several countries, including Brazil, and seeks to define who has the burden of presenting the necessary evidence to support the allegations made during the process. Initially, the burden of proof is assigned to the party making a claim or asserting a situation, but the burden of proof can be reversed when the party that would normally have the burden of proving a fact does not have access to the necessary evidence or cannot produce it.

The main objective of this article is to address the application of the general theory of the burden of proof in legal disputes involving international air transportation of passengers, as well as to point out that the application of the dynamic theory of proof without due caution by judges sometimes leads to the filing of claims in small claims courts and civil courts due to an erroneous presumption that material or moral damages do not require proof or that such proof will be provided by the airline.

Keywords: Aeronautical law; distribution; burden of proof.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito material aplicável. 2.1. Tratados internacionais. Convenções de Varsóvia e de Montreal. 2.2. Código de Defesa do Consumidor. 2.3. Código Brasileiro de Aeronáutica. 2.4. Resolução ANAC nº. 400/2016. 3. Teoria Geral do ônus da prova. 4. Distribuição do ônus da prova aplicada ao direito aeronáutico. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Conforme publicação realizada na revista JOTA ¹, o Instituto Brasileiro de Direito Aeronáutico (IBAER) apurou que cerca de 98,5% das ações cíveis no mundo contra as companhias aéreas estão concentradas no Brasil. Já a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) demonstrou, no ano de 2017, que as quatro principais linhas aéreas brasileiras (Latam, Gol, Azul e Oceanair) operavam uma média de 2.320 voos diários e que tiveram naquele ano juntas mais de 63 mil processos ajuizados por passageiros, sendo 1 processo a cada 15 voos, em média. No mesmo ano, a ANAC verificou que duas empresas norte-americanas (American Airlines e Delta) operavam cerca de 10 mil voos diários e receberam 2.859 processos, o que equivale a 1 processo a cada 1.277 voos em média.

Em atenção aos referidos números, o presente artigo busca tratar da distribuição do ônus probatório previsto no artigo 373 do Código de Processo Civil (CPC) nas ações judiciais envolvendo o transporte aéreo internacional de pessoas.

O primeiro tópico abordado foi o direito material aplicável às relações que envolvam o transporte aéreo internacional, partindo dos limites de aplicabilidade dos tratados internacionais, passando pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), e finalizando na Resolução nº 400 da ANAC.

No tópico seguinte, são realizadas breves considerações sobre a teoria geral do ônus da prova, como sua origem e significado, sua qualidade de encargo e não dever, e a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015.

Após, o artigo aborda da distribuição do ônus da prova aplicado ao direito aeronáutico, exemplificando as hipóteses em que o ônus é do passageiro ou do transportador aéreo, ressaltando que o mero aborrecimento, sem comprovação de dano efetivo, não é capaz de gerar dano moral, conforme recentes alterações legislativas e jurisprudenciais.

¹ JOTA. A origem da judicialização desproporcional no mercado do transporte aéreo no Brasil. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/aviacao-desafios-da-retomada/a-origem-da-judicializacao-desproporcional-no-mercado-do-transporte-aereo-no-brasil-20062022>

Assim, compreender como funciona a distribuição do ônus da prova no Direito Aeronáutico é fundamental para entender a razão por trás da alta judicialização nos tribunais brasileiros. Por isso, este artigo tem como principal objetivo abordar o direito material relacionado ao tema e apontar os atuais entendimentos sobre a inversão do ônus da prova que por vezes impulsionam a demasiada movimentação do poder judiciário por uma antiga presunção de que os danos independem de comprovação.

2. Direito material aplicável

2.1. Tratados internacionais. Convenções de Varsóvia e de Montreal

A Convenção de Varsóvia é o tratado internacional que estabelece as regras para a responsabilidade e indenização de danos decorrentes de problemas ocorridos em viagens aéreas internacionais. Referida convenção foi criada como uma resposta aos desafios legais decorrentes dos primeiros anos da aviação comercial, tendo sido assinada pelo Brasil em 1929 e promulgada pelo Decreto nº 20.704/31, com a finalidade de unificar certas regras relativas ao transporte aéreo internacional.

Desde sua criação, a Convenção de Varsóvia passou por diversas emendas e atualizações, por meio dos Protocolos Adicionais. Em 1955, a Convenção de Haia foi criada para atualizar e expandir as disposições da Convenção de Varsóvia, e em 1999, a Convenção de Montreal substituiu as duas convenções anteriores nos países que a ratificaram. O Brasil tornou-se signatário da Convenção de Montreal por meio do Decreto 5.910/2006, após aprovação pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 59 de 2006.

