



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARISSA NOBRE DE SANTANA SANTOS

UMA ANÁLISE DA RESOLUÇÃO ANAC Nº400/2016

Salvador
2017

LARISSA NOBRE DE SANTANA SANTOS

UMA ANÁLISE DA RESOLUÇÃO ANAC Nº400/2016

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Flávia Marimpietri

TERMO DE APROVAÇÃO

LARISSA NOBRE DE SANTANA SANTOS

UMA ANÁLISE DA RESOLUÇÃO ANAC Nº400/2016

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

Dedico este trabalho aos grandes amores da minha vida Gilvan, Viviane e a minha avó pelo carinho, amor e apoio incondicional nesta caminhada.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela grandeza e possibilidade desse bem maior: a vida.

Aos meus amigos e colegas da Faculdade Baiana de Direito pela convivência diária neste ciclo de vida, pois nossas alegrias e tristezas compartilhadas com certeza aliviaram um pouco as dores.

Aos meus professores da Faculdade Baiana de Direito que proporcionaram com seus ensinamentos a minha formação profissional e o amadurecimento necessário para os enfrentamentos do cotidiano nesta profissão.

Por fim, um agradecimento em especial a professora Flavia Marimpietri que com a sua nobreza me acolheu como sua orientanda e, com sua maestria, proporcionou a construção desse trabalho de conclusão.

RESUMO

Esta pesquisa bibliográfica objetiva analisar a Resolução nº 400 elaborada pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) em 2016, em contraposição as normas estabelecidas na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, o presente estudo busca verificar se a execução das cláusulas instituídas no referido ato normativo pode ensejar em violações as corretas práticas comerciais e aos fundamentos dos contratos de consumo. Desta forma, faz-se mister apresentar os princípios, direitos e conceitos do direito consumerista. Em seguida, é imprescindível examinar que modalidade de responsabilidade civil é imputada ao fornecedor que causar danos aos consumidores, bem como investigar as práticas abusivas realizadas pelo mesmo, as quais podem ensejar em uma responsabilização. Outrossim, é necessário averiguar as diversas cláusulas excessivas presentes em contratos de consumo que estão eivadas de nulidade, por violarem as diretrizes básicas do direito do consumidor. Nesse contexto, a partir das premissas fixadas, imperioso demonstrar o papel exercido pela Agência Nacional de Aviação Civil, os seus objetivos, suas competências e a sua estruturação. Em seguida, faz-se mister elucidar as normas implementadas na Resolução nº 400 de 2016, comparando os dispositivos apresentados com o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente o Código Civil de 2002, a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, busca-se analisar, através da referida comparação, se as cláusulas estipuladas violam o direito consumerista. Posteriormente, é necessário verificar o posicionamento adotado por diversos órgãos judiciários a partir da vigência da Resolução, analisando principalmente as condutas adotadas pela OAB, pelo PROCON e pelo Ministério Público Federal.

Palavras-chave: consumidor; práticas abusivas; cláusulas abusivas; contrato de consumo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 DIREITO DO CONSUMIDOR: APONTAMENTOS INICIAIS

2.1 PRINCIPALIDADE DOS DIREITOS DO CONSUMIDORES

2.2 CONCEITUAÇÃO DE CONSUMIDOR X FORNECEDOR

2.3 DIREITOS BÁSICOS DOS CONSUMIDORES

3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR

3.1 DEVER DE INDENIZAR

3.2 CONTRATOS DE CONSUMO E CLÁUSULAS ABUSIVAS

3.3. PRÁTICAS ABUSIVAS

3.3.1 CONCEITO DE PRÁTICA ABUSIVA À LUZ DO DIREITO CONSUMERISTA

4 RESOLUÇÃO ANAC Nº 400/2016

4.1 NORMAS IMPLEMENTADAS PELA RESOLUÇÃO ANAC X O CDC

4.2 O POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

5 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como enfoque principal a verificação de possíveis lesões ao direito do consumidor, ao direito civil e ao ordenamento jurídico de modo geral a partir da análise da Resolução nº 400 proferida pela ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil). Questiona-se: A implementação da Resolução ANAC nº400 viola as boas práticas comerciais e os contratos de consumo?

Diante disso, faz-se necessário elucidar os principais conceitos da seara consumerista, tais como o significado de consumidor, fornecedor e relação de consumo, enquadrando tais institutos a relação formada pelos passageiros e companhias aéreas. Ademais, ressalta-se ainda a importância dos princípios norteadores do direito do consumidor, os quais definem diversas condutas protetivas ao destinatário final do produto ou serviço.

Nesse sentido, destaca-se a indispensabilidade de distinguir princípios básicos da seara consumerista, quais sejam o princípio da vulnerabilidade e o princípio da hipossuficiência, os quais são de suma importância para a compreensão do conceito de consumidor.

A partir da verificação da relação de consumo, imperioso apurar quais são os direitos inerentes a uma das partes da referida relação, sendo, portanto, os direitos básicos e fundamentais do sujeito vulnerável da relação jurídica, ressaltando a importância do direito a reparação integral dos danos patrimoniais e morais.

Em seguida, faz-se mister conceituar as cláusulas contratuais abusivas e as práticas comerciais excessivas, demonstrando as suas diferenças e semelhanças em relação ao princípio da boa-fé objetiva. A partir da verificação dos atos abusivos, é necessário verificar como o Código consumerista tutelou o consumidor, atribuindo uma modalidade de responsabilização ao fornecedor que age de forma ilícita.

Além disso, ressalta-se a importância do instituto do enriquecimento sem causa disposto no Código Civil de 2002, o qual consegue ser aplicado em diversas situações que evidenciem um aumento patrimonial de forma injusta, podendo ser inclusive praticado pelo fornecedor de serviços através de um ato indevido.

Após a elucidação de institutos primordiais da seara consumerista, necessita-se analisar quem é a Agência Nacional de Aviação Civil, quais são as suas atribuições e quais são os objetivos perseguidos pela ANAC.

Posteriormente, é imperioso demonstrar o conteúdo presente na Resolução ANAC nº400 de 2016, analisando se as cláusulas presentes no referido documento apresentam violações ao direito do consumidor ou se está em consonância com o mesmo, bem como com o Código Civil de 2002.

Ressalta-se ainda os posicionamentos de diversas “personalidades jurídicas” quanto a referida Resolução, apresentando os argumentos favoráveis e desfavoráveis durante todo o conflito levado ao Poder Judiciário.

Quanto a relevância jurídica do presente trabalho, salienta-se que uma das principais importâncias do tema para o Direito brasileiro é a garantia de direitos dos consumidores a partir da vedação a possíveis práticas abusivas, as quais serão cometidas pelo transportador caso a resolução nº 400 produza os seus efeitos.

Desse modo, faz-se necessário identificar as diversas cláusulas presentes na resolução que violam o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988.

Além disso, é imprescindível analisar os diversos posicionamentos jurídicos acerca da resolução, uma vez que as companhias aéreas e a Anac argumentam em sentido favorável a resolução, enquanto a OAB, Senado, MPF de São Paulo são contrários a algumas normas presentes no referido regulamento. Isto posto, o tema apresenta pontos controversos que devem ser analisados e posteriormente sobrepesados.

Outrossim, a presente pesquisa é de suma importância para a sociedade, já que reflete diretamente no cotidiano das pessoas que precisam se locomover, utilizando o meio de transporte aéreo para realizar diversas atividades, tais como lazer, trabalho e situações médicas.

Dessa forma, é preciso que haja uma regulamentação estável a respeito dos direitos e deveres dos passageiros, garantindo assim uma segurança jurídica para toda a coletividade.

Ressalta-se ainda que o tema possui uma grande relevância social, eis que promove a discussão sobre a possibilidade de retrocesso de direitos consumeristas para a

sociedade, caso a resolução nº400 entre efetivamente em vigor no nosso ordenamento jurídico.

DIREITO DO CONSUMIDOR: APONTAMENTOS INICIAIS

Segundo Miragem (2013, p.35) por ser uma ciência humana, o Direito passa por transformações de modo muito frequente, uma vez que a sociedade muda constantemente. Desse modo, é necessário que o legislador acompanhe essas modificações através da criação de novas normas que reflitam a contemporaneidade.

Nesse sentido, imperioso se faz que o legislador busque nivelar as relações jurídicas que sejam abarcadas por uma desigualdade, seja esta desigualdade oriunda da distinta capacidade econômica entre as partes, seja pela falta de conhecimento referente a noções básicas da relação jurídica em que a parte participa, ou por qualquer outro tipo de discrepância entre duas partes de uma mesma relação, originando assim “a vulnerabilidade de um dos sujeitos”. (BENJAMIN, 2012, p.39)

De acordo com Benjamin (2012, p.39), essa vulnerabilidade está presente desde os tempos remotos, contudo, de maneira diferente a que está consagrada atualmente, sob um olhar menos radical. Naquela época, se um devedor não cumprisse com uma obrigação, o mesmo poderia estar sujeito a escravidão, ser forçado a laborar para o seu credor ou ter a sua família forçada para atuar de tal maneira, assim como ter a sua liberdade cerceada, sendo preso em razão das suas dívidas.

Não obstante, o Direito passou por uma grande evolução, deixando de tratar o devedor como uma coisa ou um objeto e passando a enxergar o mesmo como uma pessoa humana como qualquer outra, sendo, portanto, um sujeito de direitos que, apesar de ter uma parcela inadimplida, contém direitos mínimos que devem ser resguardados. (BENJAMIN, 2012, p.40)

Desse modo, surgiu uma ideia nova de “igualdade dos mais fracos no direito privado”, sendo a sociedade igual perante a Lei (igualdade formal), mas também igual de maneira material, tendo em vista que os similares seriam tratados igualmente e os desiguais seriam tratados de maneira desigual. Isto posto, a igualdade substancial é utilizada exatamente para nivelar uma relação inerentemente dessemelhante, proporcionando direitos básicos para os mais enfraquecidos, como os consumidores, e impondo deveres aos mais fortes, como os fornecedores. (BENJAMIN, 2012, p.40)

Portanto, a ideia de que basta uma igualdade formal para garantir a isonomia entre as partes foi ultrapassada, surgindo assim a efetiva constatação de que alguns são mais privilegiados que outros em uma relação jurídica e por isso faz-se mister ter um tratamento diferenciado, como aquele previsto atualmente no artigo 4º, inciso I do CDC, o qual versa sobre a presunção de vulnerabilidade.(BENJAMIN, 2012, p.40).

Contudo, essa necessidade de tutelar os vulneráveis surgiu, historicamente, em um momento anterior ao surgimento do Código consumerista brasileiro. O direito do consumidor passou a ser discutido de forma inicial em um discurso proferido pelo presidente dos EUA, John Kennedy, no Congresso norte-americano em 1962, o qual declarou ser indispensável a proteção do consumidor através da garantia de direitos básicos, tais como: *“o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito de ser ouvido”*. (MIRAGEM, 2013, p.36).

Dez anos depois, estudiosos se reuniram em Estocolmo na Conferência Mundial do Consumidor para deliberar sobre assuntos importantes e inovadores. Já em 1973, a Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos declarou que a pessoa humana enquanto consumidora detém quatro direitos fundamentais, afirmando assim os mesmos direitos trazidos anteriormente pelo presidente John Kennedy.(FILOMENO,2015, p.5).

Nesse sentido, cumpre ressaltar que durante a segunda metade do século XX o tema referente a direitos humanos e fundamentais, sendo, portanto, direitos universais foi bastante discutido, uma vez que a sociedade naquele momento ansiava por uma qualidade de vida a todos os seres humanos. Dentro desse cenário, então, movimentos de trabalhadores e movimentos consumeristas desejavam um resguardo maior dos seus direitos.(FILOMENO,2015, p.5).

Houve, portanto, uma ampliação dos direitos humanos fundamentais com o decorrer do tempo, o que ocasionou a divisão em “gerações” de direitos, existindo direitos de primeira, segunda e terceira geração, consoante preleciona Dirley da Cunha Junior. (2008, p.558).

Essa segmentação em gerações implica no acúmulo de direitos que foram adquiridos pelos cidadãos, os quais não podem ser suprimidos posteriormente. Desse modo, não é possível a revogação desses direitos, apenas a sua complementação. Efetivamente, por representar uma conquista da sociedade, não é

possível a extinção de benefícios sociais que já foram concedidos. (CUNHA, JR,2008, p. 559).

Ademais, importante ressaltar que os direitos fundamentais possuem uma ampla conexão com a Revolução Francesa. Durante a referida Revolução, o homem buscava proteger a sua liberdade, igualdade e fraternidade.(CUNHA, JR,2008, p. 559).

Por sua vez, os direitos fundamentais foram fragmentados em três gerações, sendo a primeira geração referente ao direito de liberdade, a segunda referente ao direito de igualdade e a terceira referente ao direito de fraternidade, demonstrando assim o nítido vínculo entre a Revolução e os direitos fundamentais.(CUNHA JR,2008, p. 562).

Os direitos da primeira geração versavam sobre as liberdades individuais ou “liberdades públicas”, uma vez que naquele período os cidadãos desejavam se proteger das interferências estatais excessivas.(CUNHA JR,2008, p. 563).

Desse modo, eles almejavam tutelar as liberdades, tanto civilmente quanto politicamente. Em virtude da pretensão da omissão estatal quanto ao individualismo de cada ser humano, esses direitos de primeira geração foram denominados de “direitos de caráter negativo ou simplesmente liberdades negativas”, por pertencerem justamente a uma época em que o Estado seria mínimo, Estado Liberal.(CUNHA JR,2008, p. 565).

Apesar de já terem conquistado direitos importantíssimos durante a primeira geração, a sociedade ansiava por uma maior proteção, tendo em vista a existência de severos problemas sociais. Desse modo, nesse momento histórico, a população buscou a proteção estatal para que o Poder Público garantisse condições básicas na seara social e econômica, surgindo assim o Estado do Bem-Estar Social.(CUNHA JR,2008, p. 566).

Nesse contexto, há o surgimento dos direitos de segunda geração, os quais asseguravam aos sujeitos a prestação de benefícios pelo próprio Estado, tais como direito a educação, saúde, trabalho e assistência social.(CUNHA JR,2008, p. 566).

Já os direitos de terceira geração referem-se a uma proteção da coletividade e não apenas do ser humano enquanto indivíduo. Dessa forma, direitos relativos ao meio-

ambiente, a solidariedade universal e a comunicação, por exemplo, compõem a terceira dimensão, representando assim uma característica inerente a esta geração, qual seja a preocupação com o social, o coletivo, com o grupo. (CUNHA JUNIOR, 2008, p.571).

Após a consolidação de direitos mínimos a pessoa humana enquanto consumidora em 1973 e a conquista paulatina de direitos humanos divididos em três gerações, ainda dentro desse cenário internacional e mundial, a Organização das Nações Unidas formulou uma Resolução em 1985, a qual foi inspirada na “declaração dos direitos do consumidor proferida pelo Presidente John Kennedy”. (FILOMENO, 2015, p. 6).

A referida Resolução versa sobre a tutela geral ao consumidor, onde os Estados filiados devem fornecer aos consumidores orientações básicas para tentar diminuir a nítida desigualdade enfrentada por esses sujeitos. (FILOMENO, 2015, p. 6)

Dentre essas orientações encontram-se: fornecimento de informações relativas ao produto que será consumido, para que o consumidor tenha a capacidade de escolher de maneira correta o produto que será adquirido; garantir a possibilidade de eventual ressarcimento ao mesmo; proteger a saúde e a segurança do destinatário final do serviço ou produto, entre outras garantias. (FILOMENO, 2015, p. 7).

