Acórdãos TRL

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

Processo:	**28440/17.9T8LSB.L1-6**
Relator:	**ANA PAULA A. A. CARVALHO**
Descritores:	**VIAGEM TURÍSTICA** **CONTRATO** **DESISTÊNCIA** **MOTIVO DE FORÇA MAIOR** **REEMBOLSO**
Nº do Documento:	**RL**
Data do Acordão:	**10-10-2019**
Votação:	**UNANIMIDADE**
Texto Integral:	**S**
Texto Parcial:	**N**
Meio Processual:	**APELAÇÃO**
Decisão:	**IMPROCEDENTE**
Sumário:	**I – O encurtamento do programa por dois dias, numa viagem de longo curso (não superior a oito dias) realizada por uma família com crianças, é um adiamento considerável, legitimando a rescisão por justa causa do cliente, nos termos do artigo 24º nº 2 do Dec. Lei 61/2011, sem qualquer penalização, e com direito a reembolso das quantias despendidas.** **II - Se o facto aditado, caracterizando a bruma seca como «habitual nesta época do ano», não foi alegado em concreto, mas integra a causa de exoneração suscitada pela ré - se está ou não em causa um fenómeno atmosférico de força maior/imprevisível -, e resulta da prova produzida a tal respeito, deverá ser considerado como facto instrumental nos termos do artigo 5º, nº 2 al. a) do C.P.C.**
Decisão Texto Parcial:	
Decisão Texto Integral:	**Acordam na 6ª Seção do Tribunal da Relação de Lisboa:**

RELATÓRIO

A, intentou acção declarativa de condenação contra B […..Viagens e Turismo S.A.] e C [….Seguros – …S.A.] peticionando a condenação da 1ª Ré no pagamento de 6119,00 € relativo ao reembolso dos bilhetes de viagens e demais quantia pagas e da 2ª Ré no pagamento de 1600,00 € de indemnização e despesas relativos à perturbação da viagem nos termos do contrato de seguro celebrado.

Para o efeito, alega a autora que adquiriu à Ré um contrato de viagem e turismo para si e para a sua família com destino à Ilha da Boa Vista com saída dia 26.12.2016 e regresso a 02.01.2017. A Autora procedeu ao pagamento do preço acordado. Acontece que no dia 26.12 realizada a partida e depois de quatro horas de voo o avião não pôde aterrar na Ilha da Boa Vista, tendo regressado a Lisboa. Em Lisboa, permaneceram no Hotel Zurique sendo que, no dia seguinte, a Autora disse à 1ª Ré que face ao sucedido desistia da viagem. Apesar das reclamações efectuadas quer junto da 1ª Ré quer junto da 2ª Ré, com quem celebrou um contrato de seguro, nenhuma das RR. procedeu ao pagamento dos valores peticionados.

Na contestação, a Ré B veio invocar a ilegitimidade da Autora.

Mais impugna o fundamento da presente acção. Alega, em síntese que o avião não pode aterrar no dia 26.12. devido ao fenómeno da bruma seca. Mas desde logo foram os clientes informados que a viagem se faria logo que possível, o que veio a acontecer dia 28 de Dezembro. Contudo a Autora decidiu unilateralmente não realizar a viagem, facto que apenas a si diz respeito. A Ré nada tem assim que reembolsar visto que a causa do incumprimento foi uma circunstância anormal e imprevisível e foi a Autora quem, por sua iniciativa, quis desistir da viagem.
A Ré C, na contestação, invoca que o contrato celebrado não tem cobertura para os factos invocados uma vez que não existiu atraso na partida do qual decorrem danos para a Autora ou despesas de alojamento. Pede assim a sua absolvição.
Em sede de audiência prévia, proferiu-se despacho saneador que julgou improcedente a excepção de ilegitimidade invocada, foram fixados os temas de prova e identificado o objecto do litígio.
Realizou-se a audiência de discussão e julgamento, com observância do legal formalismo, e foi elaborada a sentença que julgou a acção parcialmente procedente e decidiu:
«a) Condenar a Ré B a pagar à Autora A, a quantia de 6.119,00 € acrescida de juros moratórios desde a citação até integral pagamento.
b) Absolver a Ré C do peticionado.»

*****

Não se conformando, a ré B presentou recurso de apelação, pugnando pela revogação da sentença "a quo" e sua substituição por outra que determine a improcedência da ação.
A apelante formula as seguintes conclusões das alegações de recurso:
«a) De todas as testemunhas ouvidas, foi atribuída especial credibilidade e relevância às declarações de Parte de A, aqui Autora, e da testemunha Rui …., marido da Autora.
b) Ora, como é notório, ambos têm um interesse direto na procedência da pretensão objeto dos presentes autos pelo que os seus depoimentos nunca poderiam ter sido isentos, e muito menos credíveis.
c) Desta forma, e independentemente da forma como o depoimento decorreu onde se demonstrou a forma como o mesmo não foi independente nem credível os mesmos nunca poderiam ser tidos em conta na seleção da matéria considerada provada.
d) Em face do exposto, deve a ponderação das declarações de parte dos Autores ser desconsiderada para efeitos de valoração da prova produzida.
e) O quesito 8) da matéria de facto considerada provada deve ser alterado no sentido de considerar-se como provado, apenas, o seguinte: "*Durante o período em que o avião esteve estacionado na ilha do Sal não foi dada alimentação aos passageiros*" em função das declarações de Parte de A, (cfr. ata da audiência de

julgamento datada de 3 de Dezembro de 2018, declarações gravadas através do sistema integrado de gravação digital disponível na aplicação informática em uso no tribunal a 3-12-2018, com início da gravação a 00:29:13 e fim da gravação às 00:51:31, excerto da gravação 00:46:00 – 00:49:00), e da testemunha Rui …., marido da autora (cfr. ata da audiência de julgamento datada de 3 de Dezembro de 2018, declarações gravadas através do Sistema integrado de gravação digital disponível na aplicação informática em uso no tribunal a 3-12-2018, com início da gravação a 00:52:21 e fim da gravação às 01:13:00, excerto da gravação 01:06:59 – 01:07:05).

