I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

LITON LANES PILAU SOBRINHO

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

ROBERTO SENISE LISBOA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Liton Lanes Pilau Sobrinho

Mariana Ribeiro Santiago

Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-036-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo”, durante o I Evento Virtual do CONPEDI, ocorrido entre 23 e 30 de junho de 2020, sobre o tema “Constituição, Cidades e Crise”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre o tema das relações de consumo. De fato, não se pode olvidar que a as questões da contemporaneidade implicam num olhar atento para a matéria, mas, ainda, extrapolam tal viés, com claro impacto nos segmentos ambiental, social e econômico, envolvendo as figuras do Estado, do consumidor e da empresa, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham na eficácia dos negócios jurídicos da internet, no consumidor no ambiente virtual, na problemática do superendividamento, nos contratos eletrônicos no mercado secundário, na relação entre consumo e imigração, na rotulagem frontal de alimentos, na responsabilidade civil, nos casos de hipervulnerabilidade do consumidor, nas especificidades do arrependimento na compra de passagem aérea, nas exigências sobre a performance do Poder Judiciário, na desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das relações de consumo, na análise econômica do desvio produtivo, no consumo colaborativo, nos desafios impostos ao consumidor em tempos de pandemia etc.

Em sua abordagem, nota-se que os autores utilizaram referenciais teóricos refinados sobre a sociedade de consumo, sociedade de risco, sociedade da informação, sociedade do cansaço, globalização, dialogo das fontes etc., o que realça o aspecto acadêmico do evento.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito das relações de consumo, suas problemáticas e sutilezas, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (Universidade do Vale do Itajaí / Universidade de Passo Fundo)

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago (Universidade de Marília)

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A COMPRA DE PASSAGENS AÉREAS ONLINE E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO: CONFLITO ENTRE CDC E RESOLUÇÃO Nº 400/2016 DA ANAC

ONLINE AIR TICKET PURCHASE AND THE RIGHT TO RENUNCIATION: CONFLICT BETWEEN "CDC" AND ANAC RESOLUTION NO. 400/2016

Tais Vasconcelos Cidrao [1]
Leonardo Jorge Sales Vieira [2]

Resumo

O presente texto visa demonstrar uma sólida fundamentação jurídica, com suporte em uma pesquisa documental e bibliográfica, capaz invalidar a possibilidade da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC – restringir ou extinguir direitos dos consumidores garantidos e positivados expressamente no Código de Defesa do Consumidor por meio de edição de resoluções administrativas. O presente estudo visa realizar um estudo de viés descritivo-crítico da Resolução nº 400 de 2016, que restringe o direito de arrependimento do consumidor, realizando-se, após, uma análise prescritiva desse direito.

Palavras-chave: Direito de arrependimento, Direito do consumidor, Conflito aparente de normas, Passagens aéreas, Compras online

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to demonstrate a solid legal basis, supported by documentary and bibliographic research, capable of invalidating the possibility of the Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC - restricting or extinguishing guaranteed consumer rights and expressly stated in the Consumer Protection Code through administrative resolutions. The present study aims to carry out a descriptive-critical study of Resolution No. 400 of 2016, which restricts the consumer's right of repentance, carrying out, afterwards, a prescriptive analysis of this right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right of renunciation, Consumer right, Apparent conflict of rules, Airline tickets, Online shopping

[1] Mestra em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela UNIFOR. Professora do Centro Universitário Fametro (Unifametro). Advogada.

[2] Especialista em Direito Público; Mestre em Direito Constitucional; Professor Universitário de Processo Civil e Direito do Consumidor; Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro; Advogado.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Fato ainda não pacificado na jurisprudência é a (in)aplicabilidade do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor (doravante denominado CDC), que traz a possibilidade do exercício do direito de arrependimento pelo consumidor dentro do prazo de 7 dias, em contratos de compra de passagens aéreas realizadas pela internet. Isso porque a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), no ano de 2016 editou a Resolução de nº 400 que, em seu art. 11, previu a diminuição do prazo do exercício do direito de arrependimento para 24 horas. Este, portanto, é o objeto de estudo do presente trabalho.

O objetivo será analisar as duas normativas, bem como técnicas para solucionar conflito entre normas no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de uma interpretação sistemática e com fundamentação constitucional.