Iniciou-se, então, um conflito entre dois diplomas legais. Isto porque, a Convenção de Montreal define regras claras sobre a responsabilidade do transportador e limites máximos de indenização em casos de acidentes, atrasos, cancelamentos, bagagens perdidas e outros problemas que possam ocorrer durante um voo. Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor garante que o consumidor seja integralmente reparado pelos danos causados pelo fornecedor do serviço, independentemente de culpa, nos termos de seu art. 14.

Por serem convenções que não versam sobre direitos humanos, as Convenções de Varsóvia e Montreal possuem natureza de lei ordinária, estando no mesmo nível hierárquico do CDC, o que impossibilitava a resolução do conflito por meio do critério hierárquico. Em relação ao critério cronológico e de especialidade, os tratados mencionados são mais recentes que o CDC e disciplinam especificamente a matéria de transporte internacional de pessoas, razão pela qual deveriam ser a legislação aplicável em todos os casos envolvendo a matéria.

No entanto, com o julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 25 de maio de 2017, do RE 636331/RJ e do ARE 766618/SP, consolidou-se o entendimento de que a limitação imposta pelos acordos internacionais alcançaria tão somente a indenização por dano material nos casos de extravio de bagagem, por não fazerem qualquer referência à reparação por dano moral e pelas previsões dos tratados internacionais não serem condizente com a própria natureza do dano extrapatrimonial. Nessa oportunidade, foi firmada a seguinte tese de repercussão geral, tema nº 210: *“Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”*.

Não obstante o brilhantismo do referido julgamento, a fixação de referida tese não trouxe a segurança jurídica esperada, deixando à mercê de interpretação a aplicabilidade dos tratados internacionais também nos casos que tratam sobre danos morais para além dos limites indenizatórios, mais especificamente sobre a prescrição e os limites da responsabilidade durante o transporte aéreo internacional.

É o caso, por exemplo, da aplicabilidade do artigo 17, que estabelece o prazo de 21 (vinte e um) dias para que a bagagem seja entregue sem a configuração de extravio; do artigo 19, que atribui ao transportador o ônus de comprovar que ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível adotar tais medidas; do artigo 35, que fixa o prazo prescricional de dois anos, contados da data da chegada ao destino, para o ajuizamento de ação indenizatória face à companhia aérea; e do artigo 36, item 2, que estabelece que o passageiro somente poderá proceder contra o transportador que haja efetuado o transporte durante o qual se produziu o acidente ou o atraso.

Não demorou muito para que o STF precisasse julgar especificamente a controvérsia entre a aplicação do CDC ou dos tratados internacionais no que diz respeito a reparação por dano moral. Em recente julgamento com repercussão geral do RE 1.394.401, de relatoria da Ministra Rosa Weber, foi fixada a tese de que as Convenções de Varsóvia e Montreal não se aplicam às hipóteses de danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de

transporte aéreo internacional, mas sim o CDC, com base na jurisprudência majoritária do referido órgão, pacificando a matéria no âmbito jurisprudencial.

Logo, embora recepcionadas pelo legislativo brasileiro, as Convenções de Varsóvia e Montreal são pouco aplicadas pelos tribunais brasileiros, que afastam as limitações da responsabilidade das empresas aéreas prevista em legislação recepcionada e aplicam o prazo prescricional distintamente para danos materiais e morais, ainda que decorrentes do mesmo transporte.

2.2. Código de Defesa do Consumidor

O CDC é uma lei federal brasileira que estabelece os direitos e deveres dos consumidores e fornecedores de produtos e serviços. Criado em 11 de setembro de 1990, pela Lei nº 8.078, e com a entrada em vigor no dia 11 de março de 1991, tem como objetivo proteger os consumidores brasileiros, que por vezes são vítimas de práticas abusivas por parte dos fornecedores de produtos e serviços. Antes da criação do CDC, as relações de consumo no Brasil eram regulamentadas pelo Código Civil, que não tinha uma abordagem específica para as questões relacionadas à proteção do consumidor.

Responsável por estabelecer os direitos básicos do consumidor, como o direito à informação clara e completa sobre os produtos e serviços, o direito à proteção contra práticas abusivas e enganosas, o direito à reparação de danos causados por produtos e serviços defeituosos, entre outros, define os deveres dos fornecedores, como o dever de prestar informações claras e precisas sobre os produtos e serviços, de garantir a segurança e qualidade dos produtos e serviços oferecidos, e de respeitar a privacidade do consumidor.

Em busca de equilibrar as relações entre fornecedores e consumidores, o CDC estabeleceu, em seu art. 6º, VIII, a possibilidade de inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz (*open judicis*), as alegações do consumidor forem verossímeis ou quando ele for hipossuficiente, transferindo a responsabilidade de produção da prova do fato alegado para o fornecedor, supostamente por este ter melhores condições para produção da prova.