f) Em função da prova documental produzida, (doc. 12 da Petição Inicial), do depoimento de Rui ….. (cfr. ata da audiência de julgamento datada de 3 de Dezembro de 2018, declarações gravadas através do Sistema integrado de gravação digital disponível na aplicação informática em uso no tribunal a 3-12-2018, com início da gravação a 00:52:21 e fim da gravação às 01:13:00, excerto 01:09:15 – 01:12:00) e de Fernando … (ata da audiência de julgamento datada de 3 de Dezembro de 2018, declarações gravadas através do Sistema integrado de gravação digital disponível na aplicação informática em uso no tribunal a 3-12-2018, com início da gravação a 01:13:52 e fim da gravação às 01:41:20, excerto 01:23:42 – 01:24:00), o quesito 15) da matéria de facto considerada provada deve ser alterado no sentido de considerar-se como provado o seguinte: "*15. A Autora informou no dia seguinte, pelas 22 horas e 26 minutos, por email remetido para o endereço tropi@soltropico.pt, que pretendia desistir da viagem organizada pela Ré.*",

g) Relacionado com o facto descrito no parágrafo anterior, e em função da prova documental produzida, (doc. 12 da Petição Inicial), do depoimento de Rui ….. (cfr. ata da audiência de julgamento datada de 3 de Dezembro de 2018, declarações gravadas através do Sistema integrado de gravação digital disponível na aplicação informática em uso no tribunal a 3-12-2018, com início da gravação a 00:52:21 e fim da gravação às 01:13:00, excerto 01:09:15 – 01:12:00) e de Fernando ….. (ata da audiência de julgamento datada de 3 de Dezembro de 2018, declarações gravadas através do Sistema integrado de gravação digital disponível na aplicação informática em uso no tribunal a 3-12-2018, com início da gravação a 01:13:52 e fim da gravação às 01:41:20, excerto 01:23:42 – 01:24:00), deve ainda ser considerado provado o seguinte: "*O endereço tropi@soltropico.pt não constava da documentação entregue ao Cliente sendo um email desconhecido pela Ré*".

h) Relacionado com os factos descritos nos parágrafos anteriores, e em função da prova documental produzida, (doc. 12 da Petição Inicial), do depoimento de Rui …… (cfr. ata da audiência de julgamento datada de 3 de Dezembro de 2018, declarações

gravadas através do Sistema integrado de gravação digital disponível na aplicação informática em uso no tribunal a 3-12-2018, com início da gravação a 00:52:21 e fim da gravação às 01:13:00, excerto 01:09:15 – 01:12:00) e de Fernando ….. (ata da audiência de julgamento datada de 3 de Dezembro de 2018, declarações gravadas através do Sistema integrado de gravação digital disponível na aplicação informática em uso no tribunal a 3-12-2018, com início da gravação a 01:13:52 e fim da gravação às 01:41:20, excerto 01:23:42 – 01:24:00), deve ainda ser considerado provado o seguinte::"*A Ré apenas se apercebeu que a Autora desistiu da viagem no dia 28 de dezembro quando a mesma não apareceu no check-in*".

i) O quesito 23) da matéria de facto considerada provada deve ser alterado no sentido de considerar-se como provado, apenas, o seguinte: "*23. No dia 26 de Dezembro de 2016, o Arquipélago de Cabo Verde, designadamente a ilha da Boavista, foi afetado por uma bruma seca, que é um fenómeno imprevisível*". Tal conclusão resulta dos depoimentos de Fernando …… (cfr. ata da audiência de julgamento datada de 3 de Dezembro de 2018, declarações gravadas através do Sistema integrado de gravação digital disponível na aplicação informática em uso no tribunal a 3-12-2018, com início da gravação a 01:13:52 e fim da gravação às 01:41:20, excerto da gravação 01:13:48 – 01:18:00), Mário …… (cfr. ata da audiência de julgamento datada de 3 de Dezembro de 2018, declarações gravadas através do Sistema integrado de gravação digital disponível na aplicação informática em uso no tribunal a 3-12-2018, com início da gravação a 01:42:38 e fim da gravação às 02:07:10, excerto da gravação 01:46:07 – 01:49:00), e Isabel ….. (cfr. ata da audiência de julgamento datada de 3 de Dezembro de 2018, declarações gravadas através do Sistema integrado de gravação digital disponível na aplicação informática em uso no tribunal a 3-12-2018, com início da gravação a 02:19:00 e fim da gravação às 02:40:00, excerto da gravação 02:22:32).

j) O artigo 29.º, n.º 4, alínea b), do Decreto Lei n.º 61/2011, de 6 de maio (de ora em diante abreviadamente designado por "DL 61/2011"), estabelece o seguinte: *"tratando-se de viagens organizadas, a agência não pode ser responsabilizada quando o incumprimento não resultar de excesso de reservas e for devido a situações de força maior ou caso fortuito, motivado por circunstâncias anormais e imprevisíveis, alheias àquele que as invoca, cujas consequências não pudessem ter sido evitadas".*

k) O incumprimento do contrato resultou da impossibilidade de o avião aterrar na ilha da Boavista (facto considerado provado com o número 26), sendo que essa impossibilidade se deveu à condição atmosférica designada por bruma seca (factos considerados provados com os números 24 e 25). Assim, e da matéria considerada provada pela sentença recorrida, resulta claro que o