Desse modo, observa-se que em âmbito universal e, portanto, internacional, os países passaram a se preocupar com o consumidor, adotando posicionamentos e medidas legislativas que refletissem o novo momento histórico vivenciado pela sociedade.

Em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 regulamentou a proteção ao consumidor em seus artigos 5º, inciso XXXII, garantindo a este sujeito uma defesa dos seus direitos promovida pelo Estado brasileiro e também no artigo 170, inciso V, que versa sobre a ordem econômica brasileira, a qual pode e deve ter um desenvolvimento a partir da exploração de atividades capitalistas, desde que observe a sustentabilidade, a defesa do consumidor e outros princípios apresentados no referido dispositivo constitucional. (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

Segundo Marques, o consumidor passou a ser protegido legislativamente no Brasil apenas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias havia uma autorização para que o legislador criasse um Código específico de tutela dos consumidores, o qual só veio a ser implementado em 1990, surgindo assim o Código de Defesa do Consumidor. (MARQUES, 2013, p. 33).

Portanto, o direito do consumidor é composto por normas e princípios que tem a finalidade de assegurar a defesa do consumidor, de forma individual e coletiva, pelo próprio Estado, além de proteger este sujeito através de um Código próprio, e, por fim, orientar a ordem econômica nacional pela observância do princípio relativo a defesa do consumidor. (MARQUES, 2013, p. 33).

Perante o exposto, verifica-se a indispensabilidade de apresentar os principais princípios norteadores do direito consumerista presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 PRINCIPIOLOGIA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

O direito do consumidor é regido por diversos princípios, os quais são de suma importância para a consagração de direitos inerentes aos consumidores. Diante disso, faz-se necessário expor os principais princípios na seara consumerista. (TARTUCE, 2014, p.38)

Primeiramente, o princípio do protecionismo do consumidor está consagrado no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo primeiro, demonstrando a relevância das normas contidas no referido Código, uma vez que possuem natureza de ordem pública e interesse social. (BRASIL. Lei 8078/90, artigo 1º).

Desta forma, percebe-se que o consumidor tem ampla proteção em face de eventuais violações causadas por empresas, por exemplo. Ademais, tal princípio traz algumas consequências jurídicas, como a nulidade absoluta de regras que sejam pactuadas

entre as partes as quais violem o Código de Defesa do Consumidor. (TARTUCE, 2014, p. 39).

Nesse sentido, as cláusulas abusivas que estejam consagradas em um contrato são nulas, eis que estão em dissonância com a proteção ao consumidor, a qual está disposta no artigo 51, XV do Código de defesa do Consumidor. (TARTUCE, 2014, p. 39).

A segunda consequência jurídica do referido princípio é a possibilidade de intervenção do Ministério Público, já que tal instituição deve estar presente para garantir questões de interesse público, como é o caso dos conflitos que envolvam os consumidores. (TARTUCE, 2014, p. 39).

Através de uma análise do dispositivo 4º do Código de Defesa do Consumidor, observa-se que o legislador infraconstitucional elencou alguns princípios que irão nortear toda e qualquer relação de consumo. Não obstante, existem também outros princípios espalhados por todo o Código, os quais possuem ampla relevância prática. (BRASIL. Lei 8078, 1990).

No referido artigo, em seu inciso II, há a disposição do princípio da intervenção estatal, que significa a atuação e proteção do Estado, seja legislativamente ou administrativamente, em face da parte mais fraca da relação de consumo, o consumidor. Desse modo, verificando o desequilíbrio presente entre as partes, o referido princípio da intervenção estatal tem ampla conexão com a vulnerabilidade. (ALMEIDA, 2009, p. 17).

Não obstante, o direito consumerista, através do princípio do incentivo ao autocontrole, estimula o fornecedor a solucionar eventuais conflitos sem a interferência do Estado, a partir da criação de mecanismos que sejam formulados e financiados pelos próprios fornecedores. (ALMEIDA, 2009, p.18).

Esse autocontrole pode ocorrer de três formas: através do controle da segurança e qualidade dos produtos e serviços fornecidos, que se for feito de forma eficiente e prévia, resultará na diminuição de conflitos com os consumidores. (ALMEIDA, 2009, p. 18).

A segunda forma de autocontrole acontece através da “prática do *recall*”, que significa o chamamento dos consumidores de bens que foram produzidos em série e que tenham algum tipo de defeito na fabricação, os quais podem ocasionar perigos ao usuário. Desse modo, o fornecedor deve convocar esses consumidores para

substituir as peças defeituosas sem onerar economicamente o usuário. (ALMEIDA, 2009, p.19).

Por fim, a terceira forma de autocontrole ocorre a partir da criação de centros ou serviços de atendimento ao consumidor, formados pelas próprias empresas fornecedoras de serviços ou produtos, visando a resolução de queixas prestadas pelos consumidores. (ALMEIDA, 2009, p. 20)

Outro princípio consagrado é o da vulnerabilidade do consumidor, o qual disciplina a condição de desigualdade do consumidor em face do fornecedor. Isto posto, foi imprescindível o surgimento de uma lei que protegesse a situação de vulnerabilidade do consumidor, nascendo assim o Código consumerista. (TARTUCE, 2014, p.40).

Tal diploma legal dispõe expressamente a qualidade de vulnerabilidade em seu artigo 4º, I, declarando o reconhecimento dessa situação e promovendo atos protetivos à dignidade, à saúde e à segurança do consumidor. (BRASIL. Lei 8078, 1990, artigo 4).

Dessa forma, todos os consumidores são vulneráveis, já que a vulnerabilidade é uma característica inerente ao destinatário final de produtos ou serviços. Além disso, a condição econômica, política ou social do consumidor não retira o seu caráter de vulnerabilidade, o que diferencia a referida característica da hipossuficiência. (TARTUCE, 2014, p.41).

A hipossuficiência, por sua vez, poderá ser consagrada a depender da situação fática enfrentada pelo consumidor. Por isso, deve-se analisar o caso concreto para poder afirmar a existência ou inexistência de hipossuficiência. (TARTUCE, 2014, p. 42).

Para caracterizar a hipossuficiência do consumidor, além da situação de desigualdade econômica ou política, pode-se existir a desigualdade técnica, caracterizada pela falta de conhecimento do consumidor frente ao produto ou serviço adquirido por este. (TARTUCE, 2014, p. 42).

Em face da falta de conhecimento técnico, o consumidor fica impossibilitado de provar que o fornecedor é responsável pelo dano causado, já que apenas o

fornecedor possui informações básicas do serviço ou produto disponibilizado. (LISBOA *apud* TARTUCE, 2014, p. 43).

Diante dessa situação, o ordenamento jurídico resguarda ao consumidor a possibilidade de requisição da inversão do ônus da prova, a qual poderá ser concedida pelo magistrado quando estiver constatada “a verossimilhança das alegações do consumidor”, bem como quando o consumidor se encontra impossibilitado de realizar a instrução da sua demanda. (DIDIER JR, 2016, p.132).

Além disso, o princípio da harmonização dos interesses reflete um dos propósitos da Política de Relações de Consumo, uma vez que procura-se garantir uma harmonia entre os interesses que estão envolvidos na relação dos consumidores e fornecedores, e não o conflito entre estes sujeitos envolvidos. (ALMEIDA, 2009, p. 18).

No mesmo sentido, o princípio do equilíbrio visa o restabelecimento do equilíbrio na relação de consumo, tendo em vista a nítida desigualdade e vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor. (MIRAGEM, 2013, p. 128)

Portanto, esse equilíbrio deve ser fornecido a partir da proteção jurídica do destinatário de serviços ou produtos, assim como a partir da tutela do consumidor nos contratos efetuados entre este sujeito e os fornecedores, garantindo parcelas econômicas justas e harmoniosas. (MIRAGEM, 2013, p. 128)

Já o princípio da coibição de abusos reflete a proibição no cometimento de atos abusivos e a punição dos praticantes dessas condutas, os quais, além de receberem uma punição, devem também ressarcir eventuais vítimas. (ALMEIDA, 2009, p.18)

Ademais, o mesmo princípio atua também de forma preventiva, almejando que não ocorra novas práticas abusivas através do distanciamento de condutas que possam causar malefícios aos consumidores, como “a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais”. (ALMEIDA, 2009, p. 18).

Outrossim, o princípio da boa-fé objetiva determina que as partes devem atuar de forma respeitosa, cooperativa e leal. Desse modo, aquele que agir de forma contrária deve ser responsabilizado por isso, através de sanções oriundas da responsabilidade objetiva e a decretação de nulidade do contrato. (TARTUCE, 2014, p. 44).

Em relação a boa-fé objetiva, para que haja o efetivo entendimento das premissas básicas desse princípio, é necessário analisá-lo com base na vulnerabilidade do consumidor, na transparência de mercado e na coibição de abusos, presentes no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor. (COSTA, 2015, p. 302).

Os referidos princípios estão ligados a boa-fé objetiva pois, no momento que o fornecedor presta informações sobre o produto ou serviço ao consumidor, o mesmo se torna menos vulnerável, transformando assim a relação de consumo mais transparente. (COSTA, 2015, p. 302)

Por sua vez, o motivo que ensejou o fornecedor a prestar essas informações ocorreu porque o mesmo estava agindo em conformidade com a boa-fé objetiva. Logo, há uma nítida conexão entre os princípios.(COSTA, 2015, p. 302).

No âmbito da coibição de abusos, a boa-fé objetiva deve estar presente para inibir cláusulas contratuais que extrapolem os limites da licitude, visando assim a declaração de nulidades dessas cláusulas e o efetivo estabelecimento do equilíbrio entre as partes contratantes. (COSTA, 2015, p.303).

Diante da inequívoca importância da boa-fé objetiva no direito consumerista, é necessário averiguar o seu surgimento e as consequências da sua utilização no caso concreto. A boa-fé objetiva ou contratual foi discutida de forma massiva na doutrina e na jurisprudência alemã, uma vez que, a partir de 1896, o Código alemão dispôs que “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. (SCHREIBER, 2005, p. 76).

Desse modo, verifica-se que o Código alemão, ao contrário do que foi adotado pelo Código Civil brasileiro de 1916, empregou a boa-fé em seu sentido objetivo, “como *standard* de conduta leal e confiável (*Treu und Glauben*), independente de considerações subjetivas”. (SCHREIBER, 2005, p. 77).

Contudo, apesar de o Código ter adotado essa teoria, a Alemanha vivia um período positivista, que tinha como premissa a verificação literal do que estava escrito em um contrato. Desse modo, o dispositivo que versava sobre a boa-fé objetiva continuou sendo visto apenas como um reforço para compelir as partes a cumprirem exatamente o que foi pactuado, dentro dos seus exatos termos. (SCHREIBER, 2005, p. 78).

Mas a ideia central da boa-fé objetiva não é a imputação de deveres que já estão adstritos a um instrumento particular. A boa-fé objetiva surgiu para demonstrar que as partes contêm outras obrigações, outros “parâmetros de condutas” que são anexos ao próprio contrato, como deveres gerais de informação e colaboração. (SCHREIBER, 2005, p. 79).

Desse modo, a partir do século XX, momento que a sociedade passou a ter um pensamento mais solidário, a boa-fé objetiva foi bastante desenvolvida, uma vez que os juristas passaram a perceber que a autonomia privada dos contratantes não poderia ser exercida de forma desgovernada. (SCHREIBER, 2005, p. 79).

Nesse cenário, o Código de Defesa do Consumidor, consolidado no século XX, foi o primeiro diploma legal a tratar formalmente sobre a boa-fé objetiva. Dessa forma, observa-se que a boa-fé objetiva possui três funções primordiais: “função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos, função criadora de deveres anexos ou acessórios a prestação principal e função restritiva do exercício de direitos”. (SCHREIBER, 2005, p. 80).

A primeira função é aplicada no âmbito da interpretação das cláusulas contratuais, uma vez que a boa-fé objetiva determina ser necessário utilizar a interpretação que for mais leal e honesta a parte contratante, evitando assim interpretações malévolas. (SCHREIBER, 2005, p. 81).

A segunda função refere-se ao papel fundador da boa-fé objetiva, uma vez que a mesma será fonte de inspiração para a criação de deveres anexos aos contratos, tais como: “dever de informação, dever de sigilo, dever de colaboração para o integral cumprimento dos fins contratuais”, entre outros. (SCHREIBER, 2005, p. 82)

Já a terceira função refere-se à coibição do exercício de um direito que, a princípio seria regular, mas por violar a boa-fé objetiva, torna-se ilícito. Desse modo, a boa-fé “impede o exercício de direitos em contrariedade a recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas”. (SCHREIBER, 2005, p. 83).

A partir do exposto, observa-se que a boa-fé objetiva está presente também no comportamento do consumidor, já que assim como o fornecedor, o consumidor também possui o dever de agir conforme os ditames da boa-fé objetiva. Isto posto, “se, não obstante informado pelo fornecedor dos riscos de determinado produto,

age, mesmo assim, de modo a acentuar esses riscos, estará o consumidor incorrendo em comportamento contrário a boa-fé objetiva”. (COSTA, 2015, p. 307).

Portanto, é possível verificar que o direito passou a tutelar a confiança, já que as partes precisam observar que as suas condutas afetam terceiros. Isto posto, as mesmas devem agir sempre de forma solidária, reduzindo a premissa extremamente individual impregnada em períodos anteriores. (SCHREIBER, 2005, p. 88).

Assim, outro princípio que rege a relação de consumo refere-se à conscientização do consumidor e do fornecedor, uma vez que a melhor forma de evitar conflitos entre as partes é através da transmissão de informações relativas a todos os direitos e todos os deveres dos sujeitos envolvidos. (ALMEIDA, 2009, p. 21).

Não obstante, para que todos esses princípios sejam aplicados com a nítida proteção ao consumidor, é necessário primeiramente que o aplicador do Direito identifique uma relação de consumo no caso concreto, para que, somente após essa identificação, haja a efetiva aplicação das normas e dos princípios presentes no Código de Defesa do Consumidor. (MARQUES, 2013, p. 89)

Nesse sentido, para configurar uma relação de consumo, imperioso identificar quem são efetivamente os consumidores e quem são os fornecedores, definindo os sujeitos dessa relação jurídica. (MARQUES, 2013, p. 89).

2.2 CONCEITUAÇÃO DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR

Após a elucidação de princípios norteadores do direito do consumidor, faz-se mister conceituar quem é o consumidor e quem é o fornecedor. Imperioso frisar, inicialmente, que a Constituição Federal de 1988 não traz um conceito de consumidor. Desse modo, é necessário utilizar o Código de Defesa do Consumidor como parâmetro legal para encontrar uma definição. (MARQUES, 2013, p. 90).

Além disso, uma das premissas básicas para a identificação do consumidor é verificar que esse sujeito somente irá aparecer se existir um fornecedor, um profissional, empresário que naturalmente possui maiores informações e maiores conhecimentos do produto ou serviço oferecidos por ele, tendo em vista a sua atividade reiterada naquele ramo. Desse modo, se por exemplo, ocorrer uma

“compra e venda de uma joia entre duas amigas, nenhuma delas é consumidora, pois falta o fornecedor”. (MARQUES, 2013, p. 91).

Nesse sentido, essa relação será regulada pelo Código Civil, e não pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que essas duas pessoas são civilmente iguais, não possuindo nenhuma característica de vulnerabilidade ou desigualdade entre si. (MARQUES, 2013, p. 91).