Para tanto, este trabalho inicia contextualizando o leitor da grande importância dada pela Constituição Federal de 1988 à defesa dos direitos do consumidor. Da mesma forma, evidencia que a proteção do extenso rol de direitos consagrados pelo CDC tem como pedra fundamental o artigo primeiro do diploma consumerista que lhe garante como norma de ordem pública e de interesse social. No capítulo inicial deste trabalho será analisado o significado dessas expressões e suas consequências práticas em relação ao tema proposto.

No capítulo seguinte, o presente texto expõe o conflito entre o CDC e a resolução nº 400/16 da ANAC. Nesse contexto, a escrita discorre sobre a vulnerabilidade do consumidor, a vedação ao retrocesso social e por fim, evidencia-se a superação de antinomias aparentes entre os textos legislativos em disputa através da utilização do critério hierárquico e do critério da especialidade das normas.

Mais adiante, faz-se uma ressalva ao argumento defendido até então, tendo em vista o projeto de lei 3514/2005, que pretende uma relativização do direito de arrependimento através de uma alteração legislativa da previsão trazida pelo CDC sobre o tema. Contudo, ainda que haja a aprovação pelo Poder Legislativo do citado projeto de lei, jamais poderia deixar de aplicá-lo à luz dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade sob pena de inconstitucionalidade.

Por fim, no capítulo final, o trabalho visa projetar uma possível aplicabilidade do parágrafo único do artigo 11 da citada resolução da ANAC. Nesse sentido, os autores propõem maneiras de aplicação prática do direito de arrependimento compatível com a defesa do consumidor, contudo sem abandonar a análise econômica do direito para que não haja um

esvaziamento do importante instituto do direito de arrependimento e sua consequente inaplicabilidade prática.

2 O CDC COMO NORMA DE ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL

Muitas vezes, no âmbito do Direito, os seus operadores utilizam palavras e expressões jurídicas sem que haja uma fiel observância do seu significado e alcance. Os termos evidenciados neste tópico do presente texto são um exemplo deste equívoco.

O CDC é considerado uma "norma de ordem pública e de interesse social", e esses termos, ao contrário do que sugere sua utilização prática, não são sinônimos. Esta afirmação não traduz apenas um excessivo apego a linguagem, mas sim, e, sobretudo, uma constatação de que a definição precisa desses elementos poderá ensejar consequências práticas diferenciadas e favoráveis ao consumidor, além do ganho hermenêutico, que quando bem utilizado, poderá descortinar reais possibilidades de melhoria na situação do elo mais vulnerável da relação consumerista.

Estes termos estão evidenciados no artigo inicial do CDC que prevê:

> Art. 1º - O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de **ordem pública e interesse social**, nos termos dos art. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. (grifou-se) (BRASIL, 1990, online).

Quanto ao primeiro termo, qual seja, "norma de ordem pública", significa que a lei nº 8.078/90 é uma norma cogente, ou seja, trata-se de normas que não podem sofrer renúncia. Na prática, representa a proibição que haja qualquer contrato, acordo, propaganda ou oferta que procure afastar a incidência do CDC da relação entre consumidor e fornecedor. Nesse sentido se posiciona Felipe Braga Netto:

> Cabe lembrar [...] que norma de ordem pública não é sinônimo de norma de direito público. Normas de ordem pública são normas cogentes, normas indisponíveis. Tanto podem estar no direito público quanto no direito privado (NETTO, 2018, p. 47).

Como o CDC tem a peculiaridade de ser uma legislação que pretende igualar a desfavorável situação jurídica do consumidor frente ao fornecedor, a lei precisa alavancar sua posição jurídica frente ao seu "adversário", posto que, nesta relação, o consumidor é considerado vulnerável *op legem.* É caso típico em que a lei traz tratamento desigual a uma das partes em nítido favorecimento a apenas um lado da relação em detrimento do outros na tentativa de igualar os desiguais.

Em todo caso, se não houvesse a previsão de que esta norma fosse de observância obrigatória, ruiria toda a lógica da sua existência. Bastaria, para afastá-la, uma previsão contratual imposta pela parte economicamente mais forte a seu favor e contrária a previsão legal. Dessa forma, todo o esforço protetivo do CDC estaria esvaziado e o Código não teria efetividade.

Por outro lado, a expressão "interesse social" está diretamente ligada a função social que o CDC exerce. Esta função não permite que os direitos já conquistados e expressamente previstos em seu texto sejam afastados por outra lei posterior, ainda que de mesma hierarquia. Essa característica é o que alguns constitucionalistas chamam de proibição ou vedação ao retrocesso social. Nas palavras de Canotilho, no que diz respeito ao o efeito *cliquet*: "é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios". (CANOTILHO, 2002, p. 336).