William Santos Ferreira define a hipossuficiência como “aquela que se relaciona com a incapacidade instrutória derivada da falta de informações”, existindo “um desequilíbrio na detenção de informações por cada uma das partes a justificar a inversão” àquele que tenha melhores condições de produzir a prova. Humberto Theodoro Jr. Ressalta que “a *hipossuficiência* não é característica de todo e qualquer consumidor. Trata-se de uma circunstância que deve ser aferida no processo, caso a caso, e sua caracterização tem por finalidade equilibrar a relação consumerista no bojo da ação judicial.”. Tal hipossuficiência em nada se relaciona com a hipossuficiência financeira do consumidor, que deverá ser amparado pelo Estado no caso de insuficiências de recursos, vide art. 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988.

Já a verossimilhança se refere à aparência de verdade ou plausibilidade da afirmação, narrativa ou argumento do consumidor, sendo considerado verossímil quando parece verdadeiro ou provável, ainda que não se possa ter certeza absoluta de sua veracidade.

Muito embora referido dispositivo estabeleça que a inversão depende da presença de um dos requisitos, parcela considerável da doutrina entende que a hipossuficiência e a verossimilhança são requisitos que devem estar conjuntamente presentes para que seja determinada a inversão do ônus da prova. Isto porque, a análise de ambos os requisitos separadamente não possui coerência, conforme bem elucida William Santos Ferreira, pois seria necessário admitir que a hipossuficiência informativa, por exemplo, geraria a inversão mesmo que inverossímil a alegação do consumidor, ou ainda admitir uma alegação verossímil sem a hipossuficiência informativa, onerando desproporcional e injustamente o fornecedor.

Segundo Humberto Theodoro Jr., o mecanismo da inversão do ônus da prova não pode ser um meio de impor um novo desequilíbrio na relação entre as partes a ponto de atribuir ao fornecedor um encargo absurdo e insuscetível de desempenho, muito menos para obrigar o fornecedor a provar um fato constitutivo do direito pretendido pelo consumidor, mas sim provar os fatos que excluiriam a responsabilidade que o demandante lhe imputa.

Não obstante, o que comumente se vê, especialmente em ações envolvendo companhias aéreas, tanto na Justiça Comum como nos Juizados Especiais, é a inversão automática do ônus da prova com fundamento na hipossuficiência do consumidor,

independente de prova. Embora de um lado se deva garantir a proteção do consumidor, por outro se tem um incentivo indireto ao crescimento das demandas judiciais ajuizadas contra as companhias aéreas com a quase certeza de que a demanda será ganha sem maiores necessidades probatórias, não sendo incomum a inversão do ônus da prova em ações propostas sem conter sequer a documentação mínima capaz de comprovar a relação jurídica entre as partes. Nas palavras de William Santos Ferreira, são “equivocadas decisões que diante do não esclarecimento da questão fática diretamente pronunciam um resultado decorrente da simples inversão.”.

Logo, não pode a inversão do ônus da prova, que visa proteger e facilitar a proteção ao consumidor em juízo, ser utilizada para cercear o direito de defesa do fornecedor, imputando-lhe a produção de prova impossível.

2.3. Código Brasileiro de Aeronáutica

O CBA é uma das principais normas que regula a aviação civil no Brasil, tendo sido instituído pela Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, abrangendo todos os aspectos da aviação civil brasileira, desde a regulamentação do tráfego aéreo até a certificação de aeronaves e aeroportos.

Uma das principais preocupações do CBA em relação ao transporte de passageiros é a segurança, cuja regulamentação é realizada pela ANAC, que é responsável por conceder autorizações e fiscalizar as empresas que prestam esse tipo de serviço. Para obter a autorização da ANAC, a empresa de transporte aéreo deve atender a diversos requisitos, como ter uma frota adequada e em boas condições de uso, contar com profissionais qualificados e cumprir com as normas de segurança estabelecidas.

Outro aspecto importante do CBA é a proteção dos direitos dos passageiros, tratando da responsabilidade contratual entre as companhias aéreas e os passageiros. As empresas aéreas são obrigadas a prestar informações claras e precisas sobre voos e tarifas, oferecer assistência aos passageiros em caso de atrasos e cancelamentos, incluindo alimentação,

hospedagem, transporte e comunicação, e cumprir com os direitos de compensação e reembolso em casos de overbooking, e extravio de bagagem.

Embora se trate de uma lei anterior à Constituição Federal de 1988, recentes e importantes alterações foram realizadas no CBA pela Lei nº 14.034/2020, após o advento da pandemia mundial ocasionada pelo novo coronavírus.