Portanto, o consumidor é um dos sujeitos presentes na relação de consumo, o qual possui a característica de vulnerabilidade em face do fornecedor. (BESSA, 2014, p.82).

O Código consumerista define o consumidor em quatro dispositivos diferentes, quais sejam: art 2º, *caput* e parágrafo único; art. 17 e art. 29. Outrossim, o consumidor não é conceituado apenas sob o enfoque individual, mas também sob a ótica coletiva. (MARQUES, 2013, p. 92).

Desse modo, consoante a Lei 8078/90 “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. A partir dessa definição, questiona-se quem seria o destinatário final do produto ou serviço. (BRASIL. Lei 8078, 1990, art. 2).

Para interpretar esse termo trazido pela Lei, é possível utilizar três teorias. A teoria finalista, que defende uma interpretação restrita do termo “destinatário final”, para que somente pessoas vulneráveis sejam enquadradas e mereçam a devida proteção, a teoria maximalista, que acreditam que o artigo 2º deve ser interpretado da forma mais extensiva possível, abarcando diversas pessoas das relações de mercado e, por fim, a teoria do finalismo mitigado, vigente no Superior Tribunal de Justiça. (MARQUES, 2013, p. 95).

Para os finalistas, destinatário final seria qualquer pessoa jurídica ou física que fosse destinatário fático, ou seja, que levasse o produto ou serviço para a sua dimensão residencial, por exemplo, retirando da cadeia de produção e, ao mesmo tempo, destinatário econômico, que significa a utilização própria do bem ou serviço, sem empregá-lo em uma eventual revenda ou para o uso profissional. (MARQUES, 2013, p. 94).

Por sua vez, os maximalistas entendem que o destinatário final é somente um destinatário fático, o qual irá consumir o produto. Para essa teoria, não há relevância discutir se a retirada do bem da cadeia de produção foi realizada para a obtenção de lucro ou não a este sujeito. Essa teoria, no entanto, atualmente é minoritária. (MARQUES, 2013, p. 96).

Já os aderentes a teoria do finalismo mitigado defendem a necessidade de verificação, em um caso concreto, da vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica de certos consumidores profissionais que também serão tutelados pelas normas instituídas no Código de Defesa do Consumidor. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 66).

Observa-se ainda que o destinatário final e, portanto, consumidor que merece a devida proteção, não é apenas quem contrata um bem ou um serviço. Conforme Marimpietri, também é consumidora “a pessoa que ganha de presente uma mercadoria com defeito, que, apesar de não contratar diretamente, é destinatária final do bem em questão”.(2001, p.15)

Ademais, em face desse conceito trazido pela lei em seu dispositivo 2º, surge o questionamento de quais pessoas jurídicas poderiam se enquadrar no conceito de destinatário final. (BESSA, 2014, p.82).

Pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, destinatário final é aquele que não utiliza o serviço ou o produto adquirido apenas para melhorar os serviços de um determinado negócio. Logo, aquele que adquire um produto ou serviço para impulsionar a sua atividade econômica não é considerado destinatário final.

Contudo, apesar da lei trazer esse termo “destinatário final”, observa-se que o conceito de consumidor é amplo, abarcando também, por exemplo, pessoas que foram submetidas a práticas comerciais abusivas e a atos ilícitos praticados antes da formação do contrato, “sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais”. (MARQUES, 2013, p. 92).

Além disso, a legislação infraconstitucional traz a figura do consumidor por equiparação, ou seja, a proteção das pessoas que mesmo não sendo enquadrados no conceito estrito de consumidor, também podem ser atingidas e sofrer prejuízos decorrentes das atividades prestadas pelos fornecedores. (MARQUES, 2013, p. 108).

Nesse sentido, são também consumidores por equiparação “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Desse modo, verifica-se que a legislação infraconstitucional se preocupou também em tutelar um grupo de pessoas, e não apenas o consumidor enquanto indivíduo isolado. (BRASIL. Lei 8078,1990, artigos 2º, parágrafo único e 29º).

Além disso, são também consumidores por equiparação os sujeitos expostos a práticas comerciais abusivas, tais como: publicidade enganosa; oferta enganosa ou abusiva e coação. (ALMEIDA, 2009, p. 44).

Outrossim, o artigo 17 do Código consumerista estabelece também como consumidores equiparados aquelas pessoas que foram afetadas por um acidente de consumo, sendo irrelevante, em um caso concreto, verificar se essas pessoas realizaram uma aquisição comercial ou não. Para que haja o enquadramento enquanto consumidor, basta averiguar a ocorrência de dano decorrente de um acidente de consumo. (MIRAGEM, 2013, p. 140).

Já o fornecedor é aquele que põe à disposição no mercado produtos ou serviços. O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu artigo 3º que o fornecedor pode ser “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados”. (BESSA, 2014, p.86).

Nesse sentido, qualquer pessoa física que exerça uma atividade empresarial com habitualidade pode ser enquadrada como fornecedora, desde que haja o oferecimento de produtos e serviços no mercado de consumo. (FILOMENO, 2011, p. 48).

Além disso, pessoas jurídicas públicas, compreendidas pelo próprio Poder Público ou por empresas públicas e concessionárias de serviços públicos, também se encaixam no conceito de fornecedor, uma vez que o Código consumerista garante inclusive como um dos direitos básicos do consumidor a prestação dos serviços públicos de forma eficaz e pertinente. (FILOMENO, 2011, p. 48).

Imperioso frisar que o ente do Poder Público que exerça serviços públicos individuais poderá se enquadrar no conceito de fornecedor, consoante artigo 22 do Código consumerista. (MARIMPIETRI, 2001, p. 19).

O dispositivo 3º do Código consumerista abrange ainda como fornecedor pessoas jurídicas nacionais e também pessoas jurídicas estrangeiras, que exportem qualquer tipo de bem ou serviço, as quais, por exercerem essa condição de sujeito da relação de consumo, possuem o condão de reparar eventuais danos ocasionados aos consumidores. Não obstante, primeiramente o importador irá arcar com a responsabilidade, contudo, a mesma poderá ser repassada aos fornecedores exportadores. (FILOMENO, 2011, p. 48).

A partir dos conceitos elencados acima, questionasse que tipo de relação é formada entre consumidores e fornecedores, a qual será regulada pelo Código consumerista. Inicialmente, é necessário entender o conceito de relação jurídica.

Desse modo, conceitua-se relação jurídica como uma relação formada por sujeitos sociais que tenha relevância jurídica, ou seja, que tenha uma importância para o Direito. (CAVALIERI FILHO, 2011, p.57).

A relação de consumo, por sua vez, é formada por sujeitos sociais (consumidor e fornecedor) e possui uma relevância jurídica, já que existem normas abstratas e gerais que disciplinam sanções caso haja o descumprimento do comando formado de maneira abstrata e geral. (CAVALIERI FILHO, 2011, p.59).

Além disso, a relação de consumo possui, enquanto objeto da relação jurídica, o produto ou o serviço. O Código de Defesa do Consumidor traz, em seu artigo 3, § 1º o conceito de produto da seguinte forma: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. (MIRAGEM, 2013, p.162).

Já o conceito de serviço está descrito no parágrafo segundo, o qual dispõe que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. (BRASIL. Lei 8078, 1990, art. 3, § 2º).

A partir da definição exposta acima, verifica-se que o legislador considerou a remuneração um elemento indispensável para a configuração do serviço. Desse modo, a remuneração pode advir de um contrato, sendo uma remuneração direta, ou pode advir de forma indireta, através da verificação de vantagens econômicas recebidas pelo fornecedor mesmo que não tenha um instrumento particular de consumo estabelecido. (MIRAGEM, 2013, p. 167).

A partir dos elementos da relação de consumo, é possível concluir que os passageiros são considerados consumidores, uma vez que estão em uma situação de vulnerabilidade, assim como as companhias aéreas se enquadram no conceito de fornecedora de serviços, uma vez que disponibiliza o serviço de transporte aéreo.

Logo, o transportador aéreo efetivamente se enquadra no conceito de fornecedor disposto no artigo 3º do Código consumerista, uma vez que o transportador é uma pessoa jurídica privada que presta serviços.

Além disso, o transporte aéreo nacional ou internacional também se encaixa no conceito de serviço trazido pela legislação infraconstitucional, que dispõe que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”.

Portanto, há uma nítida relação de consumo entre passageiros e transportadores, a qual será disciplinada pelo Direito do Consumidor, aplicando assim penalidades para aqueles que descumprirem regras, princípios e direitos consumeristas.

2.3. DIREITOS BÁSICOS DOS CONSUMIDORES

Como ocorre em toda relação, as partes possuem deveres e direitos que mantêm o equilíbrio da relação interpessoal. Nesta senda, o consumidor possui alguns direitos básicos que são também fundamentais, uma vez que estão regulados na própria Constituição federal de 1988 em seu artigo 5º, XXXII. (BENJAMIN, 2012, p.68).

O Código de Defesa do Consumidor assegura, em seu artigo 6º, alguns direitos básicos do consumidor, tais como “vida, saúde e segurança; liberdade de escolha; informação; modificação de cláusulas contratuais; reparação integral de danos patrimoniais e morais”, entre outros.(BRASIL. Lei 8078, 1990, art. 6)

O primeiro direito básico do consumidor é a vida, saúde e segurança, uma vez que diversos produtos e serviços colocados no mercado podem ser nocivos aos consumidores, trazendo riscos a sua integridade física. (BENJAMIN, 2012, p. 68).

Desse modo, o Código traz algumas normas que devem ser seguidas de maneira ativa pelos fornecedores para que o primeiro direito básico seja garantido, quais

sejam: a efetiva prestação de informações claras sobre os perigos que determinados produtos ou serviços podem ocasionar ao consumidor, presente no dispositivo 8º do CDC, ou a não colocação dos produtos ou serviços no mercado, se ficar constatado o alto nível de periculosidade, consoante dispositivo 10º do referido Código. (FILOMENO, 2011, p. 153).

O inciso II do artigo 6º traz como direito básico ao consumidor o direito a educação, que se subdivide em dois aspectos: educação formal e educação informal. A educação formal deve ser fornecida a todos os cidadãos durante o seu ensino escolar. Já a educação informal deve ser ofertada pelos fornecedores, os quais tem a incumbência de informar ao consumidor todas as características do produto ou serviço que está no mercado. (FILOMENO, 2011, p. 154).

Ademais, o segundo direito do consumidor engloba inclusive a livre escolha, que significa dizer que o consumidor deve estar livre para decidir se irá ou não adquirir o serviço ou produto fornecido. Além disso, o direito à liberdade de escolha está intimamente relacionado com uma prática abusiva cometida pelos fornecedores, qual seja a realização de “venda casada”. (BENJAMIN, 2012, p.69).

Há um laço entre o referido direito e a prática abusiva, pois o consumidor deve estar desprendido para adquirir um produto ou um serviço. Contudo, no momento que o fornecedor impõe o oferecimento de um produto ou serviço somente com a aquisição de outro produto ou serviço, há uma nítida violação ao direito de livre escolha, sendo, portanto, uma prática vedada pelo ordenamento jurídico.

Outrossim, a informação, além de ser um direito do consumidor, é um dever do fornecedor, já que o mesmo deve esclarecer ao consumidor as questões inerentes ao produto ou serviço, transmitir de maneira clara as obrigações contidas em um contrato, desde a formação do instrumento particular até o seu término, e adotar outras condutas que garantam uma transparência na relação de consumo. (BENJAMIN, 2012, p.70).

Imperioso frisar ainda o direito a receber o produto ou serviço fornecido exatamente como ele foi ofertado, uma vez que a legislação infraconstitucional veda a publicidade enganosa e abusiva. (FILOMENO, 2011, p. 154)

Desse modo, ao propagar uma publicidade em meios de comunicação, o público consumidor cria uma determinada expectativa sobre aquele serviço ou produto, sendo vedado ao fornecedor não corresponder a expectativa que foi criada pela publicidade. (FILOMENO, 2011, p. 154).

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor estabelece no dispositivo 6º, IV a proteção contra atos que possam ser considerados como abuso de direito, sendo opostos ao princípio da boa-fé que deve estar presente nos contratos consumeristas. (BENJAMIN, 2012, p. 72).

No mesmo sentido, o consumidor tem o direito de rever eventuais cláusulas contratuais que ocasionem uma onerosidade excessiva por um fator que não foi previsto anteriormente, no momento da assinatura do contrato. (BENJAMIN, 2012, p.73).

Outro direito de suma importância, principalmente nos casos concretos, é o direito de reparação integral pelos danos ocasionados ao consumidor, bem como o de prevenção de eventuais danos futuros. Esses danos podem ser materiais ou morais, a depender da situação fática enfrentada. (BENJAMIN, 2012, p.75).

O referido direito é tão indispensável que o ordenamento jurídico permitiu a ocorrência da desconsideração da personalidade jurídica, inclusive nos casos em que não há a comprovação do abuso de direito. Desse modo, a desconsideração fará com que o patrimônio dos sócios seja atingido para beneficiar a parte vulnerável da relação. (BENJAMIN, 2012, p. 76).

Ressalta-se ainda que o fornecedor tem o dever de indenizar o consumidor caso provoque danos a sua esfera patrimonial ou moral, sendo vedada a estipulação de cláusula contratual que afaste o dever de indenizar. (BENJAMIN, 2012, p.78).

Ademais, são também direitos básicos do consumidor o acesso a órgãos jurisdicionais e a entidades administrativas, visando assim a efetiva proteção do destinatário final; a utilização do instituto processual de inversão do ônus da prova e a prestação dos serviços públicos de forma adequada e eficiente. (BENJAMIN, 2012, p. 79).

Nesse contexto, o Código consumerista traz como um direito do consumidor a facilitação de defesa, em seu dispositivo 6º, inciso VIII, englobando assim o instituto jurídico da inversão do ônus da prova. O magistrado poderá inverter o ônus da prova em favor do consumidor em duas situações específicas: quando ficar constatada a verossimilhança das suas alegações ou quando o consumidor for hipossuficiente, inclusive processualmente. (MARQUES, 2014, p. 84).

A hipossuficiência processual restará configurada a partir do momento que o juiz constatar a impossibilidade de produção de prova pelo consumidor, uma vez que o mesmo não detém meios para viabilizar o acesso a essa prova, enquanto o fornecedor possui diversas maneiras para comprovar, tendo muita facilidade na fase instrutória. Desse modo, cumprindo o direito básico a facilitação da defesa, o magistrado inverte o ônus ao fornecedor. (MARQUES, 2014, p. 84).

Outrossim, o inciso X do artigo 6º garante, enquanto direito básico do consumidor, a prestação eficiente e apropriada dos serviços públicos. O referido direito é de suma importância para a realidade brasileira, tendo em vista o alto índice populacional que depende dos serviços públicos para a própria sobrevivência. Desse modo, o Estado, enquanto protetor e garantidor dos consumidores, deve garantir a sociedade uma prestação pública adequada. (ALMEIDA, 2009, p. 55).

Diante do exposto, faz-se mister averiguar qual modalidade de responsabilização é imputada ao fornecedor que descumprir os direitos e princípios dos consumidores, ocasionando assim um dano.

3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR

A responsabilidade civil significa a obrigação que alguém tem de ressarcir um outro sujeito que teve a sua esfera jurídica violada, causando um prejuízo oriundo da conduta ilícita praticada por outrem. (FILOMENO, 2012, p. 199).