Melhor explicando, o CDC é uma lei ordinária, portanto necessitaria apenas que qualquer outra lei ordinária posterior dispusesse em sentido contrário às suas disposições para estar revogado o seu texto. Esse é o chamado critério cronológico[1]. O CDC, porém, não obstante sua natureza jurídica, é uma lei com uma importantíssima função social que regulamenta o texto constitucional efetivando suas intenções. Esse pensamento é ratificado pela doutrina de Felipe Braga Netto[2]:

> Por essa razão, uma lei ordinária, ou mesmo complementar, que objetivasse reduzir o "piso" de direitos consignados no CDC seria inconstitucional. A Constituição [...] elegeu o consumidor como figura privilegiada para cuja proteção dirigiu a força das normas constitucionais.
>
> Desta forma, por ser uma "lei de função social", uma lei que concretiza, no plano da legislação comum, a vontade da Constituição da República, o CDC não pode ser alterado para reduzir a proteção conferida ao consumidor, em desalinho com o que deseja a Constituição

Contextualizando o que foi acima apresentado com o objeto do presente trabalho, percebe-se que uma resolução da ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil -, que é, inclusive, ato normativo de hierarquia inferior à lei ordinária, não teria a capacidade (força normativa) de diminuir ou extinguir direitos e garantias expressamente elencados pelo CDC em

[1] Esta previsão lei esta no art. 2º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

[2] No mesmo sentido, também já se posicionou o STJ no Resp 1.009.591, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, DJ 13/04/10).

proteção dos consumidores, sob pena de desconsiderar o efeito social da norma. Nesse sentido, segue a analise do conflito posto.

3 O CONFLITO ENTRE CDC E RESOLUÇÃO Nº 400/2016 DA ANAC

O contrato, como espécie de negócio jurídico, deve obediência a alguns requisitos e princípios previstos em lei, a exemplo do *pacta sunt servanda*, que traduz uma lógica natural de cogência advinda dos termos contratuais. Isso significa dizer que a força obrigatória dos seus ditames tem a finalidade de assegurar a utilidade econômica e social do contrato.

O fato de que o contrato é tido como "lei entre as partes" serve como nada menos que uma pedra angular da segurança da negociação. Esse princípio, entretanto, não deve ser tido como absoluto. No século XIX, enquanto prenominavam ideias liberais e individualistas, a vontade das partes poderia ser traduzida como imutável. Isso, porém, acabou por demonstrar-se um instrumento de opressão econômica. A partir do século XX, as leis perderam, de certa forma, seu caráter de neutralidade, para englobar valores axiológicos e, consequentemente, intervirem na atividade econômica e negocial (STOLZE; FILHO, 2019, p. 436).

Desse modo, em sendo os contratos de consumo apenas uma das espécies contratuais possíveis dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e também considerando a maior "flexibilização" os ditames contratuais, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, especificamente em seu artigo 49, prevê o que a doutrina denominou de "direito de arrependimento" nos contratos realizados fora dos estabelecimentos comerciais, vindo a romper com a lógica clássica contratual. Essa possibilidade concedida ao consumidor permite a desistência do contrato sem que isso lhe acarrete ônus financeiro. Senão vejamos:

> Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, **no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.**
>
> Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados (grifou-se). (BRASIL, 1990, online).

Em suma, independentemente da forma em que se der a abordagem ao consumidor (seja por telefone, *internet* ou em sua própria residência), poderá este exercer o seu direito de arrependimento da compra no prazo não superior a 7 (sete) dias a contar da assinatura do contrato ou ato de recebimento do produto/serviço.

Sabe-se que a menção ao telefone e vendas a domicilio são de caráter meramente exemplificativo, tanto o é que o legislador optou por inserir no dispositivo legal a palavra "especialmente". Portanto, conclui-se que estão englobadas vendas externas ao estabelecimento comercial em geral, inclusive aquelas realizadas pela internet (a exemplo de compras por e-mail, lojas virtuais etc.).

Esse direito, por falta de maiores limitações legais, é incondicionado. Isso significa dizer que depende única e exclusivamente da vontade do consumidor, sem que esse necessite justificar o motivo pelo qual está optando pela desistência, bastando, portanto, a manifestação da sua vontade dentro do prazo legalmente previsto (denominado direito potestativo do consumidor).