incumprimento não resultou do excesso de reservas.
l) Acresce que a sentença recorrida afirma, ainda, o seguinte: "*O fenómeno da bruma seca, [a sua sazonalidade], a impossibilidade de aterrizagem na Ilha da Boa Vista, e a necessidade de regresso imediato a Lisboa foram ainda confirmados pelos depoimentos de Ana ……, Mário …… e Isabel …..*".
m) Ora, o evento de bruma seca, de acordo com o que foi demonstrado pelos depoimentos prestados pelas testemunhas da Autora e da Ré, consubstancia um fenómeno natural.
n) A bruma seca é um fenómeno meteorológico incontrolável.
o) Assim, a sentença recorrida, ao considerar que o fenómeno de bruma seca não é um evento de força maior, interpretou e aplicou incorretamente o artigo 29.º, n.º 4, alínea b), do DL 61/2011 que deve ser interpretado no sentido de caber na sua previsão o evento de bruma seca.
p) O artigo 24.º, n.º 1 e 2, do DL 61/2011, estabelece que *"a agência deve notificar imediatamente quando, por factos que não lhe sejam imputáveis, não puder cumprir alguma das obrigações resultantes do contrato"* sendo que "*se a impossibilidade respeita a alguma obrigação essencial, o cliente pode rescindir o contrato sem penalização ou aceitar por escrito uma alteração ao contrato e eventual variação de preço*".
q) Esta norma, sobretudo quando analisada em confronto com o disposto no artigo 27.º, do DL 61/2011, está prevista para os casos em que a impossibilidade de cumprimento se verifica antes da partida.
r) Desta forma, ao entender de forma distinta, a sentença recorrida incorreu em erro na interpretação e aplicação do artigo 24.º, do DL 61/2011, que deve ser interpretado no sentido de apenas ser aplicável quando o incumprimento é definitivo.
s) No presente caso, a partida ocorreu pelo que a aplicação do disposto no artigo 24.º, do DL 61/2011 ao litígio objeto dos presentes autos é um claro erro na interpretação e aplicação da mencionada norma. Este preceito deve ser interpretado no sentido de apenas ser aplicável nos casos em que a partida ainda não ocorreu
t) Mesmo que se entenda que o artigo 24.º, DL 61/2011 é aplicável ao presente caso – o que se admite, sem conceder, por mera cautela de patrocínio –, o alegado incumprimento não foi definitivo, na medida em que a viagem ocorreu dois dias depois. Assim, ao entender de forma distinta, a sentença recorrida incorreu em erro na interpretação e aplicação do artigo 24.º, do DL 61/2011, que deve ser interpretado no sentido de apenas ser aplicável quando o incumprimento é definitivo.
u) Importa notar que, atento o período em que a viagem ocorreu, o objetivo dos passageiros – da Autora e dos restantes passageiros – era o de passar o fim de ano em Cabo Verde.
v) Ora, indo no voo de dia 28, esse propósito – o propósito

essencial da contratação desta viagem – foi conseguido.
w) Desta forma, a sentença recorrida interpreta e aplica incorretamente o artigo 24.º, n.º 2, do DL 61/2011. De facto, a impossibilidade de cumprimento de uma obrigação essencial prevista neste preceito, nos casos em que está em causa uma viagem que pretende realizar uma comemoração específica – no caso, a passagem de ano –, não se verifica se o objetivo da viagem for cumprido, devendo ser essa a interpretação do preceito em causa.
x) Ainda que se entenda que a situação objeto dos presentes autos se inclui no âmbito de aplicação do artigo 24.º, n.º 2, do DL 61/2011 – o que se admite, sem conceder, por mera cautela de patrocínio –, a Autora não rescindiu o referido contrato.
y) De facto, a Autora adotou comportamentos que presumem que os mesmos concordavam com a alteração da partida do voo (como o beneficiar do alojamento e refeição providenciados pela ora Recorrente).
z) Acresce que a suposta rescisão do contrato ocorreu através do suposto envio de um email para o endereço tropi@soltropico.pt
aa) Ou seja, a rescisão do contrato não é eficaz porque não ocorreu junto de quem celebrou um contrato de compra e venda com a Autora – a agência Geostar.
bb) Por outro lado, e ainda que se considere que a rescisão do contrato poderia ser feita diretamente junto da Ré – o que se admite, sem conceder, por mera cautela de patrocínio –, a Autora remeteu a comunicação para um endereço eletrónico que não constava em nenhuma documentação entregue pela Ré e que esta desconhece.
Consequentemente, também por isso não se pode considerar que a comunicação de rescisão ocorreu.
cc) Finalmente, importa destacar que, para todos os efeitos, o único comportamento da Autora que significou que não aceitava o voo no dia 28 foi o facto de a mesma não se apresentar no check in.
dd) Ora, isso não significa a rescisão do contrato mas sim o incumprimento do mesmo pela Autora.
ee) Em face do exposto, a sentença recorrida, ao considerar que a Autora rescindiu o contrato, interpretou e aplicou incorretamente o artigo 24.º, n.º 2, do DL 61/2011.
Este preceito deve ser entendido no sentido de exigir que a rescisão seja realizada através de uma comunicação, dirigida à contraparte no contrato de viagens (Geostar) ou, pelo menos, que seja recebida pelo destinatário.
NESTES TERMOS
Requer-se a Vs. Exas., Venerandos Juízes Desembargadores do Tribunal da Relação de Lisboa, que revoguem a sentença recorrida e a substituam por outra que determine a improcedência da ação.»

*

Não foram oferecidas contra-alegações.

*

Obtidos os vistos legais, cumpre apreciar.

*

<u>Questões a decidir:</u>

O objeto e o âmbito do recurso são delimitados pelas conclusões das alegações, nos termos do disposto no artigo 635º nº 4 do Código de Processo Civil. Esta limitação objetiva da atuação do Tribunal da Relação não ocorre em sede da qualificação jurídica dos factos ou relativamente a questões de conhecimento oficioso, desde que o processo contenha os elementos suficientes a tal conhecimento (cf. Artigo 5º, nº 3, do Código de Processo Civil). Similarmente, não pode este Tribunal conhecer de *questões novas* que não tenham sido anteriormente apreciadas porquanto, por natureza, os recursos destinam-se apenas a reapreciar decisões proferidas (Abrantes Geraldes, *Recursos no N.C.P.C.*, 2017, Almedina, pág. 109).