Dentre as principais alterações, tem-se a previsão do art. 251-A, que passou a exigir do passageiro a comprovação do dano extrapatrimonial e sua extensão em decorrência de eventual falha na execução do contrato de transporte, afastando assim o anterior entendimento jurisprudencial de que as condenações por danos morais são *in re ipsa*, o que tem sido cada vez mais aceito pelos Tribunais brasileiros.

Outra importante alteração fora a do art. 256, II, que exonerou o transportador da responsabilidade por dano a passageiro no caso em que comprovar que, por motivo de caso fortuito ou de força maior, foi impossível adotar medidas necessárias, suficientes e adequadas para evitar o dano ao passageiro, estipulando em seu §3º as hipóteses em que se constituirá o caso fortuito e força maior.

Ressalta-se que tais previsões não desobrigam o transportador de oferecer assistência material ao passageiro, alternativas de reembolso do valor pago pela passagem e por eventuais serviços acessórios ao contrato de transporte, de acomodação ou de reexecução do serviço por outra modalidade de transporte, inclusive nas hipóteses de atraso e de interrupção do voo por período superior a 4 (quatro) horas, conforme previsão do §4º do art. 256.

2.4. Resolução ANAC nº. 400/2016

A Resolução ANAC nº. 400/2016 é uma norma da ANAC que estabelece as condições para a prestação de serviços de transporte aéreo no Brasil. A norma possui diversos dispositivos que regulamentam desde a comercialização de passagens até as obrigações das empresas aéreas e dos passageiros.

No que se refere às empresas aéreas, referida resolução estabelece diversas obrigações, entre elas a garantia do direito à informação, o dever de prestar assistência material em caso de atrasos e cancelamentos, e a responsabilidade pela integridade das bagagens.

Já em relação aos passageiros, a norma estabelece uma série de obrigações que devem ser cumpridas para que possam usufruir dos serviços aéreos, entre elas o dever de cumprir com as normas de segurança e de aviação estabelecidas pelas empresas aéreas, apresentar documentação válida para embarque, como passaporte e visto, quando necessário, chegar com antecedência suficiente para realizar o check-in e o embarque dentro dos prazos estabelecidos pelas empresas aéreas, pagar as tarifas e taxas devidas pelo transporte aéreo e pelos serviços adicionais solicitados, e zelar pela integridade da bagagem e pelo cumprimento das normas relativas ao transporte de itens perigosos ou proibidos.

A Resolução também prevê que, em caso de descumprimento das obrigações por parte das empresas aéreas, os passageiros têm direito à reparação pelos prejuízos sofridos, incluindo restituição de valores pagos por serviços não prestados e com despesas suportadas ante a ausência de assistência material.

Com a pandemia da Covid-19, a Lei nº 14.034/2020, posteriormente alterada pela Lei nº 14.174/2021, entrou em vigor para flexibilizar as regras para alteração de passagens, cancelamento, reembolso e crédito, em razão dos reflexos causados pela pandemia, estendendo o prazo para 12 (doze) meses contados a partir da data do voo e condicionando a correção monetária ao índice do INPC. Tais regras perduraram até 1º de janeiro de 2022, período a partir do qual voltou a vigorar os dispositivos da Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016, que estabelece o prazo de 7 (sete) dias para o reembolso e não condiciona a correção monetária ao índice do INPC.

3. Teoria Geral do ônus da prova

Derivado do latim *onus*, ônus significa peso, carga, fardo, logo, o ônus da prova consiste no encargo de provar determinada alegação. Não se trata de dever de fazê-lo, conforme destaca João Batista Lopes, mas sim um encargo atribuído por lei, em que a parte tem a liberdade de escolher entre praticar um ato e ficar em melhor posição no processo, ou abster-se, e sofrer as consequências.

Dentre as principais teorias sobre o ônus da prova destacadas por João Batista Lopes², observa-se que o CPC de 2015 seguiu a linha doutrinária de Goldschmidt e Chiovenda e manteve a previsão do CPC de 1973 de distribuição estática do ônus da prova ao estabelecer, em seu artigo 373, que cabe ao autor da ação provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu cabe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

² “Inúmeras são as teorias sobre o ônus da prova, mas fiquemos na menção de algumas das principais.

Soares de Faria, em monografia que se tornou referência no estudo da matéria, aponta, entre outras, as concepções de Webber (a prova incumbe a quem pleiteia um direito ou uma liberação em relação a fatos ainda incertos), Bethman Hollweg (deve presumir-se a existência de um direito uma vez fundado), Fitting (só a alegada mutação de um estado anterior necessita ser provada) e Gianturco (cabe o ônus da prova a quem dela auferir vantagem).

Goldschmidt e Chiovenda defendem regras estáticas sobre o ônus da prova: ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos e ao réu a dos extintivos, impeditivos e modificativos.