Sobre o assunto, o objetivo do supracitado artigo é proteger o consumidor, figura presumidamente vulnerável na relação consumerista. Nesses casos, quais sejam, de compras realizadas fora do estabelecimento comercial, o consumidor é mais fácil persuadido, sendo mais provável a realização de uma aquisição por impulso, sem a devida racionalização da compra[3].

A devolução dos valores, ainda, se dá sem qualquer ônus ao consumidor, que por sua vez deve receber todos os valores efetivamente pagos durante o período de reflexão de forma imediata e monetariamente atualizados (§ único do art. 49 do CDC). Em consonância com os ditames previstos na lei, o entendimento do STJ, cristalizado no Informativo nº 528, se mostra alinhado na medida em que considera abusiva a cláusula contratual que autoriza o fornecedor a cobrar do consumidor os valores correspondentes às despesas postais decorrentes do direito de arrependimento. Veja-se:

> O parágrafo único do art. 49 do CDC, por sua vez, especifica que o consumidor, ao exercer o referido direito de arrependimento, terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão - período de sete dias contido no caput do art. 49 do CDC -, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas decorrentes da utilização do serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. Aceitar o contrário significaria criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não prevista, de modo a desestimular o comércio fora do estabelecimento, tão comum nos dias atuais. Deve-se considerar, ademais, o fato de que eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor nesse tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (pela internet, por telefone ou a domicílio). (BRASIL, 2013, online)

[3] O que poderia ensejar um sentimento de obrigação do consumidor perante a compra. Nesses casos, haveria que se analisar se, em alguma medida, esse fato poderia configurar vício de consentimento, maculando a validade do próprio negócio jurídico. Essa, entretanto, é uma discussão que merece ser analisada em novo estudo, por fazer parte do escopo do presente trabalho.

Pelo exposto, pode-se concluir que o direito de arrependimento também se aplica às compras de passagens aéreas realizadas pela internet e assim o foi por anos. Entretanto, ao que parece, o STJ alterou seu entendimento, decidindo de modo diverso:

> [...] Aferido que o comércio de passagens aéreas pela via eletrônica - Internet -, por meio do sítio da própria companhia fornecedora, tornara-se há muito praxe comercial inerente a essa espécie de serviço, estando entranhada nos usos e costumes nacionais, e, outrossim, resguarda as mesmas condições de aquisição se comparadas à contratação realizada no próprio estabelecimento do fornecedor, não havendo distinção substancial entre uma e outra modalidade de contratação a ponto de dificultar ou impossibilitar ao consumidor a aferição precisa e exata do serviço contratado, induzindo à certeza de que ambas as formas de comércio permitem que a escolha do consumidor traduza manifestação condizente com suas expectativas e necessidades, inexoravelmente essa modalidade de contratação - compra de passagem aérea pela via eletrônica - Internet -, não está inserida na órbita de incidência da regra inserta no artigo 49 do CDC. (BRASIL, 2018, online)

Dessa forma, o Tribunal Especial entende que as condições propostas nas páginas eletrônicas de compras de passagens aéreas são públicas e notórias, impassíveis de irradiar qualquer dúvida no momento da compra. Esse entendimento é tradução do próprio dever de informação que rege as relações contratuais, que é uma imposição moral e também jurídica de comunicar à outra parte tudo o que poderia afetar o contrato, isto é, características e circunstâncias do negócio. Este ditame é, pois, de caráter imperativo e está intrinsecamente ligado à lealdade dos contratantes.

Isso significa dizer que, estando presentes as condições gerais de aquisição, informações referentes ao serviço prestado, política de preços, regras de cancelamento e reembolso de valores eventualmente pagos em caso de desistência, não se verifica a vulnerabilidade do consumidor. Como consequência direta, este tipo de compra não estaria acobertado pelo direito previsto no art. 49, considerando sua finalidade.

Superado esse ponto, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), editou no ano de 2016 a Resolução nº 400 (cuja vigência somente se iniciou em março de 2017), que disciplina as condições contratuais gerais do transporte aéreo de passageiros.

Em seu art. 11, a referida Resolução prevê que:

> Art. 11. O usuário poderá desistir da passagem aérea adquirida, sem qualquer ônus, desde que o faça no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, a contar do recebimento do seu comprovante.
>
> Parágrafo único. A regra descrita no caput deste artigo somente se aplica às compras feitas com antecedência igual ou superior a 7 (sete) dias em relação à data de embarque. (ANAC, 2016, online).