Durante todo o século XX, a responsabilidade civil passou por diversas mudanças para acompanhar as modificações econômicas, políticas e sociais. Contudo, inicialmente adotava-se a teoria da culpa, uma vez que a mesma se mostrava mais adequada a época. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 285).

Desse modo, ao longo desse momento histórico, para que houvesse a caracterização da responsabilidade civil era indispensável, segundo Anderson Schreiber, “a existência de três pilares: culpa, dano e nexo causal”. Em um caso concreto, isso significava que a vítima de uma lesão, além de comprovar o dano sofrido, teria que ultrapassar as outras duas barreiras da responsabilidade, quais sejam: a demonstração de culpa e o nexo causal. (2012, p. 11).

Anderson Schreiber declara ainda que a culpa e o nexo de causalidade foram chamados de “filtros da responsabilidade civil ou filtros da reparação, por funcionarem exatamente como óbices capazes de promover a seleção das demandas de ressarcimento que deveriam merecer acolhida jurisdicional.” (2012, p. 11).

Dessa forma, a teoria da culpa foi vista inicialmente como uma proteção ao Poder Judiciário, tendo em vista que somente aquelas ações que superassem esses “filtros da reparação” seriam solucionadas perante a tutela jurisdicional. Os juristas da época acreditavam que, se essas barreiras fossem inexistentes, ou seja, se não existisse principalmente a culpabilidade, o Poder Judiciário ficaria bastante sobrecarregado. (SCHREIBER, 2012, p. 11).

A partir dessa premissa fixada em tempos remotos, verifica-se que atualmente o judiciário brasileiro está passando exatamente por uma “erosão dos filtros tradicionais da reparação”, tendo em vista o desaparecimento da relevância da culpa para a responsabilização. (SCHREIBER, 2012, p. 12).

Não obstante, o Código Civil de 1916 seguia o pensamento da época, disciplinando a responsabilidade civil em seu artigo 159, o qual continha a seguinte redação: “todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, ou seja, por dolo; ou então por negligência, imperícia ou imprudência, causar um prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar os danos causados.” (BRASIL. Lei 3.071, 1916, art. 159).

A partir dos termos empregados no referido artigo, verifica-se que o antigo Código Civil adotava a teoria da culpa, uma vez que o causador do dano somente seria compelido a indenizar caso ficasse comprovada a existência de dolo ou culpa durante a sua conduta ou omissão. (FILOMENO, 2012, p. 199).

Essa teoria trazia um grande malefício a vítima, tendo em vista que em algumas situações, mesmo que a vítima soubesse quem causou o dano, a mesma não tinha direito a uma reparação por não ter condições de comprovar o dolo ou a culpa. (FILOMENO, 2012, p. 199).

Desse modo, observa-se que a teoria da culpa seria ineficaz para o direito consumerista e poderia ocasionar uma maior desigualdade na relação jurídica, já que o consumidor, como parte vulnerável da relação, teria que encontrar formas impossíveis de demonstrar que o fornecedor, detentor de amplas informações e poder aquisitivo, agiu com dolo e culpa. (FILOMENO, 2012, p. 199).

Diante disso, o Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva, a qual prescinde da comprovação de dolo ou culpa para imputar ao

causador do dano o dever de reparação. Essa premissa está disposta no dispositivo 12 do Código consumerista, o qual traz a seguinte frase: “independentemente da existência de culpa”, que demonstra a opção do legislador infraconstitucional pela teoria objetiva. (FILOMENO, 2012, p. 199).

Além disso, o Código consumerista sofreu uma forte influência da Constituição Federal de 1988, a qual contém valores amplamente sociais, que induzem a uma responsabilização sem a necessidade de comprovação de culpa. (SCHREIBER, 2012, p. 21).

Por adotar a responsabilidade objetiva, é possível aferir que o fornecedor não pode se defender judicialmente alegando que não teve dolo ou culpa em sua conduta. Para se proteger, o fornecedor somente poderá alegar e comprovar as seguintes teses em juízo: que não prestou o serviço e não colocou o bem no mercado de consumo; que, apesar de ter oferecido o produto ou o serviço ao consumidor, não há nenhum tipo de prejuízo ou defeito na mercadoria; que a culpa pelo dano ocorrido é exclusivamente do consumidor ou de terceiro. (ALMEIDA, 2009, p. 89).

Salienta-se que, além da vulnerabilidade do consumidor, há também outras causas que influenciaram o legislador infraconstitucional a adotar a responsabilidade objetiva nas relações de consumo. (FILOMENO, 2012, p.201).

Dentre elas, destacam-se primeiramente a premissa de que a atividade empresarial representa um lucro ao fornecedor, mas também prejuízos e riscos ao empresário. Desse modo, o fornecedor deve arcar com os malefícios ocasionados aos consumidores, os quais não possuem meios para demonstrar a culpabilidade desses profissionais. (FILOMENO, 2012, p. 202).

Ademais, em face do momento histórico vivenciado pela sociedade, qual seja a capitalização com crescente industrialização, os fornecedores passaram a produzir e ofertar serviços em grande escala, visando aumentar o consumo para gerar mais riquezas. Dessa forma, como existem muitos produtos e muitos serviços criados ou ofertados em um pequeno espaço de tempo, é bastante previsível que existam irregularidades nessas mercadorias. (FILOMENO, 2012, p. 201).

Outrossim, durante casos concretos, verificou-se que a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, aquela que necessita da comprovação de culpa e dolo, era insuficiente na proteção ao consumidor, uma vez que o fornecedor se eximia da reparação ao alegar a ausência de culpa, sendo todos os riscos imputados ao destinatário final do produto ou serviço. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 287).

Isto posto, verifica-se que o código consumerista adota também a chamada teoria do risco do empreendimento ou empresarial, a qual determina que “todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos”, sem necessitar comprovar a culpabilidade. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 287).

Além disso, o diploma legal protetivo ao consumidor subdivide a responsabilidade do fornecedor em responsabilidade por fato do produto ou serviço e responsabilidade por vício do produto ou serviço. Nesse sentido, a responsabilidade por fato do produto ou serviço está disposta nos artigos 12 a 14 do CDC, enquanto a responsabilidade por vício do produto ou serviço está disposta nos dispositivos 18 a 20 do referido código. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 288).

As duas formas de responsabilização decorrem de um “defeito no produto ou serviço”, diferenciando apenas quanto a gravidade na deformação. O fato do produto ou serviço ocorre quando um defeito é tão perigoso que causa um acidente, afetando assim o consumidor que tem a sua esfera patrimonial ou moral lesada. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 288).

Já o dano decorrente de um vício no produto ou no serviço é menos gravoso, já que o produto ou o serviço já veio defeituoso e essa deformação causa “apenas o seu mau funcionamento ou não funcionamento”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 288).

Isto posto, o Código consumerista regulamentou, em seu artigo 14, a responsabilidade pelo fato do serviço, ocasionada por um acidente de consumo, gerando para o fornecedor o dever de reparar os danos “independentemente da existência de culpa”. E, apesar de os artigos que tratam sobre a responsabilidade pelo vício do serviço não conterem a mesma expressão, verifica-se que a responsabilidade também é objetiva, uma vez que não há nenhuma menção a culpabilidade. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 320).

Desse modo, observa-se que as companhias aéreas podem ocasionar diversos danos aos passageiros, uma vez que os mesmos podem estar submetidos aos serviços prestados de forma defeituosa.

Por sua vez, no que tange a responsabilidade do transportador em geral, é necessário primeiramente definir o que significa transportar. Segundo Rui Stoco(2011,p.328), “o transporte exprime movimento, ou seja, a ação de conduzir ou de levar coisas e pessoas em aparatos adequados, de um lugar a outro, mediante contrato ou gratuitamente”.

Diante disso, observa-se que o passageiro, ao ser transportado, está praticando um direito fundamental assegurado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL,1988), qual seja o direito de locomoção ou direito de ir e vir.

Por conta da suma importância desse direito, o sistema jurídico passou a se preocupar com a sua legislação, visando a regularização de todas as modalidades de transportes: ferroviário, marítimo, aéreo, entre outros. Isto posto, a legislação aplicável inicialmente ao transporte aéreo internacional foi a Convenção de Varsóvia, de 1931, a qual sofreu amplas modificações, surgindo a Convenção de Montreal a partir de 2006. (STOCO, 2011, p. 329).

Já o transporte aéreo nacional foi primeiramente regulamentado pelo revogado Código Brasileiro do Ar, em 1966, sendo substituído pelo Código Brasileiro de Aeronáutica. Imperioso frisar que, em que pese esses diplomas legais versem sobre o transporte, eles podem ter características distintas quanto a responsabilidade. (STOCO, 2011, p. 329).

A título exemplificativo, um código pode ter adotado inicialmente a teoria subjetiva, outro pode ter adotado a culpa presumida, um terceiro pode ter empregado cláusula limitativa de responsabilidade com o sistema de indenização tarifada, enfim, existem muitas opções e modalidades distintas de responsabilização. (STOCO, 2011, p. 329).

No entanto, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e análise do seu dispositivo 21, os aplicadores do Direito passaram por uma evolução e começaram a afirmar que as pessoas jurídicas de direito privado que exercem a

atividade empresarial de transporte, por um ato de concessão ou permissão proferido pelo Estado, também devem se adequar as obrigações que foram impostas pela Carta Magna ao Poder Público. Desse modo, houve o surgimento da responsabilidade objetiva nos transportes públicos. (STOCO,2011, p. 329).

Em relação a responsabilidade do transportador a partir de um contrato de transporte, verifica-se que, consoante preleciona Carlos Roberto Gonçalves(2003, p.277), o transportador poderá ser responsabilizado por um dano ocorrido aos seus empregados, a terceiros ou aos passageiros.

Não obstante, em face da temática desse trabalho, é necessário que haja o aprofundamento quanto a responsabilidade do transportador em face do passageiro oriunda “da má prestação do serviço, da ausência de garantia de incolumidade ou do inadimplemento da obrigação”. (STOCO,2011, p. 330).

Segundo Sergio Cavaliere Filho, (2010,p.310) “apenas em relação ao passageiro a responsabilidade do transportador será contratual, fundada no contrato de transporte”. Nesse sentido, verifica-se que a responsabilidade do transportador tem uma íntima relação com o instrumento particular pactuado entre as partes, razão pela qual é necessário avaliar algumas características desse contrato.

O contrato de transporte de pessoas pode se enquadrar como um contrato de adesão, uma vez que o passageiro normalmente não assina nenhum documento certificando a aceitação das cláusulas contratuais contidas no bilhete de passagem, ele apenas adere de forma tácita. (STOCO, 2011, p. 331).

Apesar de ocorrer uma aceitação, imperioso frisar que as cláusulas que ferem os direitos dos usuários podem e devem ser avaliadas quanto a sua validade. Ademais, “as cláusulas restritivas e que impõem deveres e obrigações aos usuários só tem validade e eficácia se o passageiro tiver conhecimento prévio”. (STOCO, 2011, p. 331).

Desse modo, como o Código Civil de 2002 traz como uma das suas premissas a função social do contrato, inclusive ao contrato de transporte, observa-se que o transportador deve apresentar por escrito e de maneira antecedente qualquer

cláusula que venha a limitar um direito do passageiro, o qual precisa conhecer e anuir previamente para que a mesma seja válida. (STOCO, 2011, p. 332).

Por fim, Rui Stoco conclui trazendo um relevante pensamento para o presente trabalho, qual seja (2011, p. 332):

“o transporte de passageiros com fins lucrativos tem natureza contratual, e que o contrato que se firma, com relação ao transporte de pessoas, é de adesão, bastando ao usuário ter conhecimento prévio do conteúdo para aderir, ainda que de forma tácita, as suas condições. Essas condições não podem ser abusivas e não de obedecer a função social dos contratos e, portanto, não podem colocar o usuário em desvantagem, ou de qualquer modo impedir que obtenha a reparação pelo inadimplemento da avença e correspondentemente aos danos que suportar. Também não se admite que se estabeleça a cláusula de não indenizar”.

Logo, ressalta-se que o transportador não pode criar cláusulas abusivas que tragam malefícios aos usuários, bem como não pode elaborar uma cláusula que impossibilite a reparação de danos ou exclusão de indenização em face de eventuais lesões ao passageiro.

Ademais, a partir da vigência do Código Civil de 2002, a sociedade jurídica passou a se questionar que tipo de responsabilidade civil seria aplicada ao transportador, a responsabilidade subjetiva ou objetiva. Contudo, é necessário verificar como os diplomas legais anteriores tratavam a responsabilidade. (STOCO, 2011, p. 335).

O Código Brasileiro de Aeronáutica que iria regulamentar o transporte aéreo nacional deu ensejo a uma enorme discussão na doutrina, pois uma parcela dos doutrinadores afirmava que o referido diploma adotava a responsabilidade dependente de culpa presumida, enquanto outros declaravam que a responsabilidade, na verdade, era objetiva. (STOCO, 2011, p. 335).

Os teóricos que defendiam a responsabilidade objetiva argumentavam que o artigo 248 do Código apenas afirmava que os limites de indenização não seriam aplicados se fosse comprovado o dolo ou a culpa do transportador. Logo, concluíam que não era necessário averiguar a culpa nos casos que se encaixarem a limitação, os quais eram mais corriqueiros. (STOCO, 2011, p. 335).

A mesma situação ocorria no transporte aéreo internacional regulado pela Convenção de Varsóvia, uma vez que a referida Convenção declarava que não era preciso discutir a culpa para responsabilizar o transportador e impor a este uma

obrigação de reparação até o limite indenizatório estabelecido. Contudo, o limite de indenização só seria afastado, ou seja, haveria a reparação integral, se fosse comprovado o dolo ou a culpa. (STOCO, 2011, p. 335).

Entretanto, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, muitas discussões foram encerradas, tendo em vista que alguns diplomas não foram recepcionados pela Carta Magna, perdendo a sua força normativa. As normas que determinavam uma responsabilidade subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa não foram recepcionadas, uma vez que a Constituição adotou a responsabilidade objetiva do transportador. (STOCO, 2011, p. 336).

A responsabilidade objetiva está evidenciada na Carta Magna a partir da interpretação de dois dispositivos, quais sejam: artigo 37, § 6º, artigo 21, inciso XII. Inicialmente, o artigo 21 dispõe que “o serviço de transporte aéreo é privativo da União, mas pode ser delegado a iniciativa privada”. Já o dispositivo 37 determina uma responsabilização as pessoas jurídicas públicas ou privadas que exerçam serviços públicos. (STOCO, 2011, p. 336)

Desse modo, admite-se concluir que a responsabilidade das entidades particulares que prestem o serviço de transporte aéreo, o qual interessa ao Estado, é objetiva, sendo qualquer norma infraconstitucional incompatível se estipular a responsabilidade subjetiva. (STOCO, 2011, p. 337).

Diante do exposto, é possível constatar que a responsabilidade do transportador é a mesma aplicada ao fornecedor de maneira geral pelo Código consumerista, qual seja a responsabilidade civil objetiva. Portanto, para imputar essa modalidade de responsabilidade ao transportador basta demonstrar que a conduta praticada por este deu causa a um prejuízo. Dessa forma, faz-se mister identificar em que circunstâncias o causador do dano será responsabilizado e qual dever lhe é imputado.

3.2.1 DEVER DE INDENIZAR

Primeiramente, é necessário aferir que alguns elementos são indispensáveis para a configuração da responsabilidade civil. Esses elementos são: a existência de uma conduta humana (positiva ou negativa); um dano ou prejuízo e o nexo de causalidade. (PAMPLONA FILHO, 2017, p. 885).