Importa apreciar as seguintes questões:

a). Se o tribunal recorrido incorreu em erro de julgamento da matéria de facto pelos motivos invocados nas alegações de recurso?

b). Se o tribunal recorrido interpretou e aplicou incorrectamente o disposto nos artigos 24.º, n.º 1 e 2, e 29º, nº 4, alínea b) do Dec. Lei nº 61/2011 pelas razões invocadas pela apelante?

*

<u>FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO</u>

A factualidade provada e não provada consignada na sentença recorrida é a seguinte:

«Factos Provados

Com relevância para a boa decisão a causa provaram-se os seguintes factos:

1. No dia 26/12/2016 a Autora celebrou um contrato de viagem e turismo organizado de a 1.ª Ré como operador turístico, com saída do Aeroporto de Lisboa no dia 26/12/2016 às 8h:45 e chegada a Rabit Airport, Boavista, Cabo Verde às 11h:55

2. Na celebração do respectivo contrato de viagem e turismo operada pela 1.ª Ré, a Autora e a sua família iriam ficar alojados, no hotel Riu Karamboa Clubhotel, por um período de 7 noite em regime de tudo incluído,

3. A Autora sairia de Rabil Airoport (Boavista) – Cabo verde, no dia 02/01/2017 com chegada prevista às 10h, ao Aeroporto de Lisboa

4. Nos termos do contrato de venda de viagem programada, celebrado entre Autora e 1.ª Ré, exigia que a mesma realizasse depósito de 25% do preço do serviço, liquidando os restantes 75% até 21 dias antes do início do serviço, tendo a Autora realizado em 22/12/2016 através da factura/recibo FR:

16004/01212 o pagamento de €3.619,00 (três mil seiscentos e dezanove euros)
5. Em 29/12/2016 a Autora liquidou os restantes 75% do contrato celebrado com a 1.ª Ré, no valor de €2.500,00 (dois mil e quinhentos euros),
6. Consta das condições gerais do contrato de viagem celebrado entre a Autora e 1.ª Ré "Se por factos não imputáveis à Soltrópico, esta vier a ficar impossibilitada de cumprir algum serviço essencial constante do programa de viagem, tem o cliente direito a desistir da viagem sendo imediatamente reembolsado de todas as quantias pagas ou, em alternativa, aceitar uma alteração eventual variação de preço. (…)".
7. A Autora e a sua família, embarcaram no dia 26/12/2016 pelas 6h:30m, no Aeroporto Humberto Delgado em Lisboa, na viagem de turismo contratada com a 1.ª Ré, com destino á Ilha da Boavista – Cabo Verde,
8. Depois de duas tentativas falhadas, de aterragem do avião, no aeroporto da Ilha da Boavista devido á falta de visibilidade, o voo foi desviado para o Aeroporto da Ilha do Sal.
9. Depois da aterragem no Aeroporto da Ilha do Sal, o comandante do avião, informou os passageiros, que teriam de regressar a Lisboa.
10. A Autora, a sua família e os restantes passageiros, permaneceram 4 horas no interior do avião, sem almoço e assistência, incluído as crianças que ai viajavam.
11. Depois desse tempo passado dentro do avião, o voo regressou a Lisboa.
12. A Autora e a sua família permaneceram desde a partida da sua viagem, até ao seu regresso a Lisboa, dez horas dentro de um avião.
13. Só no voo de regresso foi dada alimentação aos passageiros.
14. Regressados a Lisboa, a Autora e a sua família foram encaminhados para o Hotel Zurique, e nesse dia á noite, a operadora aqui 1.ª Ré, reuniu com os passageiros.
15. A Autora informou no dia seguinte há hora de almoço, a 1.ª Ré, desistia da viagem por si organizada.
16. Solicitou de imediato o reembolso de todas as quantias pagas.
17. A Autora no dia 29/12/2016 procedeu á reclamação por escrito junto do fornecedor dos serviços.
18. Pela 1.ª Ré não foi paga qualquer quantia.
19. No âmbito do contrato de seguro celebrado entre a Autora e a 2.ª Ré deu origem á Apólice n.º 4900001122, dendo origem ao processo interno na segunda Ré sob o n.º 4781785, reclamando a Autora o pagamento de €1.600,00.
20. A 2.ª Ré declinou qualquer responsabilidade.
21. A Ré é um operador turístico e, como tal, organiza e vende viagens organizadas.
22. A Geostar vendeu à Autora a viagem organizada para Cabo

Verde.
23. No dia 26 de Dezembro de 2016, o Arquipélago de Cabo Verde, designadamente a ilha da Boavista, foi afectado por uma bruma seca, habitual nesta época do ano.
24. A bruma seca é uma suspensão na atmosfera de partículas secas extremamente pequenas, invisíveis a olho nu e suficientemente numerosas para darem ao ar um aspecto opalescente.
25. Esta condição atmosférica impossibilita a aterragem em aeroportos sem Instrumental Landing System (ILS).
26. Em virtude desse facto, a transportadora aérea que realizou o voo – a TAP –, não teve condições para aterrar na ilha da Boavista tendo aterrado no Sal.
27. Em virtude da impossibilidade de aterrar na Ilha da Boavista, o avião regressou a Lisboa.
28. A 1º Ré propôs aos clientes que realizassem a viagem mal isso fosse possível.
29. O que veio a suceder em 28 de Dezembro de 2016.
Factos Não provados
A) A 1ª Ré num modo intimidatório informou os passageiros que se desistissem da viagem perderia todo ou grande parte do dinheiro.»
*****
FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO
a). Se o tribunal recorrido incorreu em erro de julgamento da matéria de facto pelos motivos invocados nas alegações de recurso?
Em sede de impugnação do julgamento da matéria de facto, a apelante pretende a modificação da decisão relativamente aos pontos números 13, 15 e 23:
a)a). Alterar a redacção do ponto 13 para «Durante o período em que o avião esteve estacionado na ilha do Sal não foi dada alimentação aos passageiros»;

a).b). Alterar a redacção do ponto 15 para «A autora informou no dia seguinte, pelas 22 horas e 26 minutos, por e-mail remetido para o endereço *tropi@soltropico.pt*, que pretendia desistir da viagem organizada pela Ré.»
a).c). Considerar ainda provado que «O endereço *tropi@soltropico.pt* não constava da documentação entregue ao Cliente sendo um email desconhecido pela Ré.»
a).d). Considerar além disso provado que «A Ré apenas se apercebeu que a Autora desistiu da viagem no dia 28 de dezembro quando a mesma não apareceu no check in.»
a).e). Alterar a redacção do ponto 23 para «No dia 26 de Dezembro de 2016, o Arquipélago de Cabo Verde, designadamente a ilha da Boavista, foi afectado por uma bruma seca, que é um fenómeno imprevisível.»

No nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da liberdade de julgamento ou da *livre convicção*, face ao qual o tribunal aprecia livremente as provas, sem qualquer grau de hierarquização e fixa a matéria de facto em sintonia com a convicção firmada acerca de cada facto controvertido, tendo porém presente o princípio a observar em casos de dúvida, consagrado no artigo 414º do C.P.C., de que a «dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita». Conforme é realçado por Ana Luísa Geraldes («Impugnação», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I. Coimbra, 2013, pág. 609 e 610), em «caso de dúvida, face a depoimentos contraditórios entre si e à fragilidade da prova produzida, deverá prevalecer a decisão proferida pela 1ª instância, em observância dos *princípios da imediação, da oralidade e da livre apreciação da prova*, com a consequente improcedência do recurso nesta parte». E mais à frente remata: «O que o controlo de facto em sede de recurso não pode fazer é, sem mais, e infundadamente, aniquilar a livre apreciação da prova do julgador construída dialeticamente na base dos referidos princípios da imediação e da oralidade.»

Nesta sequência, para que a decisão sobre a matéria de facto seja alterada, haverá que demonstrar que na formação da convicção do julgador de 1ª instância, retratada nas respostas que se deram aos factos, foram violadas regras que lhe deviam ter estado subjacentes, nomeadamente face às regras da experiência, da ciência e da lógica, da sua conformidade com os meios probatórios produzidos, ou com outros factos que foram considerados como assentes.

A fundamentação fáctica consignada na decisão recorrida é do seguinte teor:

(…)

«Na resposta à matéria de facto o tribunal ponderou criticamente toda a prova produzida à luz das regras de experiência comum e das provas legalmente admissíveis trazidas a Tribunal.

Em particular foram relevantes os elementos documentais juntos:

- Fls.10 a 12 – Contrato celebrado entre a A. e a 1º Ré

Fls. 13 a 17 – Vouchers adquiridos,

Fls. 18 e 18v– factura recibo relativo ao valor liquidado pela A-

Fls. 19 – boarding tickets

Fls. 19 v – declaração da Sol trópico

Fls. 20v e 21 – Desistência da Viagem pela A. e pedido de reembolso

Fls. 22 a 23 – Reclamação efectuada pela A.

Fls. 24 – Novo pedido de pagamento/reembolso

Fls. 26v – Registo das telecomunicações efectuadas pela A. na tentativa de resolver o problema

Fls. 27 – Valor de estacionamento pago pela A. no aeroporto

Fls. 28 – Contrato de seguro celebrado com a 2ª Ré
Fls. 30v e 31 – Pedido de reembolso à 2ª Ré
Com excepção da matéria relativa à pressão intimidatória realizada pela Ré (que não se provou), a demais matéria alegada e com relevância foi aceite por todas as partes. Nomeadamente, a impossibilidade de aterrizagem do avião na ilha da Boavista por força da bruma seca que se fazia sentir, o regresso a Lisboa e a consequente desistência da Autora da viagem foram matérias relativamente às quais houve acordo entre as partes. Ainda que assim não fosse, os testemunhos de Vera … e Rui ..., foram credíveis e presenciais, relatando os factos tal como ocorreram, com excepção da invocada intimidação. Quanto a esta "intimidação" valorou o Tribunal mais os depoimentos de Fernando ... pela forma desapaixonada e clara com que depôs em audiência.
O fenómeno da bruma seca, a sua sazonalidade, a impossibilidade de aterrizagem na Ilha da Boa Vista, e a necessidade de regresso imediato a Lisboa foram ainda confirmados pelos depoimentos de Ana …, Mário ... e Isabel ….
No que refere à reunião, e aos elementos transmitidos à Autora nessa ocasião, foi relevante o depoimento de Fernando ... e Mário ... que relatam o que ali ocorreu a possibilidade que foi desde logo dada aos passageiros de que – logo que possível – o que aconteceu no dia 28 (dois dias depois). Do depoimento destas testemunhas que também mereceu credibilidade pela isenção demonstrada não resultou provada a existência de qualquer pressão desleal para com os clientes apenas tendo referido que a viagem ainda se poderia realizar, o que veio a acontecer dois dias depois.
A Autora não aceitou esta mudança e a realização de nova partida porque a estadia ficaria encurtada em dois dias, perturbando a organização das suas férias, e porque já toda a família ficou perturbada e agastada com o sucedido não o pretendendo reviver.
Os valores pagos pela Autora quer viagem e estadia resultam dos documentos juntos, assim como os valores reclamados à seguradora a titulo de telecomunicações e parque de estacionamento – fls. 26 e 27.
Os factos não provados decorrem assim da globalidade da prova produzida em sentido contrário nomeadamente face à prova efectuada.»
a). Alterar a redacção do ponto 13 para «<u>Durante o período em que o avião esteve estacionado na ilha do Sal não foi dada alimentação aos passageiros</u>»;
Nesta parte, a apelante sustenta que este facto não foi alegado desta forma na petição inicial, e que a matéria considerada provada excede o que foi concretamente alegado.
Os factos provados, a este respeito, são:
«10. A Autora, a sua família e os restantes passageiros,

permaneceram 4 horas no interior do avião, sem almoço e assistência, incluído as crianças que ai viajavam.
11. Depois desse tempo passado dentro do avião, o voo regressou a Lisboa.
12. A Autora e a sua família permaneceram desde a partida da sua viagem, até ao seu regresso a Lisboa, dez horas dentro de um avião.
13. Só no voo de regresso foi dada alimentação aos passageiros.»