Note-se que o referido artigo vai de encontro com o previsto no art. 49 do CDC, prevendo um prazo inferior para o consumidor exercer o seu direito de arrependimento e, ainda, impondo a condicionante de que a compra da passagem aérea tenha sido feita com antecedência mínima de 7 (sete) dias da data do embarque. Nesse caso, desobedecendo os prazos previstos na referida normativa, o consumidor pagaria multas contratuais (muitas vezes exorbitantes) mesmo se apresentasse motivo justo e plausível decorrentes do cancelamento da passagem ou de *no show*.

Conhecida, portanto, a possibilidade de aplicação das duas normas (art. 49 CDC e art. 11 da Resolução nº 400/2016 da ANAC) no que concerne o direito de arrependimento nas compras de passagens aéreas pela internet, passa-se a analisar, a partir de critérios técnicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro (e não só morais) qual das duas normas deverá prevalecer diante desde suposto conflito.

3.1 Da vulnerabilidade do consumidor

No que concerne ao art. 11 da Resolução, a postura da ANAC estimulou, de certa forma, a prática de alguns abusos por parte das companhias aéreas. A vulnerabilidade do consumidor, nesses casos, não deverá ser descaracterizada, posto que cada companhia tem a sua própria política de cancelamento (que envolve problemas referentes a reembolso, remarcação e cancelamento de voos).

Além disso, outras variáveis devem ser levadas em consideração, ou seja, as multas calculadas em prejuízo do consumidor referentes à política de cancelamento variam de contrato para contrato e, também, de tarifa para tarifa. A burocracia inerente ao serviço, muitas vezes, faz com que o consumidor desista de ir atrás de um valor justo (ao qual teria direito).

Esse fato põe o consumidor em uma situação de vulnerabilidade 1) técnica (haja vista não possuir conhecimentos específicos sobre o objeto da relação de consumo, podendo ser facilmente iludido), 2) jurídica/científica (pela falta de conhecimentos jurídicos que permitam ao consumidor entender as consequências jurídicas daquilo a que se obriga, bem como se desvencilhar de possíveis abusividade) e 3) socioeconômica (em razão do poder econômico que fornecedor tem dentro do mercado de consumo em relação ao consumidor).

Sabe-se que, segundo a doutrina, a vulnerabilidade do consumidor pessoa física é presumida pela lei. Esse, inclusive, é um dos princípios das relações de consumo, conforme art. 4º I do CDC: “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”

(BRASIL, 1990, online). Diferentemente do que ocorre com as pessoas jurídicas, que deverão demonstrar no caso concreto sua vulnerabilidade.

A caracterização da vulnerabilidade (ou hipervulnerabilidade[4] a depender de quem esteja adquirindo o produto/serviço) quando se tratar de compra de passagens aéreas pela internet é fator que deve ser levado em consideração quando da escolha de qual norma será aplicável ao caso, se o art. 49 CDC ou art. 11 da Resolução 400/2016, o que será explorado no próximo tópico.

3.2 Da vedação ao retrocesso social

Os direitos e garantias fundamentais, cada vez mais, têm o encargo da sua fragilidade, no sentido de que se tem demonstrado cada vez mais difícil assegurá-los em níveis condizentes com padrões de uma existência digna e igualdade material entre todos. Por isso, atualmente é necessário que o princípio da vedação ao retrocesso social ocupe posição de destaque.

Ele é a garantia de que, alcançado determinado nível de concretização dos direitos, este não será desconstituído, trata-se, portanto, de uma verdadeira segurança jurídica (cujo objetivo é garantir a estabilidade das relações sociais e jurídicas).

Os direitos e garantias fundamentais não são, portanto, imutáveis, podendo o legislador expandir o rol, implementando novos direitos ou mesmo regulando os já existentes a ponto de dar-lhes maior eficácia. O que se impede é a limitação ou eliminação dos direitos já existentes.

O retrocesso social pode se manifestar de diversas formas, por ação ou omissão. No caso em tela, verifica-se claramente retrocesso social por ação do legislador infraconstitucional.

O atual entendimento da ANAC, se comparado com seu posicionamento anterior, no qual não havia o reconhecimento do direito de arrependimento na compra de passagens aéreas, representa um avanço em prol do consumidor. Porém, quando comparado com o CDC, verifica-se um verdadeiro retrocesso, haja visto que o prazo de 7 dias fora reduzido para 24 horas. Além disso, o CDC não faz qualquer referência a condicionante mínima de 7 dias entre a data da compra e a efetiva utilização do serviço.