O primeiro pressuposto básico é a conduta humana voluntária, uma vez que um fato da natureza, em que pese poder gerar algum tipo de malefício ao ser humano, não pode ser responsabilizado civilmente. (PAMPLONA FILHO, 2017, p. 888)

Ademais, a conduta praticada pelo homem tem que ser voluntária, ou seja, o sujeito tem que ter a consciência dos seus atos. Contudo, isso não significa dizer que o mesmo precisa ter a intenção de causar um prejuízo, pois essa intenção está relacionada ao dolo do agente, e não a sua voluntariedade. (PAMPLONA FILHO, 2017, p. 888).

Outrossim, a conduta humana pode ser positiva, ou seja, verificada através de um ato praticado pelo sujeito, ou negativa, por uma omissão que também pode acarretar em um dano. (PAMPLONA FILHO, 2017, p. 890).

Nesse sentido, o segundo elemento indispensável para a configuração da responsabilidade civil é o dano. Esse prejuízo pode ser patrimonial, verificado a partir da violação a esfera econômica de um sujeito, ou extrapatrimonial, o qual ocorre por exemplo quando há uma lesão aos direitos da personalidade, principalmente a lesão moral. (PAMPLONA FILHO, 2017, p. 896).

Outrossim, a partir da ocorrência de um dano, nasce para o infrator o dever de indenizar. Imperioso frisar que, segundo Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano, “em regra todos os danos devem ser ressarcíveis, pois, mesmo impossibilitada a determinação judicial de retorno ao *status quo ante*, sempre se poderá fixar uma importância em pecúnia, a título de compensação”. (2017, p. 897).

Contudo, para que um prejuízo seja realmente indenizável, é indispensável que haja o cumprimento de alguns requisitos, quais sejam: “a ocorrência de lesão a um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; a certeza do dano e a subsistência do dano”. (PAMPLONA FILHO, 2017, p. 898).

Obviamente, só haverá o dever de indenizar caso for comprovada a lesão a algum interesse jurídico, seja patrimonial ou extrapatrimonial. Ademais, é necessário que o dano seja certo, ou seja, que tenha efetivamente acontecido, já que o ordenamento jurídico não pode imputar a responsabilidade a um dano em abstrato. (PAMPLONA FILHO, 2017, p. 897)

Por fim, para que o infrator seja ainda compelido a indenizar, é necessário que o dano ainda subsista, ou seja, no momento que a compensação for pleiteada no Poder Judiciário, é imprescindível que o dano ainda não tenha sido reparado pelo infrator. (PAMPLONA, 2017, p. 898).

Ademais, o terceiro elemento inerente a responsabilidade é o nexo de causalidade, uma vez que o infrator somente será compelido a indenizar quando for comprovada que a sua conduta ilícita ocasionou o dano. (PAMPLONA FILHO, 2017, p. 916).

No que tange ao direito do consumidor, existem também alguns pressupostos para a caracterização da responsabilidade por fato do produto ou serviço e por vício do produto ou serviço, os quais se assemelham de certa forma aos elementos da responsabilidade civil. (ALMEIDA, 2009, p. 90).

Quanto aos itens imprescindíveis para a responsabilização pelo fato do produto ou serviço, João Batista de Almeida declara que são três: a colocação do produto no mercado, que significa exatamente uma conduta humana positiva de pôr um produto potencialmente nocivo ao consumidor; a relação de causalidade, que significa o nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor e o dano gerado por este; e, por fim, a existência de um dano reparável, que significa exatamente a subsistência de um dano concreto e também os lucros cessantes. (ALMEIDA, 2009, p. 91).

Já a responsabilidade por vício no produto ou serviço verifica-se quando o fornecedor não coloca no mercado serviços ou produtos de qualidade, ocasionando assim uma lesão ao consumidor oriunda dos defeitos na prestação do serviço ou oferta do produto. (ALMEIDA, 2009, p. 98).

Quanto aos pressupostos para a sua caracterização, é necessário que o consumidor primeiramente adquira o produto ou contrate o serviço, que haja um vício que prejudique o desempenho do serviço ou produto e que “a reclamação acerca do vício ocorra dentro do prazo fixado em lei, ou seja, trinta dias para serviços e produtos não duráveis e noventa dias para serviços e produtos duráveis”. (ALMEIDA, 2009, p. 103).

Além disso, cumpre ressaltar que o Código consumerista também garante ao consumidor uma indenização caso o fornecedor cometa qualquer prática

considerada abusiva, uma vez que o ordenamento jurídico protege o destinatário final das condutas excessivas exercidas pelo fornecedor. (ALMEIDA, 2009, p. 130).

Contudo, apesar de o ordenamento jurídico assegurar ao consumidor o direito a indenização, existem situações que excluem a responsabilidade imputada ao fornecedor. Como os fornecedores centrais desse trabalho são os transportadores aéreos, faz-se mister identificar quais são as principais causas que autorizam a exclusão da indenização para essas companhias aéreas.

Primeiramente, o dispositivo 734 do Código Civil traz em seu bojo a primeira causa excludente de responsabilização ao transportador que causar danos as pessoas e suas bagagens, qual seja: motivo de força maior. (BRASIL. Lei 10.406, 2002)

Em que pese o Código Civil não mencionar a culpa exclusiva da vítima e o fato exclusivo de terceiro como causas excludentes de responsabilidade, essas circunstâncias também retiram do fornecedor o dever de indenizar, uma vez que elas extinguem o nexo de causalidade, o qual é um elemento indispensável para a responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2003, p. 281).

Em relação aos atrasos e perdas referentes ao deslocamento de bagagens ou cargas, o Código Brasileiro de Aeronáutica estabeleceu algumas causas excludentes de responsabilidade em seu dispositivo 264, tais como: “ato de guerra ou conflito armado e ato de autoridade pública referente à carga, se forem devidamente comprovados pelo transportador” (STOCO,2011, p. 347).

Ademais, em âmbito internacional, a Convenção de Montreal também estabeleceu causas excludentes de responsabilidade quanto aos danos e desaparecimentos de bagagens. A título exemplificativo, o artigo 17 da citada Convenção exclui o dever de indenizar ao transportador que comprovar que o dano na bagagem ocorreu por um defeito já existente na própria coisa.

Apesar de o ordenamento jurídico estabelecer algumas situações pontuais que retiram o dever de indenizar do transportador, é necessário enfatizar que o mesmo não pode instituir uma cláusula, de âmbito geral, declarando a exoneração a obrigação de indenizar, uma vez que essa conduta é definitivamente criticada. (STOCO, 2011, p. 352).

Isto posto, uma cláusula de não indenizar em um contrato de transporte é vedada em diversos diplomas legais, “como se verifica no artigo 247 do Código Brasileiro de Aeronáutica e, em âmbito internacional, no artigo 23 da Convenção de Varsóvia.” Além disso, o Código Civil, em seu dispositivo 734, declara a nulidade de um cláusula de não indenizar. (STOCO, 2011, p. 352).

Contudo, imperioso frisar que a cláusula limitativa de reparação é diferente da cláusula de não indenizar. A primeira não foi proibida expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, já a segunda há disposição legal vedando a sua utilização. (STOCO, 2011, p. 352).

Nesse sentido, inclusive, os tratados internacionais trazem uma limitação referente ao valor indenizatório devido e, tendo em vista que o artigo 732 do Código Civil determina a aplicação de legislação especial e tratados internacionais aos contratos de transporte, quando não contrariarem as disposições do Código nacional, alguns doutrinadores defendem a aceitação de cláusula que limite o valor indenizatório. (STOCO, 2011, p. 352).

Entretanto, é necessário também declarar que o Código de Defesa do Consumidor, consolidado após a legislação especial, qual seja o Código Brasileiro de Aeronáutica, traz como um dos direitos básicos do consumidor a reparação integral por todos os danos ocasionados pelo fornecedor. Desse modo, aplicando o Código consumerista a relação entre transportador e passageiro, verifica-se que a limitação indenizatória viola o novo diploma legal.

Quanto a cláusula de não indenizar, em âmbito jurisprudencial, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal consolidou uma súmula 161, a qual declara que “em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”, ratificando assim a incontroversa vedação a essa modalidade de cláusula. (STOCO, 2011, p. 352).

Diante do exposto, conclui-se que quando ficar caracterizada uma lesão, o infrator, o qual normalmente é o fornecedor no direito consumerista, deverá indenizar a vítima, já que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe nesse sentido. Isto posto, o fornecedor não pode eximir-se dessa responsabilidade alegando, por exemplo, o cumprimento de uma cláusula que exclua o dever de indenizar do fornecedor.

3.2.CONTRATOS DE CONSUMO E CLÁUSULAS ABUSIVAS

Durante um certo período, as relações contratuais passaram por amplas modificações, as quais foram essenciais para adequar os contratos aos novos parâmetros sociais e econômicos. Em virtude do aprimoramento das técnicas de criação e distribuição de mercadorias, das mudanças na forma de pensar da sociedade, que estava mais preocupada com o bem-estar da coletividade e não apenas com o indivíduo em si mesmo, os instrumentos particulares passaram por alterações. (NAHAS, 2002, p. 41).

Ademais, devido ao mercado de consumo ser marcado por situações específicas, tais como a produção em grande escala, a posição vulnerável do consumidor frente ao fornecedor e a necessidade de informação, os contratos tradicionais não eram suficientes para abarcarem as relações de consumo. (NAHAS, 2002, p. 41).

Desse modo, como a demanda pelo consumo demonstra-se cada vez maior com o passar do tempo, os fornecedores passaram a criar as cláusulas contratuais previamente a celebração do instrumento particular, sendo imputado ao consumidor apenas o ato de aderir ao contrato, conforme o que foi estabelecido pelo fornecedor ou simplesmente não contratar. (NAHAS, 2002, p. 41).

O fornecedor tem essa possibilidade de criar as condições do contrato de forma isolada e prévia em virtude do princípio da livre iniciativa. Contudo, essa liberdade concedida não é absoluta, uma vez que o artigo 170 da Constituição Federal de 1988 estabelece alguns princípios gerais que devem ser observados pelo fornecedor, principalmente a defesa dos direitos dos consumidores. (NAHAS, 2002, p. 42).

Imperioso frisar, entretanto, que essa liberdade nem sempre foi limitada. Durante os séculos XVIII e XIX, o modelo contratual adotado era do liberalismo econômico, o qual pregava uma autonomia absoluta quanto as disposições contratuais e as escolhas relativas aos contratantes que iriam celebrar aquele instrumento. (NAHAS, 2002, p. 43).

Nesse sentido, os contratos de adesão surgiram exatamente para viabilizar uma celeridade na contratação. Esse tipo de contrato ocorre quando um dos contratantes possui a prerrogativa de criar as cláusulas antecipadamente, conforme sua vontade única e exclusiva. A outra parte cabe apenas consentir com aquele conteúdo através da adesão. Logo, “há um encontro de vontades”. (NAHAS, 2002, p. 43).

O Código consumerista estabelece, em seu dispositivo 54, as condições para a criação do contrato de adesão. Além disso, Thereza Christina Nahas (2002, p.51) destaca a “impossibilidade das cláusulas serem escritas de forma que possa causar qualquer tipo de abuso ao consumidor ou vantagem exagerada ao fornecedor”.

Desse modo, diante da nova posição constitucional, a qual garante a livre iniciativa, mas limita a ordem econômica pela efetiva proteção ao consumidor, é necessário verificar como o Código de Defesa do Consumidor regulamenta as cláusulas presentes nos contratos de consumo.

Inicialmente, verifica-se que o Código consumerista estabelece normas que visam proteger a relação de consumo em um momento anterior a própria formação do contrato e na sua efetiva criação. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 169).

Além disso, o referido Código traz também normas que coíbem as cláusulas contratuais que sejam abusivas, tutelando assim o consumidor em momento posterior a composição do instrumento particular. Em um caso concreto, a correção dessas cláusulas ocorre normalmente em âmbito judicial, visando a irrefutável proteção dos direitos dos consumidores que já foram garantidos no Código. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 170).

Contudo, por ser um instituto jurídico com muitas particularidades, é necessário diferenciar as cláusulas abusivas de diversas outras condutas jurídicas que, a despeito de possuírem semelhanças com as cláusulas abusivas, não se enquadram em seu conceito.

Nesse sentido, apesar de se manifestarem na fase executória do contrato, assim como a cláusula abusiva, a cláusula que pode ensejar na revisão do instrumento particular é diferente de uma cláusula excessiva. A primeira surge supervenientemente a formação do contrato, já que em um primeiro momento, o instrumento particular foi concebido de forma correta, “até que surge um fato novo

(superveniente) que o desequilibra, exigindo uma revisão”. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 170).

Já as cláusulas abusivas se manifestam simultaneamente a elaboração do contrato, uma vez que, assim que as partes pactuam, já há a evidência naquele ato normativo de que durante a execução do contrato, aquelas cláusulas irão ensejar atos ilícitos para o consumidor. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 170).

Outra diferenciação ocorre quanto a fundamentação das cláusulas abusivas, ou seja, qual o embasamento jurídico para delimitar a abusividade. Uma primeira corrente defende a conexão entre cláusula abusiva e abuso de direito, de modo subjetivo, enquanto uma segunda corrente defende a abusividade de forma objetiva, seguindo o princípio da boa-fé objetiva para analisar “seu efeito, seu resultado, e não tanto repreender uma atuação maliciosa ou subjetiva”. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 170).

Portanto, para a primeira corrente, a abusividade ocorre a partir do momento que um sujeito utiliza um direito que lhe foi resguardado de forma ilimitada, irregular, agindo de maneira contrária a licitude e de modo subjetivo. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 171)

Já a segunda corrente alega que é preciso verificar a abusividade das cláusulas contratuais a partir do momento que uma das partes não atuou de forma leal, cooperativa, em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva, resultando assim em um desequilíbrio entre as partes e em “um prejuízo grave sofrido objetivamente pelo consumidor”. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 171).

Nesse sentido, Judith Martins-Costa entende que o instituto jurídico do abuso do direito difere-se das cláusulas contratuais abusivas. Para a referida doutrinadora, o abuso de direito, presente no artigo 187 do Código Civil ocorre quando um sujeito exerce um direito de forma exacerbada, o que retira a licitude desta conduta. (COSTA, 2015, p.581).

Já a abusividade contratual refere-se ao conteúdo do contrato, tendo em vista que dentro deste instrumento particular é possível observar cláusulas eivadas de abusividade em virtude de terem sido formuladas por algum participante do contrato

que acredita ter mais poder em face do outro, demonstrando assim a ausência de equilíbrio e igualdade entre as partes. (COSTA, 2015, p. 581).

Outra distinção entre o abuso de direito e a cláusula contratual abusiva encontra-se dentro dos planos do negócio jurídico, quais sejam: existência, validade e eficácia. Quando se constata um abuso de direito, normalmente há um dano. Logo, a consequência é a indenização em face desse dano. Isto posto, “a correção do abuso está no plano da eficácia”. (COSTA, 2015, p. 582).

Já a abusividade presente em cláusulas abusivas gera a nulidade dessas cláusulas. Desse modo, nesse caso específico, “a correção da abusividade situa-se no plano da validade”. Nesse sentido, o Código consumerista ainda protege o consumidor, ao elencar, em seu artigo 51, diversos conteúdos presentes nas cláusulas contratuais que resultam em sua nulidade. (COSTA, 2015, p. 582).