Já Carnelutti, partindo da premissa de que o interesse em afirmar é unilateral – as partes só têm interesse em afirmar os fatos que as beneficiem, enquanto o interesse em provar é bilateral – põe como fundamento do ônus da prova o interesse na afirmação, regra que atende ao conteúdo da lide (contraste entre o pedido e a exceção) e também a uma regra de experiência segundo a qual as partes procuram normalmente prevenir-se obtendo os meios necessários para demonstrar os fatos que as beneficiem.

Em obra clássica, Rosenberg assinala que “no procedimento regido pelo princípio dispositivo, não interessa que precisamente a parte que suporta ônus da prova a tenha produzido, porque o magistrado deve ter em conta o conteúdo total dos debates; assim, a criação das bases para a convicção judicial não é coisa exclusiva de quem suporta a carga da prova; o que interessa é unicamente o provado e não quem o provou”.

Entre nós, Moacyr Amaral Santos ressalta que, pelo sistema do CPC, ao autor incumbe o ônus da prova dos fatos em que funda seu direito e ao réu, a dos que, de modo direto ou indireto, indicam a inexistência daqueles. Assinalando que a regra geral é que as provas sejam propostas pelas partes, conclui que, por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa. Bem por isso o despacho pelo qual as ordenar deverá ser motivado. Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, fundado em autorizada doutrina, sustenta, porém a insuficiência dessas regras uma vez que existem várias situações em que sua aplicação se mostra inadequada ou imprópria.”

Não obstante, o CPC de 2015 inovou ao possibilitar a distribuição dinâmica da prova por previsão do parágrafo primeiro do artigo 373, segundo o qual o juiz pode atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório.

Conforme disserta Silvana do Prado Brouwers, significa dizer que no caso em que o juiz estiver convicto sobre a procedência ou improcedência do pedido com base nas provas levadas ao processo, poderá julgar a lide sem a aplicação das normas acerca do ônus da prova, conforme estabelece o art. 355 do CPC. Por outro lado, não estando o juiz certo do alegado após a fase probatória, fará valer as regras do ônus da prova, que disciplinam o julgamento em caso de ausência ou insuficiência de provas.

Nesta seara, William Santos Ferreira ressalva que a produção de contraprova não pode ser proibida pelo juiz simplesmente por este já ter estabelecido uma convicção decorrente da valoração das provas já produzidas nos autos, pois “o momento da produção da prova (...) também serve como *teste de confiabilidade* das provas já apresentadas no processo.”. Ademais, em referência a Leo Rosenberg, leciona que o ônus da prova tem como principal objetivo viabilizar uma solução para o conflito capaz de interferir no resultado do julgamento, estando a sua essência na solução da dúvida para viabilizar o julgamento da lide.

Dito isto, importa ressaltar que, usualmente, as ações movidas por passageiros contra companhias aéreas dizem respeito a atraso e cancelamento de voo, perda de conexão, overbooking e extravio de bagagem, sendo os tratados internacionais aplicáveis somente à limitação por dano material nos casos de extravio de bagagem, enquanto que as demais matérias são tuteladas pelo CDC, vide julgados com repercussão geral do STF já mencionados. No entanto, não significa dizer que o passageiro não possui ônus probatório, conforme exposto a seguir.

4. Distribuição do ônus da prova aplicada ao direito aeronáutico

A regra da flexibilização do ônus da prova pode ocorrer nas relações consumeristas, conforme prevê o art. 6º, VIII, do CDC, quando, a critério do juiz, forem verossímeis as alegações e o consumidor hipossuficiente.

Tratando-se de ação indenizatória nessas hipóteses, imperativo o reconhecimento de que cabe à companhia aérea a incumbência de comprovar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor. Interpretando os conceitos dados por Silvana do Prado Brouwers, temos que (i) os fatos modificativos consistem nos que alteram a relação jurídica sem extinguir ou impedir os seus efeitos, como a prestação de informações e assistência material adequada e a realocação em novo voo após atraso, cancelamento ou overbooking ocasionados pela companhia aérea; (ii) os fatos impeditivos consistem naqueles que inviabilizam a eficácia jurídica própria do ato, como a demonstração de que o passageiro não comprovou a compra do bilhete aéreo, tendo como consequência a inexistência da relação jurídica; e (iii) os fatos extintivos são os que dão fim à relação jurídica existente, o que pode ser realizada pela companhia aérea por meio da comprovação da regularidade de sua conduta e a adequada prestação do serviço durante a operação dos voos e na entrega das bagagens.