Nas dúvidas sobre a aplicação de 2 ou mais leis em um mesmo caso, deve-se procurar a solução nos ditames da Constituição Federal, em razão da sua supremacia sobre todas as demais leis dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

[4] A expressão é do ministro Antônio Herman Benjamim. Trata-se de uma vulnerabilidade agravada da pessoa física consumidora por algumas circunstâncias (temporárias ou permanentes), tais como: consumidor idoso, criança, deficientes mentais etc. (BRASIL, 2009, online).

Dessa forma, o texto constitucional prevê como direito fundamental de todos a defesa do consumidor em seu art. 5º, XXXIII, *verbis*: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" (BRASIL, 1988, online). Essa premissa representa um direito (dos consumidores) e ao mesmo um mandamento (vinculando o próprio Estado).

A constituição possui o condão, em razão da sua força normativa, de vincular a interpretação de preceitos normativos (o que hoje denomina-se interpretação conforme a constituição) aos seus termos. Portanto, em tendo a constituição como parâmetro interpretativo, deverá ser escolhida aquela norma que melhor representa os direitos dos consumidores, tendo em vista esta ser a vontade do Poder Constituinte Originário.

Portanto, levando em consideração o princípio da proibição do retrocesso social, aplicar-se-á ao caso o CDC, diante do mandamento constitucional da proteção do consumidor.

3.3 Do critério hierárquico e da especialidade das normas

Há dois critérios envolvidos na solução do presente conflito de normas relativo às compras das passagens aéreas: o critério da especialidade e o critério hierárquico, ambos igualmente válidos.

Na solução de antinomias, pode-se utilizar o critério hierárquico para solução de conflitos, segundo o qual a norma superior prevalece sobre a norma inferior. O CDC é lei ordinária federal, capaz de regular todas as relações contratuais e extracontratuais que envolvem consumo no país, inclusive aquelas relações que se encontram reguladas por outras normas específicas, a exemplo do transporte aéreo de passageiros. A resolução da ANAC, que é uma agência reguladora, encontra-se em posição hierárquica inferior às leis ordinárias do ordenamento jurídico e que, por esse motivo, deveria prestar obediência ao CDC e, também à Constituição Federal. Por essa razão, levando-se em consideração o critério hierárquico das normas, a Resolução nº 400/2016 não deverá prevalecer sobre o CDC.

Quanto à especialidade da norma, uma análise mais acurada merece destaque. O caso em estudo traz 2 especificidades, a saber: trata-se de compra 1) compra de passagens aéreas e 2) compra realizada pela internet. Desde logo, pode-se perceber que necessário seria uma norma que englobasse especificamente essas duas características.

Observa-se que o art. 49 do CDC aplica-se para aquelas compras realizadas na internet. Ele é omisso, entretanto, no que concerne a passagens aéreas, satisfazendo, portanto, apenas 1 dos requisitos elencados no parágrafo anterior (compras realizadas pela internet).

Por outro lado, a Resolução nº 400/2016 é específica em outro aspecto, pois trata de outro requisito, qual seja, passagens aéreas. Seu escopo está previsto no seu art. 1º:

> Art. 1º Estabelecer as condições gerais aplicáveis ao transporte aéreo regular de passageiros, doméstico e internacional.
>
> Parágrafo único. As condições gerais de transporte aéreo também se aplicam aos voos não regulares em que houver assentos comercializados individualmente e oferecidos ao público. (ANAC, 2016, online).

Observe que o escopo de aplicação da referida resolução não abrange compras realizadas fora do estabelecimento comercial, sendo omissa quando a este ponto específico. Igualmente ao CDC, somente satisfaz 1 dos requisitos apresentados.

O que se pode concluir desde fato é que ambas as normativas são específicas em algum ponto: o CDC, por tratar de compras realizadas pela internet, e a Resolução, por tratar especificamente de compra de passagens aéreas. Portanto, o critério da especialidade não é suficiente para solucionar a problemática aqui apresentada.

Há que se admitir, ainda, que a prevalência do critério hierárquico deve, sempre que possível ser escolhido, sob pena de princípios fundamentais constitucionais serem facilmente esvaziados de conteúdo, caso a escolha se dê pela norma hierarquicamente inferior. A escolha do critério da especialidade só se justificaria se respaldado no mais alto princípio de justiça, o que não é caso. No presente conflito, a norma hierarquicamente inferior está prevendo um prazo menor para o exercício do direito de arrependimento, não configurando, assim, nenhuma conquista no âmbito da justiça social.