Por sua vez, Sergio Cavalieri Filho afirma que a cláusula abusiva possui nítida relação com o abuso de direito adotado pelo Código Civil de 2002 em seu dispositivo 187. Conforme o autor, a redação desse dispositivo induz a interpretação de que, para que haja a configuração do abuso de direito, não é preciso que haja dolo, culpa ou má-fé, já que a teoria objetiva é empregada no abuso de direito. (2011, p. 174).

Segundo o citado autor, “basta que aquele que exerça o direito exceda objetivamente os limites estabelecidos em lei. Ora, é exatamente isso que ocorre com as cláusulas abusivas. O fornecedor estabelece cláusulas que excedem os limites da boa-fé, da finalidade econômica ou social do contrato e até dos bons costumes”. (2011, p.174).

Portanto, há uma divergência doutrinária quanto ao enquadramento das cláusulas abusivas. Contudo, todos os autores chegam a mesma conclusão: as cláusulas abusivas ferem os direitos básicos do consumidor, sendo imprescindível que haja um controle nesses contratos excessivos.

Diante do exposto, verifica-se que o Código consumerista, em seu artigo 51, elencou diversas cláusulas contratuais que são nulas, em conformidade com o ensinamento proferido pela doutrinadora Judith Martins-Costa.

Salienta-se que esse artigo é meramente exemplificativo, uma vez que o próprio dispositivo, em seu *caput*, insere o termo “entre outras”, demonstrando assim que

existem outras cláusulas ofensivas espalhadas pelo Código. (BRASIL. Lei 8078, 1990).

As consequências decorrentes da nulidade absoluta dessas cláusulas são as seguintes: “nunca terão eficácia, não convalidam pela passagem do tempo, podem ser pronunciadas de ofício pelo juiz, não são supríveis e não produzem qualquer efeito jurídico, pois a declaração de nulidade retroage a data da contratação”. (ALMEIDA, 2009, p. 148).

A partir do exposto, imperioso verificar algumas cláusulas vedadas pelo ordenamento jurídico. O inciso I do artigo 51 versa sobre a impossibilidade de uma cláusula contratual estabelecer que o fornecedor não irá indenizar o consumidor caso ocorra um dano por fato ou vício do produto ou serviço. (ALMEIDA, 2009, p. 149).

Observa-se que, caso essa cláusula for estipulada, há uma nítida abusividade em face do consumidor, o qual ficará totalmente desprotegido e impossibilitado de receber o ressarcimento que lhe é devido por direito.

O inciso IV do artigo 51 dispõe que cláusulas contrárias a boa-fé, a equidade, a própria dignidade do consumidor enquanto pessoa hipossuficiente são abusivas. Ademais, aquelas que coloquem o fornecedor em uma situação de “vantagem exagerada” em face do consumidor, o qual já é o sujeito vulnerável da relação, também são ofensivas. (ALMEIDA, 2009, p. 150).

Desse modo, observa-se que o fornecedor deve criar cláusulas que estejam em conformidade com “os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence”, uma vez que se o mesmo não atuar dessa forma estará praticando uma vantagem exagerada. (ALMEIDA, 2009, p.150).

Ademais, o inciso XIII do dispositivo 51 veda expressamente qualquer alteração do contrato feita de maneira unilateral, uma vez que após a celebração do instrumento particular, o referido instrumento somente poderá ser modificado com o consentimento de todos os contratantes. “Por isso, o Código buscou inibir e sancionar a conduta do fornecedor de modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato já celebrado.” (ALMEIDA, 2009, p. 152).

Outrossim, o inciso XV dispõe que qualquer cláusula que seja contrária ao sistema protetivo ao consumidor deve ser banida do ordenamento jurídico. Como foi mencionado no capítulo anterior, o direito do consumidor é regido pelo princípio do protecionismo, o qual tutela o consumidor através da criação de normas de ordem pública. (BRASIL. Lei 8078, 1990)

Desse modo, a vontade das partes não pode se sobrepor ao caráter público e imperativo que compõe o sistema consumerista. Logo, as partes não tem a prerrogativa de criar cláusulas que ofendam a legislação nacional relativa ao consumidor. (ALMEIDA, 2009, p. 152).

Salienta-se ainda que, conforme a Lei 8078/90, o consumidor tem o direito de desistência em face do produto ou serviço que adquiriu “fora do estabelecimento comercial”, principalmente se essa compra ocorreu por telefone ou a domicilio.

Nesse sentido, o consumidor tem o prazo de sete dias para exercer o seu direito de desistência, sendo a contagem do prazo iniciada da assinatura proferida pelo consumidor ou do recebimento do produto ou serviço.

Ademais, o dispositivo 49 da legislação infraconstitucional determina que, caso o consumidor se arrependa do negócio jurídico previamente pactuado dentro do prazo de sete dias, os valores que foram dados pelo consumidor deverão ser devolvidos, de imediato, com a devida correção monetária. Se em um contrato tiver uma clausula que retire esse direito de reembolso, essa cláusula é abusiva. (FILOMENO, 2011. P. 565).

3.3 PRÁTICAS ABUSIVAS

Por sua vez, as práticas abusivas são ações comerciais ofensivas realizadas pelo fornecedor. As práticas abusivas possuem uma nítida conexão com as cláusulas abusivas, uma vez que ambas necessitam da verificação quanto ao cumprimento do princípio da boa-fé objetiva para a caracterização. (MIRAGEM, 2013, p. 274).

Nesse sentido, em um caso concreto, a jurisprudência brasileira vem observando se, por exemplo, um determinado fornecedor está atuando em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva. Se for verificado que o mesmo não está agindo em

consonância com o referido princípio, é possível caracterizar uma cláusula como abusiva ou uma prática como abusiva. (MIRAGEM, 2013, p. 274).

Isto posto, em face da importância teórica e concreta das práticas abusivas, faz-se mister identificar como o direito consumerista conceitua e emprega as práticas ofensivas, bem como o tipo de responsabilização do fornecedor ao atuar dessa maneira.

3.3.1 CONCEITO DE PRÁTICA ABUSIVA À LUZ DO DIREITO CONSUMERISTA

Segundo Antônio Herman V. Benjamin, prática abusiva é um gênero que engloba, enquanto espécies, as cláusulas abusivas e a publicidade abusiva. Além disso, a prática abusiva ocorre quando o fornecedor não atua “em conformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor”. (2012, p.276).

Salienta-se ainda que as práticas abusivas ocorrem no plano vertical, ou seja, entre fornecedor e consumidor. Já as práticas de concorrência desleal, a despeito de afetarem o consumidor de modo indireto, ocorrem no plano horizontal, ou seja, entre dois fornecedores. Desse modo, conclui-se que o Código consumerista traz em seu bojo práticas verticais, as quais prejudicam os consumidores. (BENJAMIN, 2012, p. 277).

Ademais, o direito do consumidor não caracteriza apenas as práticas inverídicas ou enganosas como abusivas. Outras atividades que sejam opressivas, imorais, excessivas economicamente também se configuram como abusivas. Além disso, qualquer tipo de ato que venha a ocasionar danos substanciais ao destinatário final é enquadrado como abusivo. (BENJAMIN, 2012, p. 277).

Outrossim, as práticas abusivas podem ocorrer em diversos momentos: pré-contratuais, contratuais e até mesmo após o término do contrato. Desse modo, o Código de Defesa do Consumidor regulamentou diversas atividades que não devem ser exercidas pelo fornecedor, uma vez que as mesmas são manifestamente excessivas. (BENJAMIN, 2012, p. 277).

Nesse sentido, o Código consumerista traz, em seu dispositivo 39, algumas práticas abusivas. Contudo, imperioso frisar que este dispositivo não é o único a regulamentar práticas abusivas. Há também outras atividades excessivas

espalhadas por todo o Código e em legislações esparsas. (BENJAMIN, 2012, p.277).

Durante o momento anterior a formação do contrato, algumas práticas abusivas podem ser cometidas. Dentre elas, destacam-se as condutas excessivas presentes nos incisos I, II, III e VI do artigo 39, razão pela qual as mesmas serão expostas a seguir. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 149).

O inciso I veda expressamente que o fornecedor obrigue o consumidor a adquirir um outro produto ou serviço oferecido por ele sem a efetiva escolha feita pelo destinatário final. Essa prática abusiva denomina-se venda casada, já que o fornecedor almeja subornar o consumidor para que o mesmo adquira, por exemplo, um serviço que não foi realmente desejado pelo destinatário final. (MIRAGEM, 2013, p. 275).

Quando for constatada a venda casada, caso haja danos ao consumidor, o fornecedor será responsável por este prejuízo causado e, se houver uma cadeia de fornecimento, haverá a responsabilidade solidária de toda essa cadeia. (MIRAGEM, 2013, p. 277).

Outrossim, é também considerada uma prática abusiva a rejeição praticada pelo fornecedor em face de uma demanda do consumidor, consoante inciso II do artigo 39. Essa prática é bem comum no transporte terrestre, onde os taxistas recusam os passageiros que solicitam um deslocamento próximo, já que essa prestação de serviço não iria trazer muitos lucros ao motorista. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 149).

Por sua vez, o inciso III do referido artigo determina o fornecimento de serviço ou produto não solicitado como uma prática excessiva, já que além de ofertar algo que não foi pedido, os fornecedores muitas vezes cobram por esses serviços ou produtos, inserindo inclusive o nome do consumidor na lista de inadimplentes. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 150).

Contudo, o parágrafo único do artigo 39 dispõe claramente que esses produtos ou serviços fornecidos indevidamente ao consumidor são equiparados as amostras grátis, o que demonstra que os consumidores não podem ser compelidos a pagar por estas mercadorias. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 150).

Ademais, o inciso VI do artigo 39 determina a indispensabilidade do orçamento prévio, uma vez que o fornecedor não pode “executar um serviço sem a prévia elaboração de orçamento e autorização do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes”. Essa exceção resguarda uma relação de consumo que seja abarcada pela confiança, adquirida através de um relacionamento duradouro e estável entre o fornecedor e o destinatário final. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 150).

Durante a formação do instrumento particular, outras práticas abusivas também podem ser cometidas pelo fornecedor, sendo estas práticas similares as que estão dispostas nos incisos V, IX e XII. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 166).

O inciso V do artigo 39 declara que o ato de exigência do fornecedor de um benefício que seja claramente excessivo é uma prática abusiva. Salienta-se que não é necessário ter um contrato específico feito pelo fornecedor requerendo essa vantagem. Basta que haja o ato do fornecedor requisitando um privilégio exacerbado. (MIRAGEM, 2013, p. 280).

Ademais, essa prática possui ampla relação com o artigo 51 do Código consumerista que trata sobre a nulidade de cláusulas abusivas, uma vez que caso o fornecedor crie uma cláusula contratual determinando uma vantagem exagerada para ele mesmo, essa cláusula está eivada de nulidade por ser também uma conduta abusiva. (MIRAGEM, 2013, p. 280).

Nota-se que essa atitude adotada pelo fornecedor está em desacordo com o direito básico do consumidor a equidade contratual, tendo em vista que estipular uma cláusula que onere excessivamente o consumidor denota a ausência de equilíbrio e igualdade entre os contratantes. (ALMEIDA, 2009, p. 127).

Na prática, é cediço que o fornecedor tem mais informações sobre o produto ou serviço ofertado, tem melhores condições econômicas, tem mais habitualidade no mercado, então o fornecedor naturalmente já está em uma posição mais favorecida. Não obstante, o mesmo não pode aproveitar-se dessa situação e atuar de modo a exonerar excessivamente o consumidor.

Ademais, o inciso IX determina que o fornecedor não pode rejeitar um consumidor que queira efetivamente adquirir o produto ou ter a prestação do serviço mediante o

pronto pagamento. Se o mesmo atuar dessa maneira, a prática abusiva estará configurada. (BRASIL. Lei 8078, 1990).

Por sua vez, o inciso XII define como conduta excessiva a ausência de prazo para o cumprimento de uma obrigação do fornecedor, bem como a estipulação do início do prazo feita exclusivamente pelo mesmo.

A partir da verificação de casos concretos, observa-se que infelizmente muitos fornecedores simplesmente não estabelecem obrigações referentes a prazo e horários para o cumprimento dos seus deveres, enquanto os consumidores são forçados a cumprirem exatamente como foi pactuado, pois, caso não atuem dessa maneira, sofrerão consequências desastrosas, como a rescisão do contrato ou eventual multa. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 168).

Um exemplo disso ocorre no mercado imobiliário, “em que o consumidor tem prazo certo para cumprir sua prestação (se atrasar o pagamento de duas ou três prestações, o contrato será rescindido), enquanto o construtor possui ampla manobra na contraprestação”. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 168).

No entanto, é importante ressaltar que outros tipos de serviços comerciais também podem estar sujeitos a essa prática abusiva, inclusive o transporte aéreo de passageiros e bagagens.

Outrossim, após a conclusão do contrato, o consumidor pode ainda estar sujeito a diversas condutas abusivas, tais como: “a utilização excessiva dos bancos de dados de proteção ao crédito, ocasionando um dano ao consumidor; a cobrança vexatória ou sob ameaça e a cobrança indevida”, situação que garante ao consumidor a devolução em dobro do que foi pago de maneira exorbitante. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 203).

Ademais, outra conduta vedada pelo ordenamento é a que está descrita no inciso XIV do dispositivo 39, a qual dispõe que o fornecedor não pode permitir a entrada de consumidores em estabelecimentos comerciais ou em serviços após o máximo de consumidores ter sido atingido, uma vez que a autoridade administrativa estabelece um limite para promover a segurança do consumidor.(BRASIL. Lei 8078, 1990).

Diante do exposto, verifica-se que o Código consumerista elenca diversas práticas abusivas que podem ocasionar danos aos consumidores, sendo imprescindível que haja a efetiva responsabilização nesses casos concretos. A partir de todos os elementos apresentados, faz-se mister averiguar se as cláusulas e práticas abordadas pela Resolução nº 400 da ANAC são abarcadas por abusividade, ferindo assim o ordenamento jurídico pátrio.

4. RESOLUÇÃO ANAC 400/2016

Após a elucidação dos princípios, direitos básicos do consumidor e das práticas abusivas que podem ensejar em violações de direitos, é necessário primeiramente identificar quem é a Anac e posteriormente avaliar se a resolução nº 400 feita por esta instituição viola regras consumeristas, bem como o ordenamento jurídico de modo geral.

A Anac (Agência Nacional de Aviação Civil) é uma entidade que integra a Administração Pública Federal indireta, estando vinculada ao Ministério da Defesa e situada no Distrito Federal, podendo alocar unidades administrativas em outras regiões do país. (BRASIL. Lei 11.182, 2005, artigo 1).

A União Federal, através dessa entidade, tem a competência de regular e fiscalizar as atividades da aviação civil, bem como a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, desde que estejam em consonância com as políticas estabelecidas pelos Poderes Legislativo e Executivo. (BRASIL. Lei 11.182, 2005, artigo 2).

Não obstante, imperioso frisar que a Anac, enquanto autarquia especial, possui ampla independência administrativa, autonomia financeira, não está subordinada hierarquicamente a nenhuma outra entidade e os seus dirigentes possuem um mandato fixo. (BRASIL. Lei 11.182, 2005, artigo 4º).

Outrossim, compete a Anac defender e promover a concorrência na área da aviação civil. Desse modo, caso a autarquia especial identifique um fato que possa “contrariar a ordem econômica”, ou que prejudique a concorrência, a Anac deverá comunicar aos órgãos e entidades do Governo Federal para que os mesmos tomem as atitudes devidas. (BRASIL. Lei 11.182, 2005, artigo 6º).