Por outro lado, a existência e extensão dos danos materiais e morais é prova ao alcance do consumidor e somente a este, consoante comando exarado pelo art. 373, I, do CPC. Imputar tal ônus à companhia aérea seria responsabilizar-lhe por prova impossível, pois, embora a inversão do ônus da prova vise não impor ao consumidor a produção de prova que não lhe seria possível realizar, não o exime de qualquer ônus probatório. Nesse sentido, a doutrina do ilustre Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino:

“Como nas demandas que tenham como base o CDC, o objetivo básico é a proteção ao consumidor, procura-se facilitar sua atuação em Juízo. Apesar disso, o consumidor não fica dispensado de produzir provas em Juízo. Pelo contrário, a regra continua a mesma, ou seja, o consumidor, como autor da ação de indenização, deverá comprovar os fatos constitutivos de seu direito. [...] Deve ficar claro, porém, que o ônus de comprovar a ocorrência dos danos e da relação de causalidade com determinado produto ou serviço é do consumidor.”

Não há dúvida de que o atraso e cancelamento do voo, por exemplo, gerem aborrecimentos, mas não é sempre que atingem os direitos da personalidade do passageiro de forma a justificar a pretendida indenização, especialmente quando há a reacomodação para o próximo voo disponível, em que a empresa aérea fornece alimentação, hotel e traslado para o aeroporto, se aplicável. A mera existência de filas e o aborrecimento de ter de aguardar o novo voo não são suficientes para, por si só, gerarem dano moral.

O transporte aéreo preza, principalmente, pela segurança dos passageiros e de sua tripulação, de modo que eventuais reparos não planejados ocorrem no cotidiano das operações. Embora considerado fortuito interno da empresa por se inserir nos riscos próprios da atividade empresarial, sem prova de que o descumprimento contratual tenha gerado dano a direito de personalidade além do mero aborrecimento, corriqueiro na vida em sociedade e em especial para aqueles que utilizam transporte aéreo, não há o que se falar em lesão extrapatrimonial presumida.

Tendo em vista a judicialização excessiva pleiteando danos morais devido a atrasos e cancelamento de voo, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 1.796.716/MG, reafirmou o entendimento da Corte de que o atraso ou cancelamento de voo não configura dano moral presumido (*in re ipsa*), cabendo ao passageiro comprovar a extensão do dano suportado.

Segundo a Relatora Ministra Nancy Andrighi, nos casos envolvendo o cancelamento e atraso de voo, deve-se verificar todas as circunstâncias que envolvam o caso, como (i) o tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; (ii) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; (iii) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a fim de amenizar os desconfortos inerentes à ocasião; (iv) se foi oferecido suporte material, como alimentação e hospedagem, quando o atraso for considerável; (v) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, dentre outros.

Nesse contexto, a distribuição dinâmica da prova deve ser exceção nas ações consumeristas relacionadas ao direito aeronáutico, exatamente pela carga probatória estática que as partes devem minimamente comprovar, bem como precisa ser aplicada com cautela pelo

magistrado, a fim de evitar a imputação de prova impossível à companhia aérea, repassando um ônus que é exclusivamente do passageiro.

William Santos Ferreira corretamente critica a utilização indiscriminada da inversão do ônus da prova, haja vista o efeito indesejado e desproporcional infligido ao fornecedor nos casos em que não há utilidade em sua adoção, dando ensejo a possíveis manipulações pela parte promovente, que por vezes deixa de apresentar documentação pertinente e que está em seu poder para prejudicar a parte promovida, pois o ônus da prova não seria seu, contrariando o dever de cooperação entre as partes.

Da mesma forma, a desconsideração de provas válidas apresentadas pelas companhias aéreas deve ser alvo de atenção, em razão da não aceitação pelos tribunais das telas e registro sistêmicos como provas jurídicas válidas, muito embora o art. 369 do CPC seja expresso quanto ao direito de as partes empregarem todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código.

As companhias aéreas, tal qual inúmeras outras empresas, obviamente se utilizam de um sistema interno para controle dos acontecimentos com os seus passageiros, com informações sobre atraso e cancelamento de voo, realocação do passageiro, fornecimento de assistência material, e devolução de bagagens.

Ocorre que existe uma cautela inadequada por parte dos magistrados, conforme bem pontuado no artigo “Da admissibilidade das telas e registros sistêmicos como provas jurídicas válidas”³, quanto às possíveis adulterações de informações por parte dos fornecedores em benefício próprio.

Referido entendimento fere o princípio da boa-fé objetiva prevista nos artigos 422 do Código Civil (CC), 4º, III, do CDC e 5º do CPC, bem como os dispositivos legais que valoram a prova produzida pela parte quando não houver impugnação pela parte contrária,

³Migalhas. Da admissibilidade das telas e registros sistêmicos como provas jurídicas válidas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/356253/da-admissibilidade-das-telas-e-registros-sistemicos-provas-juridicas>

vide arts. 411, III, 412 e 428 do CPC. Afinal, trata-se de ônus da parte contrária comprovar a irregularidade que afeta o documento, nos termos do art. 429 e 431 do CPC.