É importante salientar que não se defende aqui a revogação da referida resolução, a tese que se advoga no presente tópico é a de que, prioritariamente, será aplicado o CDC nas relações consumeristas e, somente no que com ele for compatível, aplica-se a Resolução da ANAC de forma subsidiária.

A sobreposição do CDC em detrimento da Resolução, decorrente do critério hierárquico, autoriza a conclusão de que o caput art. 49 do CDC (prazo de 7 dias para o exercício do direito de arrependimento) continua sendo aplicável nos casos de compras de passagens aéreas pela internet (e também para as compras realizadas dentro do próprio estabelecimento comercial, haja vista a proibição do retrocesso social).

Permitir o contrário seria criar um perigoso precedente, no sentido de dar a liberdade para outras agências reguladoras preverem prazos menores do que aqueles previstos no CDC, afastando a sua aplicabilidade nas relações de consumo e, como consequência disso, o que

restaria é o verdadeiro esvaziamento do mandamento constitucional de proteção do consumidor.

É claro que nem sempre o CDC dará as soluções mais acertadas. O caso aqui proposto merece uma regulamentação especial, sim, o que não se admite é que a regulamentação seja feita em desacordo com o CDC, que é a fonte paradigma no que concerne as relações de consumo.

4 PROJETO DE LEI Nº 3514/2015

É interessante ressaltar, ainda, a existência do Projeto de Lei nº 3514/2015, proposto por José Sarney em 2015, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados.

Dentre outras alterações sugeridas no projeto, está a criação do art. 49-A, cujo teor é o que segue:

> Art. 49-A. Sem prejuízo do direito de rescisão do contrato de transporte aéreo antes de iniciada a viagem, nos termos do art. 740, § 3º, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), o exercício do direito de arrependimento do consumidor de passagens aéreas poderá ter seu prazo diferenciado, em virtude das peculiaridades do contrato, por norma fundamentada das agências reguladoras.
>
> Parágrafo único. A regulamentação prevista no caput deverá ser realizada no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias após a entrada em vigor desta Lei. (BRASIL, 2015, online).

Dessa forma, se aprovado for o projeto, não há o que se falar em incompatibilidade entre a Resolução 400/2016 da ANAC e o CDC, tendo em vista que a aplicação de prazo diverso àquele previsto no caput do art. 49 estaria autorizada pelo próprio CDC, não configurando, assim, nenhuma antinomia. Até lá, verifica-se pela inaplicabilidade da resolução diante do CDC.

Há que se ressaltar, entretanto, que, mesmo que haja um prazo diferenciado para esse tipo de contrato estabelecido pela respectiva agência reguladora, ele não poderá ser abusivo. O prazo de 24 (vinte e quatro) horas é uma cláusula abusiva, colocando o consumidor em uma posição de extrema desvantagem nos contratos de consumo. Esse fato enseja o direito de se recorrer judicialmente visando a nulidade de tal cláusula.

Os incisos do art. 51 do CDC preveem situações nas quais as cláusulas abusivas serão nulas de pleno direito, dentre elas:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> [...]

> XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

Resta mais do que claro, portanto, que a estipulação de prazo exíguo para o direito de arrependimento configura abuso de direito, pois atua em desconformidade com a proteção consumerista. Essa situação feriria o princípio da proibição do retrocesso social e, portanto, seria ilegal e não menos inconstitucional.

Dessa forma, mesmo que o Projeto de Lei nº 3514/2015 seja aprovado, possibilitando que as agências reguladoras fixem um prazo diverso daquele previsto no CDC no que diz respeito às passagens aéreas, este prazo não poderá ser exíguo a ponto de se tornar uma cláusula abusiva. Se o for, o dispositivo deverá ser considerado inconstitucional.

5 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNCO DO ARTIGO 11 DA RESOLUÇÃO 400/2016 DA ANAC

A regulação das compras de passagens aéreas pela internet se baseia na ideia de que esta seria uma modalidade especial de contrato. Sendo diferente de outros tipos de relações contratuais previstas no Código Civil e diferente, também, de compras de outros tipos de produtos/serviços realizadas pela internet porque no próprio site da companhia aérea estariam contidas todas as informações necessárias no que concerne às regras e políticas de cancelamento.