Ademais, a referida agência deve adotar medidas necessárias para o desenvolvimento da aviação civil mas, ao mesmo tempo, deve também empregar condutas que respeitem e atendam o interesse público, operando sempre com impessoalidade, publicidade, independência e legalidade. (BRASIL. Lei 11.182, 2005, artigo 8º).

Nesse sentido, a Anac tem a atribuição de regular e fiscalizar os serviços aéreos e serviços auxiliares, a viabilização do transporte aéreo, as emissões de poluentes, a atividade sonora da aviação, a movimentação de passageiros e de cargas, a segurança da aviação civil, entre outras atividades relacionadas a este ramo. (BRASIL. Lei 11.182, 2005, artigo 8º, inciso X).

Desse modo, observa-se que a Anac, apesar de ter a função de promover a concorrência entre companhias aéreas, ela possui, concomitantemente, a função de proteger os passageiros quanto a sua saúde, segurança e o próprio deslocamento.

Assim, a Lei 11.182/05 dispõe ainda que a autarquia especial deverá formular regras que tratem sobre a segurança dos passageiros, inclusive a bordo das aeronaves, e também deverá formular regras sobre o porte e o transporte de cargas que sejam perigosas. (artigo 8º, inciso XI).

Faz-se mister salientar ainda que a legislação que regula a Anac, em seu dispositivo 8º, inciso XXXV determina que a referida instituição tem a incumbência de coibir qualquer tipo de infração legal, inclusive infrações que firam os direitos dos usuários dos serviços aéreos (passageiros), aplicando as sanções que forem adequadas.

Portanto, a referida autarquia tem a competência de estimular a concorrência entre empresas aéreas, aperfeiçoar a prestação do serviço de transporte aéreo e principalmente estabelecer regras que irão orientar o funcionamento da aviação civil. (site institucional da Anac).

Quanto a sua estruturação, a autarquia especial é composta por uma Diretoria, a qual exerce a função deliberativa máxima dentro da instituição; por uma Procuradoria; Corregedoria; Ouvidoria; por um Conselho Consultivo e unidades especializadas. (BRASIL. Lei 11.182, 2005, artigo 9º).

Os diretores serão nomeados pelo Presidente da República, depois de serem aprovados pelo Senado Federal. Logo, a Diretoria tem, como uma de suas funções, a proposição ao Presidente da República de alteração do regulamento da Anac, caso se observe que o documento se encontra em dissonância com as propostas iniciais da autarquia. (artigo 11º, inciso I e art. 12º).

A partir da data de publicação do decreto nº 5731, feito pelo Presidente da República em 2006, a Anac passou a ter plenos poderes para exercer as atribuições que lhe foram dadas, inclusive as obrigações que foram imputadas pela Lei 11.182 de 2005. Logo, a Anac substituiu o Departamento de Aviação Civil a partir de 2006. (site institucional da Anac).

No site institucional da Agência Nacional de Aviação Civil, há a disposição de que a autarquia especial tem como um dos seus objetivos “garantir a todos os brasileiros a segurança e a excelência da aviação civil”.

Ademais, declara que possui alguns valores, tais como: a recusa em relação a qualquer interferência de interesse que não seja o interesse público, a valorização das pessoas e da meritocracia e a busca em retornar os investimentos que foram empregados pela população.

No mesmo site, a Anac apresenta como plano estratégico de 2015 a 2019, ou seja, como os fins, de longo prazo, buscado pela autarquia durante os quatro anos, a promoção de coerência entre os regulamentos feitos pela Anac e a legislação nacional, reprimindo qualquer tipo de redundância e qualquer tipo de conflito entre o regulamento ou resolução e as normas estabelecidas no país. (página 11 do plano estratégico).

Diante do exposto, é possível concluir que a Anac é uma autarquia federal com competência para criar regulamentos que versem sobre a aviação civil e também fiscalizar os serviços prestados pelos transportadores.

Utilizando da atribuição de normatização, a Anac em 2016 criou uma resolução, a qual foi intitulada como resolução nº 400, que estabelece cláusulas relativas ao transporte aéreo de passageiros, em âmbito nacional e internacional.

Apesar de a Anac estabelecer, como um dos seus objetivos a longo prazo, a instituição de regulamentos que estejam em consonância com a legislação nacional, questiona-se a compatibilidade de cláusulas presentes na referida resolução e as normas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor.

Isto posto, faz-se necessário averiguar as cláusulas dispostas na resolução nº 400 de 2016 em contraposição com as regras e princípios dispostos no Código consumerista, com o intuito de observar se há cláusulas abusivas e práticas comerciais excessivas ou não.

4.1 NORMAS IMPLEMENTADAS PELA RESOLUÇÃO ANAC X O CDC

Inicialmente, questionava-se qual diploma legal iria proteger as relações entre os transportadores aéreos e os usuários desses serviços. Em um primeiro momento, portanto, se o transporte fosse considerado internacional, ou seja, se houvesse um deslocamento de um país para outro, a norma que iria regulamentar seria a Convenção de Varsóvia, promulgada em 1929. (BENJAMIN, 2015, p. 29).

Salienta-se ainda que, em 1955, através do Protocolo de Haia, a Convenção de Varsóvia sofreu diversas modificações. Outrossim, foram acrescentados alguns Protocolos, tais como o Protocolo Adicional nº 3 que modificou “o limite de indenização relativa a atrasos nos voos, instituindo o DES (Direito Especial de Saque)”. (SOUZA, 2004, p. 384).

Não obstante, se houvesse um transporte doméstico, ou seja, um transporte aéreo que ocorresse em âmbito nacional, a lei infraconstitucional que iria reger essa relação seria o Código Brasileiro de Aeronáutica, instituído em 1986. (BENJAMIN, 2015, p. 31).

O Código Brasileiro de Aeronáutica tratou sobre diversos assuntos relacionados ao tema, inclusive a responsabilidade civil disposta no Título VIII, notadamente nos dispositivos 246 a 287. (SOUZA, 2004, p. 384).

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado em 1990, após os dois diplomas legais referidos anteriormente. A partir desse momento, a sociedade começou a se indagar se a relação entre transportador aéreo e passageiro seria regida, em âmbito nacional, pelo Código Brasileiro de Aeronáutica ou pelo novo Código consumerista.

Entretanto, observa-se que não há um conflito entre todas as normas dispostas na Convenção, no CDC e no Código Brasileiro de Aeronáutica. Desse modo, os dois diplomas anteriores ainda permanecem em vigor, tendo sido revogadas apenas as normas que eram incompatíveis com a nova legislação. (BENJAMIN, 2015, p. 31).

Isto posto, há apenas um tema que apresenta uma divergência entre o Código consumerista, a Convenção e o Código Brasileiro de Aeronáutica: a responsabilidade civil do transportador, que engloba, de maneira indireta, o controle de cláusulas abusivas e as práticas abusivas exercidas pelo fornecedor. (BENJAMIN, 2015, p. 32).

No Código Brasileiro de Aeronáutica, para a caracterização da responsabilidade do transportador, era necessário verificar a existência de dolo ou culpa grave que justificasse a reparação. Tal conduta demonstra a incompatibilidade com o Código de Defesa do Consumidor, o qual, como já foi mencionado anteriormente, não exige a configuração de dolo ou culpa para determinar a responsabilização. (BENJAMIN, 2015, p. 35).

Portanto, para Antônio Herman V. Benjamin e para a maioria da doutrina atual, nesse tema específico, apenas o Código de Defesa do Consumidor será aplicado de forma ampla nas relações consumeristas entre passageiros e transportadores aéreos.

Não obstante, imperioso frisar que existem duas correntes que tratam sobre a aplicação da responsabilidade civil no serviço aéreo: a primeira sustenta que o Código Brasileiro de Aeronáutica, o qual está em consonância com a legislação internacional, deve ser aplicado, inclusive o dispositivo que prevê indenização

tarifada caso ocorra um dano causado pelo transportador ao passageiro. (SOUZA, 2004, p. 388).

E uma segunda corrente prevê que o Código consumerista deve ser aplicado, principalmente o princípio da reparação efetiva e integral, consolidado no referido diploma legal. Desse modo, a segunda corrente defende o afastamento do Código Brasileiro de Aeronáutica e as normas internacionais em relação a responsabilidade civil. (SOUZA, 2004, p. 389).

Para a primeira corrente, o CDC não pode prevalecer em face do Código Brasileiro de Aeronáutica, uma vez que o CDC não regulamenta quantitativamente as indenizações cabíveis, dispondo tão somente sobre os meios e caminhos de defesa do consumidor, de modo genérico. (SOUZA, 2004, p. 390).

Além disso, a primeira corrente defende também que, como o Código Brasileiro de Aeronáutica é mais específico do que o CDC, o primeiro deve prevalecer em face do segundo, uma vez que o princípio "*lex specialis derogat generalis*" deve ser aplicado. (SOUZA, 2004, p. 390).

Por sua vez, em consonância com a segunda corrente, Joilson Andrade de Souza (2004, p. 391) declara que o Código de Defesa do Consumidor deve ser a legislação adotada nos casos de responsabilidade do transportador, uma vez que o referido Código traz princípios que estão em consonância com a Carta Magna, como o princípio ou direito de reparação integral ao consumidor, enquanto o Código Brasileiro de Aeronáutica está incompatível com a Constituição Federal de 1988 nesse aspecto, uma vez que estabelece um limite na indenização.

A partir dessas premissas fixadas, verifica-se que hodiernamente o Código consumerista é a norma aplicada nas relações entre usuários do serviço aéreo e seus fornecedores quanto a responsabilização em âmbito nacional. Conclui-se, portanto, que deve analisar todos os regulamentos que tratam sobre o assunto a luz do CDC, tal como a resolução nº400 produzida pela Anac em 2016.

Além disso, a resolução nº 400 deve ser analisada também a luz do Código Civil de 2002, uma vez que, apesar de o transporte de pessoas e coisas (bagagens) se enquadrar como uma prestação de serviços, devendo ser, portanto, regido pelo

CDC, o Código Civil de 2002 tratou sobre o assunto no Livro I, parte especial, Título VI, Capítulo XIV. (SOUZA, 2004, p. 393).

Em que pese o Código Civil ter tratado sobre um assunto que aparentemente deveria estar somente no CDC, observa-se que as normas presentes no Código Civil não estão em desacordo com as regras e princípios abordados no CDC. Desse modo, “o Código Civil tratou do tema como um *plus*, em harmonia com a política nacional de relação de consumo adotada no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor”. (SOUZA, 2004, p. 395).

Imperioso frisar, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, em 2006 noRE 297.901, o qual teve como Ministra Relatora Ellen Gracie, proferiu uma decisão determinando que, no caso de prazo prescricional em ação de indenização contra companhia aérea internacional, a Convenção de Varsóvia prevalece em face do CDC, tendo em vista que o artigo 178 da Constituição Federal determina que “os acordos firmados pela União devem ser observados no transporte aéreo internacional”.

No mesmo sentido, em 25 de Maio de 2017, no RE 636.331, o qual teve como Ministro Relator Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão declarando que os tratados internacionais, principalmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, tem prevalência em face do CDC, inclusive os artigos da Convenção que tratem sobre limitação na indenização devida pelos transportadores.

Desse modo, a Suprema Corte determinou que houvesse uma diminuição no valor da condenação em danos materiais, para que a mesma estivesse de acordo com a limitação prevista na Convenção de Varsóvia, consoante o artigo 22 da referida Convenção. (site Supremo Tribunal Federal).

Diante do exposto, observa-se que a maioria da doutrina entende que o Código consumerista é o diploma mais adequado para reger a responsabilização na prestação de serviço pelas transportadoras, tanto em âmbito nacional quanto em âmbito internacional, já que o consumidor é a parte vulnerável da relação, sendo o CDC o diploma mais coerente a essa realidade do consumidor.

Contudo, a Suprema Corte atualmente vem trazendo decisões que afastam a incidência do CDC nos transportes internacionais, aplicando outros tratados que, inclusive, foram criados em momento bastante anterior a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Portanto, conclui-se que, em âmbito nacional, é necessário analisar as resoluções que versem sobre a aviação civil em contraposição com o Código consumerista, com a Constituição Federal de 1988 e também com o Código Civil quanto ao transporte de pessoas e coisas.

Inicialmente, a ANAC elaborou uma resolução em dezembro de 2016, denominada resolução nº400, a qual regulamenta as normas que serão aplicadas para os passageiros e transportadores nacionais e internacionais. (Resolução nº400, 2016).

Apesar de conter normas favoráveis ao consumidor, a resolução abarca também diversas práticas abusivas, que podem gerar enriquecimento ilícito ao transportador, violação a práticas do Poder Judiciário, averiguadas a partir da jurisprudência pátria, além de apresentar uma ausência de normas importantes ao consumidor, o qual deve se manter sempre informado.

A Resolução nº 400 da ANAC é composta por cinco capítulos. O primeiro capítulo versa sobre as obrigações anteriores a execução efetiva do transporte aéreo; o segundo capítulo versa sobre o transporte de pessoas e a execução da atividade; o terceiro sobre os deveres que as partes tem após a consecução do contrato; o quarto sobre o atendimento aos usuários e o quinto abarca as disposições gerais da prestação de serviço. (SILVA, 2017, p. 153).

Uma das regras que violam o direito do consumidor é a norma estabelecida na cláusula de nº13 da resolução, a qual dispõe que “o transporte de bagagem despachada configurará contrato acessório oferecido pelo transportador”. (Resolução nº400,2016).

A referida norma viola o Código Civil de 2002, uma vez que os dispositivos 730 e 734 dispõem que o transportador, a partir do momento que estabelece um contrato de prestação de serviços com o passageiro de forma remunerada deve se comprometer a transportar o passageiro, bem como coisas que estejam com os mesmos. (BRASIL. Lei 10.406, 2002, artigos 730 e 734).

Desse modo, o Código Civil de 2002 garante a inclusão da bagagem despachada no valor da passagem, já que há um único contrato de prestação de serviços, sendo incluído na contraprestação do transportador, tanto o transporte de pessoas, quanto o transporte de coisas, inadmitindo-se assim a cobrança pelo despacho de bagagens.

Outro argumento utilizado contra a cláusula 13 da resolução é a proibição da “venda casada”, a qual está presente no Código de Defesa do Consumidor no dispositivo 39, I.

Caso o transporte de bagagem for considerado um contrato acessório, o consumidor teria que obrigatoriamente contratar o serviço acessório (despacho de bagagem) na mesma sociedade empresária que forneceu o contrato principal (transportar o passageiro), sendo tal prática vedada por Lei. (Decisão da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo).

Ademais, a prática de venda casada viola também um direito básico do consumidor, qual seja o da livre escolha, como já foi explicitado anteriormente.

Diante dessa situação, em dezembro de 2016, foi aprovado um decreto legislativo pelo Senado Federal para suspender os efeitos dos dispositivos nº 13 e 14 da Resolução. (SILVA, 2017, p. 157)

Os referidos dispositivos davam ensejo ainda a companhia aérea autorizar que o passageiro transportasse apenas dez quilos de bagagem de mão, podendo ainda ser vetado pelo prestador de serviços, caso este entendesse que o peso da bagagem, o conteúdo ou a capacidade da aeronave não comportaria o transporte da bagagem de mão. (SILVA, 2017, p. 157).

Além dos dispositivos 13 e 14 da resolução nº 400, há também outras cláusulas que representam uma nítida violação ao ordenamento jurídico. A norma nº 19 da referida resolução dispõe que o transportador poderá cancelar o trecho de volta, caso o passageiro não utilize a ida ou caso o passageiro não informe, até o horário originalmente contratado para o trecho de ida, que tem a intenção de utilizar o trecho de volta. (Resolução nº 400, 2016).