Evidente, portanto, a importância da correta distribuição dinâmica da prova, observando se o passageiro, como promovente da demanda, cumpriu com o seu ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, a fim de evitar a imputação de prova impossível à companhia aérea pela presunção absoluta da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, enquanto por outro lado se rejeita a produção de prova das companhias aéreas com base no seu sistema de controle de informações, em um inquestionável descumprimento das leis processuais e materiais, especialmente o princípio da boa-fé objetiva.

5. Conclusão

Conclui-se que, atualmente, os tratados internacionais sobre transporte aéreo possuem aplicação limitada pelos tribunais brasileiros aos danos materiais decorrentes de extravio de bagagem, enquanto que para danos extrapatrimoniais o diploma legal aplicado é o CDC em conjunto com as demais leis ordinárias.

Entende-se que o referido entendimento do STF fere o objetivo principal da legislação internacional de unificar as regras relativas ao transporte aéreo internacional e impulsionar as operações no país. Embora o objetivo principal seja o de proteger os direitos do consumidor brasileiro de acordo com a Constituição Federal, como consequência tem-se um estímulo ao aumento do ajuizamento de demandas contra companhias aéreas em busca de danos com a falsa crença de que os mesmos independem de comprovação ou que o seu ônus probatório será direcionado à companhia aérea, o que de fato acontecia – e acontece - nos tribunais brasileiros e vem se alterando aos poucos.

Assim, é fundamental que as normas e as decisões judiciais sejam claras e objetivas quanto à distribuição dinâmica do ônus da prova, evitando imputação de prova impossível ou rejeitando provas válidas de ambas as partes, a fim de que possam atuar com paridade de armas, de forma justa e coerente nas demandas judiciais, levando-se em consideração os danos reais comprovados pelos passageiros em decorrência de eventuais falhas.

6. Bibliografia

ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. A COVID-19 e o transporte aéreo: A contínua mitigação dos direitos dos passageiros-consumidores. Revista de Direito do Consumidor | vol. 139/2022 | p. 267 - 295 | Jan - Fev / 2022 DTR\2022\3930

BERNARDI, RICARDO. Responsabilidade civil no transporte aéreo: uma análise doutrinária sobre o tema. 29 jul. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/aviacao-desafios-da-retomada/responsabilidade-civil-no-transporte-aereo-uma-analise-doutrinaria-sobre-o-tema-29072022#:~:text=Nelson%20Nery%20Jr.-,sobre%20o%20tema%3A,a%20indeniza%C3%A7ao%20a%20esse%20t%C3%ADtulo>> Acesso em: 23 set. 2022.

BESSA, Leonardo Roscoe. A Lei 14.034/2020: Transporte aéreo e o dano moral ao consumidor. Revista de Direito do Consumidor | vol. 135/2021 | p. 79 - 102 | Maio - Jun / 2021- Revista de Direito do Consumidor | vol. 136/2021 | p. 21 - 45 | Jul - Ago / 2021 DTR\2021\8300

BENJAMIN, Antonio Herman V. O Transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor | vol. 100/ 2015 | p. 23 - 37 | Jul - Ago / 2015 DTR\2015\13074

BORGES, Mônica Aparecida Canato. O Código de Defesa do Consumidor, A Convenção de Varsóvia e o Novo Código Civil: Tratados Internacionais e Direito Interno, algumas considerações. Revista de Direito do Consumidor | vol. 56/2005 | p. 90 - 134 | Out - Dez / 2005 | DTR\2005\649

BRAGA DA SILVEIRA, Bruna. Notas sobre a teoria dinâmica do ônus da prova. Revista de Direito Privado | vol. 52/2012 | p. 263 - 282 | Out - Dez / 2012 | DTR\2012\451290

BROUWERS, Silvana do Prado. A responsabilidade civil e a inversão do ônus da prova nas lides de consumo - aspectos legais, doutrinários e jurisprudências. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/80388/178315.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 24 set 2022.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - exegese do art. 373, §§ 1.º E 2.º do NCPC. Revista de Processo | vol. 246/2015 | p. 85 - 111 | Ago / 2015 | DTR\2015\13231

CONJUR. Cartilha do CNJ busca conter alta de processos contra companhias aéreas. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-29/cartilha-cnj-busca-conter-alta-processos-cias-aereas>>. Acesso em: 12 jan. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Com oito processos a cada 100 voos, especialistas discutem impacto de decisões sobre setor aéreo. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/com-oito-processos-a-cada-100-voos-especialistas-discutem-impacto-de-decisoes-sobre-setor-aereo/>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

CUNHA, Alexandre Luna da. Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/23805/Alexandre%20Luna%20da%20Cunha.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 24 set. 2022.