Estes factos são englobados claramente na matéria alegada nos artigos 14º a 17º da petição inicial.
Por outro lado, é defendido que a matéria provada não corresponde às declarações de parte da autora, e da testemunha Rui ..., seu cônjuge.
Após a audição integral destes depoimentos, constata-se que a autora referiu terem passado «sete horas sem refeição», e a testemunha Rui ... esclareceu que «serviram uma refeição ligeira às 10h da manhã», ficaram «sem água, sem comida…até que abriram a porta para circular o ar», pois «em termos de catering não estavam preparados» e «no voo de regresso também serviram uma refeição».
Não há, consequentemente, qualquer fundamento para alterar a decisão, que corresponde aos meios de prova produzidos. Aliás, na reclamação escrita em 29.12.2016, junta como documento 12, e elaborada pouco depois dos acontecimentos, é feito um relato quase idêntico.
b). Alterar a redacção do ponto 15 para «A autora informou no dia seguinte, pelas 22 horas e 26 minutos, por e-mail remetido para o endereço *tropi@soltropico.pt*, que pretendia desistir da viagem organizada pela Ré.»
Os factos provados a este respeito são:
«14. Regressados a Lisboa, a Autora e a sua família foram encaminhados para o Hotel Zurique, e nesse dia á noite, a operadora aqui 1.ª Ré, reuniu com os passageiros.
15. A Autora informou no dia seguinte há hora de almoço, a 1.ª Ré, desistia da viagem por si organizada.
16. Solicitou de imediato o reembolso de todas as quantias pagas.»
A apelante sustenta que esta alteração deve ser feita essencialmente com base nas declarações contraditórias produzidas a tal respeito pela autora e o seu cônjuge. Na verdade, a autora refere que «comuniquei a desistência logo no dia seguinte», o que é praticamente confirmado por Rui …, resultando além disso que foi remetida uma mensagem electrónica, a comunicar tal desistência no dia 27.12.2016, às 22:26.
Consequentemente, há fundamento para alterar a redacção deste ponto no sentido pretendido pela apelante.

c). Considerar ainda provado que «O endereço *tropi@soltropico.pt* não constava da documentação entregue ao Cliente sendo um email desconhecido pela Ré.»
No essencial, é defendido o aditamento deste facto com base no testemunho de Fernando …., que não reconheceu o endereço electrónico em causa, e por não resultar da documentação junta aos autos. Trata-se de um facto que não foi alegado na contestação, e a simples circunstância de a testemunha Fernando …. não reconhecer o endereço de e-mail não significa que não exista, pois nos documentos 11 e 12 é confirmada a hora de receção da mensagem.
Não há assim fundamento para julgar provado tal facto.
d). Considerar além disso provado que «A Ré apenas se apercebeu que a Autora desistiu da viagem no dia 28 de dezembro quando a mesma não apareceu no check in.»
De novo, este aditamento resulta do testemunho de Fernando …, porque referiu «só no dia 28 souberam que eles não iam embarcar».
Este depoimento por si só não é suficiente para infirmar a comunicação escrita comprovada pelo documento já identificado, que foi remetida no dia 27/12, e para um endereço que visivelmente existe. Além disso, está em causa matéria que nem sequer foi alegada pela ré e por isso não foi devidamente submetida ao contraditório entre as partes.
Inexiste, portanto, fundamento para aditar este facto.
.e). Alterar a redacção do ponto 23 para «No dia 26 de Dezembro de 2016, o Arquipélago de Cabo Verde, designadamente a ilha da Boavista, foi afectado por uma bruma seca, que é um fenómeno imprevisível.»
A apelante defende a alteração do facto provado com base no excerto transcrito do testemunho de Isabel ….. .
A factualidade consignada na decisão recorrida, a este respeito, é do seguinte teor:
«23. No dia 26 de Dezembro de 2016, o Arquipélago de Cabo Verde, designadamente a ilha da Boavista, foi afectado por uma bruma seca, habitual nesta época do ano.
24. A bruma seca é uma suspensão na atmosfera de partículas secas extremamente pequenas, invisíveis a olho nu e suficientemente numerosas para darem ao ar um aspecto opalescente.
25. Esta condição atmosférica impossibilita a aterragem em aeroportos sem Instrumental Landing System (ILS).
26. Em virtude desse facto, a transportadora aérea que realizou o voo – a TAP –, não teve condições para aterrar na ilha da Boavista tendo aterrado no Sal.
27. Em virtude da impossibilidade de aterrar na Ilha da Boavista, o avião regressou a Lisboa.