Não seria justo, da mesma forma, que ao consumidor fosse estendido prazo desarrazoado que pudesse pôr em risco a saúde financeira da companhia aérea. Há situações que merecem atenção e tratamento especial, por exemplo, como se daria o direito de arrependimento a alguém que comprasse a passagem 1 dia antes da viagem ou até no mesmo dia? A desistência dessas compras provavelmente geraria insegurança e graves prejuízos à empresa, tendo e vista que ela teria que ressarcir 100% do valor desembolsado pelo consumidor e ainda não teria tempo o suficiente para revender o assento. Por outro lado, e se um consumidor resolvesse cancelar sua passagem 2 dias após a compra, porém 2 meses antes da viagem? Não seria justa a aplicação de uma multa rescisória de, por exemplo, 50% (cinquenta por cento) do valor do bilhete quando a companhia aérea ainda teria lapso temporal suficiente para vender o assento cancelado?

Certamente seria razoável delimitar do exercício de direitos subjetivos. Considerando que o atual cenário constitucional busca o desenvolvimento socioeconômico sem, entretanto,

comprometer os valores intrínsecos e representativos da dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva no âmbito contratual, procura-se evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos de qualquer das partes.

São nessas situações que se procura utilizar um parâmetro menos jurídico e mais moral para a solução da problemática, por meios dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. O apego à legalidade estrita poderá gerar consequências práticas na aplicação da lei e possibilitar a existência de grandes prejuízos para ambas as partes envolvidas.

Dessa forma, a normativa deveria ser repensada pelo Legislador ordinário para adequar às situações peculiares e evitar inseguranças e abusos de direitos por ambas as partes.

Acredita-se que existiria mais razoabilidade caso passagens aéreas compradas para serem utilizadas com prazo superior a sete dias seguissem a previsão legislativa trazida pelo CDC. No caso de passagens compradas para serem utilizadas entre sete e um dia, podem ter o prazo de arrependimento reduzido, sem que haja, entretanto, abuso do direito. Por fim, para passagens compradas para serem utilizadas em menos de um dia não há direito de arrependimento por se tratar de uma impossibilidade fática, porém o reembolso de passagens canceladas antes do embarque, da mesma forma, não pode ser abusivo de acordo com as outras normas do CDC em especial o seu artigo 51.

6 CONCLUSÃO

Os direitos dos consumidores, principalmente os consagrados expressamente no texto legislativo do CDC, devem representar uma barreira contra as ingerências dos mais poderosos frente aos mais vulneráveis. Pode-se dizer, em outras palavras, que é uma consagração legislativa da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, dentre os quais a igualdade se revela com grande destaque. Só há possibilidade de igualar os desiguais tratando os vulneráveis com especial atenção.

Nesse contexto, surge o direito de arrependimento que possibilita o desfazimento do negócio jurídico celebrado em condições especiais dentro do prazo legal. Contudo, embora esse direito deva ser protegido de forma veemente, sabe-se que não há direito absoluto. Assim sendo, reconhece-se a importância do direito acima revelado e defende-se sua permanência frente às resoluções da Agência Reguladora competente que tentam seu afastamento.

Contudo, caso haja uma alteração legislativa do texto do CDC há a possibilidade de alterações moderadas do direito de arrependimento quanto às passagens aéreas conforme sugerido acima.

REFERÊNCIAS

ANAC**. Resolução nº 400 de 13 de dezembro de 2016**. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf. Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: DF, Senado, 1990.

BRASIL. **REsp 1534519/DF**. Min. Relator: Bentido Gonçalves, Publicação em: 25 abr. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82535670&num_registro=201501229060&data=20180425&tipo=0. Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. **REsp 931513/RS**. Min. Relator: Carlos Fernandes Mathias, julgado em: 25 nov. 2009, publicado em: 27 set. 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27931513%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27931513%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em 23 fev. 2020.

BRASIL. **Informativo nº 528 do STJ**. Direito do consumidor. Aplicação de multa a fornecedor em razão do repasse aos consumidores dos valores decorrentes do exercício do direito de arrependimento. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&livre=@COD=%270528%27&tipo=informativo. Acesso em: 21 de fev. 2020.

BRASIL**. Projeto de Lei nº 3514 de 2015**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1408274&filename=PL+3514/2015. Acesso em: 23 fev. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito do Consumidor**. À luz da jurisprudência do STJ. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

STOLZE, Pablo; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil**. Vol. único. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.