IATA. Ailines. Resolving Brazilian litigation issues. Disponível em: <<https://airlines.iata.org/analysis/resolving-brazilian-litigation-issues>>. Acesso em: 07 jan. 2023.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Direitos do Consumidor*. Disponível em: Minha Biblioteca, (10th edição). Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992941/>. Acesso em: 19 fev. 2023.

KABA, WILSON. Dinamização do ônus da prova no direito do consumidor. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. 2014. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls000189653>>. Acesso em: 23 set 2022.

LEITE, Ricardo Rocha. O ônus da prova no CDC: sua diversidade, a falsa inversão e a redução de exigências como método de produção e valoração probatórias. Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Brasília - DF, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12195>>. Acesso em 24 set 2022.

LOPES, João Batista. Ônus da prova. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/461/edicao-2/onus-da-prova>. Acesso em 21 fevereiro 2023.

MANFREDINI HAPNER, Carlos Eduardo. Responsabilidade Civil - Relação Contratual de Transporte Aéreo de Pessoas. Revista de Direito do Consumidor | vol. 6/1993 | p. 245 - 251 | Abr - Jun / 1993 DTR\1993\164

MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o código de defesa do consumidor - Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. Revista de Direito do Consumidor | vol. 3/1992 | p. 155 - 197 | Jul - Set / 1992. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor | vol. 1 | p. 601 - 642 | Abr / 2011 | DTR\1992\187

MALAGÓ, Fábio Machado. Distribuição dinâmica do ônus da prova. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042015-112910/pt-br.php>>. Acesso em: 24 set. 2022.

MIGALHAS. Gisele Amorim Zwicker. Da admissibilidade das telas e registros sistêmicos como provas jurídicas válidas. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/356253/da-admissibilidade-das-telas-e-registros-sistemicos-provas-juridicas>. Acesso em 21 fev. 2022.

MONTORO FILHO, André Franco. A aviação no Brasil. 1970. Tese de Mestrado - Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 1970. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8009>>. Acesso em 20 set 2022.

NORDMEIER, Carl Friedrich. Direito Internacional Privado - Implicações em viagens aéreas internacionais e a situação jurídica dos passageiros. Revista de Direito do Consumidor | vol. 73/2010 | p. 207 - 223 | Jan - Mar / 2010. Doutrinas Essenciais de Direito Internacional | vol. 5 | p. 331 - 345 | Fev / 2012 | DTR\2010\47

PEDRON, Flávio Quinaud. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. Revista de Processo | vol. 285/2018 | p. 121 - 156 | Nov / 2018 | DTR\2018\20777

PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa e DA SILVA FANECO, Livia Carvalho. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. Revista de Direito do Consumidor | vol. 91/2014 | p. 309 - 335 | Jan - Fev / 2014 | DTR\2014\577

ROLAND, BEATRIZ DA SILVA. O diálogo das fontes no transporte aéreo internacional de passageiros: ponderações sobre a aplicabilidade da Convenção de Montreal e/ou do CDC. Revista de Direito do Consumidor | vol. 99/2015 | p. 39 - 70 | Maio - Jun / 2015 | DTR\2015\10685

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor, 2002, Ed. Saraiva, fl. 328.

SCALON, EDUARDO. Ônus da prova no código de defesa do consumidor. 2014. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6603>>. Acesso em: 23 set. 2022.

STARLING, VALÉRIA CURI A. S. e VILLA, NICOLE. A origem da judicialização desproporcional no mercado do transporte aéreo no Brasil. JOTA. 20 jun. 2022. Disponível em:<[https://www.jota.info/coberturas-especiais/aviacao-desafios-da-retomada/a-origem-da-judicializacao-desproporcional-no-mercado-do-transporte-aereo-no-brasil-20062022#:~:text=A%20ANAC%20\(Ag%C3%Aancia%20Nacional%20de,processo%20a%20c____ada%2015%20votos%2C](https://www.jota.info/coberturas-especiais/aviacao-desafios-da-retomada/a-origem-da-judicializacao-desproporcional-no-mercado-do-transporte-aereo-no-brasil-20062022#:~:text=A%20ANAC%20(Ag%C3%Aancia%20Nacional%20de,processo%20a%20c____ada%2015%20votos%2C)>Acesso em: 23 set. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A teoria do desvio produtivo: inovação na jurisprudência do STJ em respeito ao tempo do consumidor. 26 jun 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/26062022-A-teoria-do-desvio-produtivo-inovacao-na-jurisprudencia-do-STJ-em-respeito-ao-tempo-do-consumidor.aspx>>. Acesso em: 23 set 2022.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. Prova. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/91/edicao-1/prova>. Acesso em 21 jan. 2023