28. A 1º Ré propôs aos clientes que realizassem a viagem mal isso fosse possível.
29. O que veio a suceder em 28 de Dezembro de 2016.»
Na verdade, a ré ora apelante alega nos artigos 14º a 20º da contestação a circunstância de o Arquipélago de Cabo Verde, designadamente a ilha da Boavista, na data indicada, ter sido «afectado por uma bruma seca», e no artigo 19º caracteriza este fenómeno atmosférico como sendo «um evento de força maior». Consequentemente, o facto utilizado na sentença impugnada de que a bruma seca é «habitual nesta época do ano» não foi alegado em concreto, mas integra-se na factualidade controvertida objecto da questão de direito suscitada pela ré, no citado artigo 19º - se está ou não em causa um fenómeno atmosférico de força maior -, sendo ainda certo que em audiência de julgamento se produziu prova a tal respeito.
Assim, e tal como é enfatizado a este propósito por Abrantes Geraldes («Sentença Cível», Apêndice II, obra citada, pág. 611), na enunciação dos factos provados e não provados, «o juiz deve adequar-se às circunstâncias e exigências do caso, tendo em conta designadamente as virtualidades que decorram de uma maior concentração da factualidade apurada ou de uma maior discriminação ou pormenorização que, além de antecipar a resolução de problemas de integração jurídica, possa ainda obviar a eventuais impugnações sustentadas em argumentos de pendor formal em redor da delimitação do que constitui matéria de facto ou matéria de direito (….) Esta opção não significa obviamente que seja admissível doravante a assimilação entre o julgamento da matéria de facto e o da matéria de direito ou que seja possível, através de uma afirmação de pendor estritamente jurídico, superar os aspectos que dependem da decisão da matéria de facto. Mas, para além de revelar o artificialismo a que conduzia a anterior solução, em que se pretendia a todo o custo essa separação, tem subjacente a admissibilidade de uma metodologia em que, com mais maleabilidade, se faça o cruzamento entre a matéria de facto e a matéria de direito.»
Na situação presente, é indubitável que uma das questões suscitadas pela ré se prende com a caracterização do fenómeno atmosférico ocorrido e que impossibilitou a manobra de aterragem no aeroporto da ilha da Boavista como sendo ou não um evento de força maior, e para efeitos de aplicação do disposto no artigo 29º nº 4, al. b) do Dec. Lei 61/2011. E na decisão recorrida esta questão jurídica que constitui matéria de exceção foi apreciada.
Nesta medida, estão em causa factos instrumentais, que resultam da instrução da causa, e que devem ser considerados pelo juiz, ao abrigo dos seus poderes de cognição, tal como é estipulado no artigo 5º nº 2 al. a) do C.P.C. Averiguar se a bruma seca é «habitual nesta época do ano» - tal como consta do facto provado,

ou se «é um fenómeno imprevisível», na redacção proposta em sede de impugnação da matéria de facto pela apelante, é um facto instrumental necessário para a boa decisão da causa, em função das diversas soluções plausíveis da questão direito.
Ora, o testemunho de Isabel … é claramente insuficiente para sustentar a alteração da decisão de facto no sentido pretendido pela impugnante, pois é contrariado por Mário …., responsável da parte aérea da autora, e com experiência de trabalho no mesmo sector durante 25 anos, que referiu ao longo do seu depoimento que a «bruma seca é um fenómeno normal em Cabo Verde, existe sempre neste período de tempo».
A valoração feita pelo tribunal recorrido é, portanto, inteiramente consentânea com os meios de prova produzidos, as regras da experiência e da lógica, não havendo fundamento para a alteração pretendida.
Improcedem as conclusões recursórias, com exceção da alteração da redacção do ponto 15, que é irrelevante para a solução jurídica do caso, conforme se irá abordar.
b). <u>Se o tribunal recorrido interpretou e aplicou incorretamente o disposto nos artigos 24.º, n.º 1 e 2, e 29º, nº 4, alínea b) do Dec. Lei nº 61/2011 pelas razões invocadas pela apelante?</u>

Em sintonia com as conclusões extraídas sobre a impugnação da matéria de facto, a modificação operada é irrelevante para a solução jurídica preconizada na decisão recorrida, no seguinte trecho:
«A questão jurídica essencial a decidir nos presentes autos tem a ver com o reconhecimento do direito da cliente da agência de viagens a reaver os montantes por si pagos quando contratou o contrato de viagem organizada face a um adiamento por dois dias da viagem por razões relacionadas com o estado do tempo e a impossibilidade de aterrar no destino.
A lei das viagens organizadas sofreu uma alteração recente com D.L. 17/2018 de 08.03. o qual transpôs para a ordem jurídica nacional a Directiva (UE) 2015/2302, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015, relativa às viagens organizadas e aos serviços de viagem conexos, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Outubro de 2004, e a Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, e revoga a Directiva 90/314/CEE, do Conselho, de 13 de Junho de 1990.
Este D.L. revogou o D.L. 61/2011 de 06.05. ainda que seja este o que se irá aplicar à presente acção, visto que era a lei vigente à data dos factos.
Dispõe o artº 24º nº 1 do DL: 61/2011 de 06.05 com as alterações introduzidas pelo D.L. 199/2012 de 24.08 que "A agência deve notificar imediatamente o cliente quando, por factos que não lhe

sejam imputáveis, não puder cumprir alguma das obrigações resultantes do contrato. Refere o nº 2 do mesmo preceito que "se a impossibilidade respeita a alguma obrigação essencial, o cliente pode rescindir o contrato sem penalização ou aceitar por escrito uma alteração ao contrato e eventual variação de preço."
Nos presentes autos, a viagem prevista para dia 26.12. (dia contratado) acabou por se gorar tendo a aeronave que regressar a Lisboa por ser impossível aterrar na Ilha da Boa Vista devido à bruma seca que se fazia sentir. A viagem acabou por se realizar no dia 28 de Dezembro. Alega a Ré que propôs desde logo à Autora que realizassem a viagem mal fosse possível, o que veio a suceder dia 28 de Dezembro. Contudo a Autora decidiu não realizar a viagem por decisão exclusivamente sua.
Discute-se assim se esta modificação relativamente ao dia da partida (dia 26 ou 28) corresponde ou não a uma alteração de uma obrigação essencial prevista no contrato sem a qual assiste ao cliente legitimidade para rescindir o contrato, com justa causa e sem penalização.
Diz Luís Espirito Santo em "O Contrato de Viagem Organizada, pag 50 a 52 "se a impossibilidade afectar uma prestação essencial do contrato, nestas especiais circunstâncias, o viajante tem o direito a rescisão do contrato, sem qualquer penalização, se não concordar com a alteração contratual proposta pela agência. (…).
Ao cliente incumbe comunicar a sua vontade, extintiva do contrato, no prazo de sete dias seguidos após a recepção da comunicação de impossibilidade do cumprimento.
O viajante terá direito, então, ao reembolso de todas as quantias pagas, sem prejuízo da responsabilidade civil da agência nos termos gerais.
Em contraponto, a agência tem o dever de comunicar imediatamente ao cliente a mencionada situação de impossibilidade de cumprir.
Se a impossibilidade (não imputável à agencia) se reportar a uma prestação não essencial do contrato, o cliente não poderá rescindir o contrato, assistindo-lhe contudo a possibilidade de aceitar as alternativas propostas, com eventual variação de preço."
Esta situação tem previsão geral no artº 790º e 795º do CC onde se determina que "Quando no contrato bilateral uma das prestações se torne impossível, fica o credor desobrigado da contra prestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa."
Temos então de apreciar se o adiamento da viagem por dois dias é ou não um elemento essencial, e no nosso entender é efectivamente um elemento essencial visto que uma das principais características da viagem organizada é a hora aproximada da partida e do regresso, no caso de não ter ainda sido fixada a hora exacta.
Com efeito não se pode entender que um atraso de dois dias, e o subsequente encurtamento do programa contratado por dois dias,

numa viagem de longo curso com menores, possa ser entendido como um facto secundário ou marginal. O princípio da boa-fé, que impõe que não relevem alterações ao programa de escassa importância, implica que também se tenha em atenção que para uma família com filhos menores, o tempo de viagem é um factor crucial e sujeição a quatro viagens no espaço de uma semana (em vez das duas contratadas) seja naturalmente desencorajador. Acresce que mesmo que assim não fosse, dois dias é um adiamento considerável, que justifica o necessário reponderar da realização ou não da viagem, como efectuou a Autora.
Podemos assim concluir que o adiamento da viagem por dois dias (de dia 26 para dia 28) se deve entender como uma prestação essencial do contrato.
Cumpre agora a apreciar a rescisão do contrato pela Autora.
O artº artigo 25.º do D.L. 68/2011 determina que:
"Rescisão ou cancelamento não imputável ao cliente
Se o cliente rescindir o contrato ao abrigo do disposto nos artigos 23.º ou 24.º ou se, por facto não imputável ao cliente, a agência cancelar a viagem organizada antes da data da partida, tem aquele direito, sem prejuízo da responsabilidade civil da agência, a:
a) Ser imediatamente reembolsado de todas as quantias pagas;
b) Em alternativa, optar por participar numa outra viagem organizada, devendo o cliente ser reembolsado da eventual diferença de preço.
No presente caso e uma vez que a alteração do dia do voo se configura como uma modificação essencial do pacote turístico contratualizado e previamente definido, tem a Autora direito à rescisão do contrato de viagem celebrado com a Ré. A lei confere nestas circunstâncias ao cliente da agência de viagens direito ao reembolso do montante antecipadamente pago, sendo dever da Ré proceder à restituição do montante entregue.
Cumpre ainda referir que o preceito invocado pela 1ª Ré para não ter obrigação de restituir os valores pagos (o artº 29 nº 4 do D.L. 61/2011) não tem aqui aplicação. Esta disposição legal reporta-se a situações de incumprimento das prestações a realizar no âmbito da execução do contrato de viagem organizada motivado por circunstâncias anormais e imprevisíveis, alheias àquele que as invoca, cujas consequências não pudessem ter sido evitadas. Ora, o fenómeno da bruma seca é frequente em Cabo Verde e não se afigura que as agências de viagens possam assumir como causa de exclusão da obrigação de reembolso os fenómenos atmosféricos de cada destino, nomeadamente quando eles são sazonais e recorrentes.
Por todo o exposto, deve a 1ª Ré proceder ao reembolso das quantias liquidadas pela Autora no valor de 6.119,00 € por lhe serem devidas.»
Desde já se adianta que a solução jurídica preconizada na decisão recorrida não merece qualquer reparo, ao ter reconhecido o

direito à livre rescisão do contrato de viagem, com justa causa por parte do cliente, por força do regime consagrado nos artigos 24º nº 2 e 25º do Dec. Lei nº 61/2011. Concorda-se inteiramente com o entendimento perfilhado de que, tratando-se de uma viagem de longo curso, programada para um período temporal não superior a oito dias, e realizada por uma família acompanhada de crianças, o respectivo encurtamento por dois dias é uma alteração essencial do programa.
Quanto à causa de exoneração oposta pela ré, adere-se igualmente à apreciação do tribunal recorrido. Apurando-se que o fenómeno da bruma seca é frequente em Cabo Verde, em particular na época do ano em que foi organizada a viagem, não é susceptível de integrar o conceito de situação de força maior ou caso fortuito, motivado por circunstâncias anormais e imprevisíveis, alheias àquele que as invoca, tal como se estabelece na alínea b) do nº 4 do artigo 29º do diploma identificado, que exclui a responsabilidade da agência de viagens.
No acórdão do S.T.J. de 18.12.2013, é esclarecido a este propósito, embora relativamente a um acidente de viação, que o «caso de força maior como excludente da culpa e até da responsabilidade civil *lato sensu*, tem ínsita uma ideia de inevitabilidade, ligada a uma acção do homem ou de terceiro e, em muitos casos, a fenómenos da natureza que por serem incontroláveis e nem sequer previsíveis pela vontade do agente, não são passíveis de imputação pelas suas consequências, configurando-se como evento contra o qual nada pôde fazer por maior que tivesse sido a sua diligência. Já o caso fortuito se liga uma ideia de imprevisibilidade do evento, que se tivesse sido previsto, poderia ter sido evitado» (disponível no sítio do IGFEJ).
Ainda que a ora apelante não tenha poderes de domínio de facto sobre o aludido fenómeno atmosférico, ou qualquer outro da mesma natureza, provando-se que a bruma seca é um fenómeno sazonal e recorrente, no período temporal em que a viagem foi realizada, seria previsível que pudesse ocorrer, pelo que deverá a agência de viagens arcar com os encargos das consequências de tal evento, incluindo a desistência livre e sem penalização por parte do cliente.

*****

<u>DECISÃO</u>
Em face do exposto, acorda-se em julgar a apelação improcedente e em manter a decisão recorrida.
Custas a cargo da apelante, por ter decaído nos termos do artigo 527º nº 1 e nº 2 do C.P.C.

Lisboa, 10.10.2019,
Ana Paula Albarran Carvalho
Nuno Lopes Ribeiro
Gabriela Fátima Marques