Consoante o dispositivo 884 do Código Civil de 2002, o enriquecimento sem causa ocorre quando uma das partes se enriquece às custas de outra pessoa, adquirindo assim um valor que verdadeiramente não lhe pertence. (PAMPLONA FILHO, p.859, 2017).

Além disso, o enriquecimento sem causa revela-se como o oposto a responsabilidade civil, uma vez que o objetivo da responsabilidade civil é a reparação de lesões através de uma compensação financeira, a qual gera uma diminuição no patrimônio do infrator, enquanto o enriquecimento sem causa gera um acréscimo patrimonial de forma indevida ao patrimônio do infrator. (NORONHA *apud* FARIAS, 2015, p. 96).

Portanto, enquanto o motivo da obrigação de indenizar, presente na responsabilidade civil, é o dano, o motivo do ato ilícito é o acréscimo patrimonial de forma indevida, gerando a obrigação de restituir o que foi adquirido inadequadamente. (FARIAS, 2015, p. 97).

Desse modo, a prática contida no artigo 19 da resolução irá configurar um enriquecimento ilícito, já que a companhia aérea irá cancelar o trecho de volta e ficará com o dinheiro que já foi pago pelo passageiro.

No caso concreto, poderia ocorrer uma situação em que o passageiro acaba perdendo a ida, por atrasos ou por qualquer outro motivo fático. Diante disso, o passageiro compra outro trecho de ida, mas não precisaria comprar outro trecho de volta, já que já tinha pago a volta anteriormente.

Portanto, tal situação pode ocorrer no cotidiano e, segundo a resolução nº 400, o transportador tem a possibilidade de cancelar o trecho de volta, ocasionando assim um transtorno para o passageiro, bem como um enriquecimento ilícito para o transportador.

Outrossim, a cláusula nº 12 do ato normativo disciplina que a companhia aérea poderá fazer alterações, principalmente modificações relativas aos horários e aos trajetos das viagens que foram originalmente contratados com os passageiros, desde que os consumidores fossem avisados com antecedência mínima de setenta e duas horas.

Além disso, o parágrafo primeiro do dispositivo declara que o transportador tem a possibilidade de modificar, por exemplo, o horário do voo e informar a alteração em menos de setenta e duas horas ao consumidor, o qual terá, como alternativas, o reembolso integral do valor que foi pago ou a reacomodação.

Dispõe ainda que o transportador pode modificar o horário de partida do voo ou o horário de chegada, sendo, portanto, distinto ao que foi pactuado pelas partes anteriormente. Se essa alteração for superior a trinta minutos, em voos nacionais, e uma hora nos voos internacionais, o consumidor tem apenas duas alternativas, segundo a resolução: a reacomodação ou o pedido de reembolso integral.

Por sua vez, o parágrafo segundo da mesma cláusula aduz que o passageiro tem o direito a assistência material, mas o mesmo tem que escolher entre reembolso integral, reacomodação ou execução do serviço por outra modalidade de transporte, se o mesmo for ao aeroporto na hora que foi marcada anteriormente pelo contrato e, ao chegar no local, se surpreender com a informação de que o seu voo não irá decolar no horário previsto, ocasião em que ficará constatada a falha na prestação de informação pelo transportador ao passageiro.

Salienta-se que além da garantia quanto a assistência material aos usuários do serviço aéreo, os mesmos tem também o direito de requisitar uma indenização no Poder Judiciário em virtude desse descumprimento, uma vez que o consumidor possui o direito básico a efetiva reparação dos direitos patrimoniais e morais, conforme artigo 6º do CDC. (SILVA, 2017, p. 173).

A partir de uma análise da cláusula 12º, verifica-se que a Anac criou uma regra autorizando a transportadora a descumprir com os horários previstos, o que não é admissível, uma vez que o papel da agência reguladora é determinar que, assim como o passageiro tem o dever de chegar no horário marcado, senão acaba perdendo o voo, a companhia aérea também tem o dever de cumprir com as obrigações que foram previstas anteriormente.

Inclusive a resolução nº 400 da Anac regulamenta, em seu dispositivo 18º, inciso I, que o passageiro tem a obrigação de comparecer ao aeroporto “no horário estabelecido pelo transportador” para que haja a efetiva prestação do serviço de transporte.

Ora, se o passageiro tem a obrigação de cumprir com os horários determinados, tendo a agência reguladora estabelecido isso de forma expressa na resolução, o correto seria ter um dispositivo no mesmo sentido para as transportadoras, garantindo a isonomia entre as partes.

Não obstante, observa-se que há exatamente o oposto, uma vez que a agência, na cláusula de nº 12, determina que a companhia aérea tem a possibilidade de alteração, de maneira unilateral, do horário pactuado entre as partes anteriormente, o que é inaceitável.

Soma-se ainda o fato de que o parágrafo único do referido artigo 18º dispõe ainda que “o descumprimento de quaisquer dos requisitos deste artigo autorizará o transportador a negar embarque ao passageiro e aplicar eventuais multas”.

A partir desse parágrafo, verifica-se que caso o passageiro se atrase e não compareça no horário, ele não terá a possibilidade de ser transportado e ainda terá que arcar com uma eventual multa pelo seu atraso, enquanto a transportadora tem a oportunidade de alterar a escala e não sofrerá nenhum tipo de sanção em relação a isso. Mais uma vez a Anac estabeleceu uma regra completamente desigual.

Além de desigual, criou também uma norma contrária ao Código Civil de 2002, uma vez que o dispositivo 737 do referido Código determina que “o transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior”.

Ademais, a cláusula nº 36 da resolução dispõe que o transportador que registrar menos de um milhão de passageiros transportados no ano anterior poderá manter o funcionamento do SAC (Serviço de atendimento ao consumidor) para atendimento telefônico nos dias que tiver voos no território brasileiro e em horário comercial. (Resolução nº400, 2016).

Dispor que apenas as companhias com menos de um milhão de passageiros poderão manter o atendimento por telefone é abusivo, já que o verbo “poderá” indica que é uma faculdade dessas companhias manterem esse serviço de atendimento ou não.

Não obstante, todas as companhias aéreas deveriam manter o SAC, já que é um direito básico do consumidor a informação. Ademais, essa limitação de companhias

com menos de um milhão de passageiros é inapropriada, uma vez que permitirá a grandes companhias aéreas, como a Gol que teve 30 milhões de passageiros transportados em 2016, a não adotar esse sistema de comunicação, prejudicando diversos consumidores no Brasil. (BRASIL, Lei 8078, 1990, artigo 6º, III); (AEROIN, 2016).

Além disso, o artigo 22 da Resolução dispõe que a preterição ou o esquecimento ocorrerá “quando o transportador deixar de transportar passageiro que se apresentou para embarque no voo originalmente contratado”.

Por sua vez, o dispositivo 24 do mesmo ato normativo determina que quando houver a preterição, o transportador deverá pagar ao passageiro uma “compensação financeira” ou indenização no valor estabelecido de 250 (duzentos e cinquenta) DES, se for um voo em âmbito nacional, e 500 (quinhentos) DES, se o voo for internacional.

Essa cláusula é manifestamente contrária as normas instituídas no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a limitação de uma indenização em um valor específico fere o direito básico a reparação integral dos danos sofridos pelo consumidor, já que não é possível averiguar se o valor de indenização máximo estabelecido na resolução irá efetivamente satisfazer todos os prejuízos sofridos pelo usuário do serviço. (SILVA, 2017, p. 174).

Ademais, o artigo 23 versa sobre a possibilidade de ter um número de passageiros maior que o número de assentos disponíveis em um voo, determinando, portanto, que o transportador pode eventualmente ofertar um número maior de passagens do que ele realmente possui, tendo em vista que “a quantidade de passagens irá exceder a disponibilidade de assentos na aeronave”.

A partir de uma interpretação desse artigo, verifica-se que “o *overbooking* foi admitido, expressamente, pela novel Resolução nº 400/2016”, tendo em vista a aceitação da venda de passagens incompatível com a real capacidade do transportador. (SILVA, 2017, p.173).

Nesses casos, o ato normativo dispõe, em seu artigo 23, parágrafo primeiro, que o transportador deve reacomodar os passageiros que se voluntariem para utilizarem

um outro voo, o que não irá configurar uma preterição caso o passageiro aceite essa compensação.

É nítida a violação a direitos e princípios basilares do ordenamento jurídico nesse artigo, uma vez que a insegurança do usuário em comprar uma passagem e não saber se irá efetivamente viajar ou não, em virtude da companhia aérea poder ofertar mais bilhetes do que ela realmente possui, ofende bruscamente “o direito do consumidor ao fiel cumprimento dos termos contratuais e da sua boa-fé objetiva em se programar para embarcar em determinado voo e horário”. (SILVA, 2017, p. 174).

Outrossim, o artigo 32 da resolução dispõe que “o recebimento da bagagem despachada, sem protesto por parte do passageiro, constituirá presunção de que foi entregue em bom estado”.

Já o artigo 34 determina que “eventuais danos causados a item frágil despachado poderão deixar de ser indenizados pelo transportador, nos termos estipulados no contrato de transporte.”

Analisando os dois artigos conjuntamente, observa-se que a Anac disciplinou regras que possibilitam a ausência de responsabilização do transportador, uma vez que declarou expressamente que algumas lesões a itens frágeis despachados não serão compensadas financeiramente. (SILVA, 2017, p. 170)

Esse artigo representa uma violação ao dispositivo 734 do Código Civil de 2002, tendo em vista que o referido diploma legal determina claramente que “o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”.

Portanto, não é possível que haja uma cláusula versando sobre a não responsabilização da companhia aérea, já que isso viola diretamente o Código Civil. Ademais, viola também o Código consumerista, pois o artigo 51, inciso I declara a nulidade de cláusulas contratuais que “exonerem a responsabilidade do fornecedor”. (SILVA, 2017, p. 170).

Outra violação ao Código consumerista está contida no parágrafo quarto do dispositivo 32 da resolução, uma vez que declara que o passageiro tem apenas sete

dias para reclamar junto a companhia aérea caso perceba que a sua bagagem sofreu algum tipo de dano.

Contudo, o dispositivo 26, inciso II do CDC declara que o consumidor tem o prazo de noventa dias para reclamar, caso constate a existência de vícios nos serviços ou produtos duráveis adquiridos pelo destinatário final. Logo, resta evidenciado que o prazo de sete dias previsto na resolução não é aceitável. (SILVA, 2017, p. 170).

Quanto ao extravio de bagagem, o artigo 32, parágrafo segundo da Resolução dispõe que a companhia aérea tem o prazo de até sete dias para devolver a bagagem que foi extraviada no local que o passageiro indicar, se for voo nacional, e tem o prazo de até vinte e um dias, se for voo internacional.

Aduz ainda que o passageiro somente terá direito a uma indenização, em até sete dias, se a bagagem não for encontrada pelo transportador, conforme dispositivo 32, parágrafo terceiro da Resolução.

Desse modo, observa-se uma omissão presente no referido ato normativo, já que não há expressa menção a uma indenização que pode ser solicitada pelo consumidor dentro do prazo de sete dias, se for voo nacional, e vinte e um dias, se for voo internacional. (SILVA, 2017, p. 170)

O simples fato da companhia aérea devolver a bagagem extraviada posteriormente não retira eventual transtorno ocasionado ao usuário que não pôde utilizar as peças que estavam em sua bagagem durante todo o período de sete dias ou vinte e um dias. (SILVA, 2017, p. 170)

Logo, o papel da autarquia federal é informar ao consumidor que, apesar de a bagagem ter sido devolvida, o mesmo tem o direito de requerer também uma indenização em virtude dos danos causados pelo não recebimento da bagagem no modo que foi pactuado.

No mesmo sentido, há também uma omissão no artigo 33 da resolução, pois o mesmo dispõe que: “no caso de extravio de bagagem, será devido o ressarcimento de eventuais despesas ao passageiro que se encontrar fora do seu domicílio”.

Contudo, aquele passageiro que tiver a sua bagagem extraviada e se encontrar no seu domicílio também tem direito a uma indenização, já que o mesmo pode ter sido impossibilitado de utilizar itens essenciais para o seu trabalho, por exemplo, tendo

em vista que os mesmos estavam na bagagem que foi extraviada. (SILVA, 2017, p. 170).

Isto posto, a interpretação desse artigo leva o consumidor a entender, de forma errônea, que apenas os usuários do serviço que se encontrem fora do seu lar possuem o direito de ressarcimento em face das despesas gastas pelo extravio da bagagem, o que é um absurdo.

Outrossim, o parágrafo terceiro do artigo 33 da resolução, em seu inciso I, declara que se a bagagem não for encontrada, o transportador pode oferecer uma indenização em um valor limitado presente no artigo 17 da resolução e ainda abater o ressarcimento com eventuais despesas pela perda da bagagem desse valor pago referente a indenização.

Primeiramente, verifica-se que essa limitação fere o Código consumerista, pois o consumidor tem o direito de ter a reparação integral em face de eventuais danos causados a ele, conforme o artigo 6º, inciso VI do CDC. Portanto, o transportador deve ressarcir o passageiro de forma total, e não em um valor menor auferido pela subtração da indenização. (SILVA, 2017, p. 171).

Contudo, em âmbito internacional, como já foi mencionado anteriormente, a Suprema Corte em 2017, decidindo o RE 636.331/RJ, determinou que o transportador deverá reparar os danos sofridos pelos passageiros conforme uma limitação de indenização contida na Convenção de Varsóvia.

Ademais, o artigo 11 da resolução dispõe que “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”.

Em um primeiro momento, entende-se que essa regra é benéfica ao consumidor, já que não prevê nenhum tipo de multa pela desistência da passagem feita em até 24 horas. Não obstante, caso a desistência ocorra após esse período, é possível aferir que o passageiro deverá pagar uma multa. (SILVA, 2017, p. 184).

Com base nessa premissa, imperioso verificar a quantia da multa paga pelo passageiro. Nesse sentido, o artigo 9º da resolução dispõe que “as multas contratuais não poderão ultrapassar o valor dos serviços de transporte aéreo”.

A partir da interpretação desse dispositivo, verifica-se que o transportador poderá instituir uma multa no valor de, por exemplo, 99% da quantia paga pelo usuário do serviço, já que a única limitação é o valor cheio dos serviços de transporte aéreo. (SILVA, 2017, p. 184)

Desse modo, a título de exemplificação, se o transportador cobrar por uma passagem aérea a quantia de R\$ 300,00 (trezentos reais), o usuário que tiver que pagar uma multa, por qualquer motivo previsto na resolução, como a desistência após 24 horas do recebimento da passagem, pagará o valor de R\$ 297,00 (Duzentos e noventa e sete reais) a título de sanção.

Logo, é possível aferir que a cobrança de multa não é ilícita e descabida, já que efetivamente o transportador tem prejuízos com a desistência do passageiro após um período de tempo, tendo em vista a perda de lucro oriunda da impossibilidade de revenda.

Contudo, a viabilidade de instituir uma multa de até 99% do valor da passagem é indubitavelmente abusiva, sendo inclusive uma prática abusiva vedada pelo CDC em seu artigo 39, inciso V. (SILVA, 2017, p. 184).

Nesse sentido, Joseane Suzart Lopes da Silva sintetiza afirmando que:

“A resolução em exame cinge-se a exigir que os fornecedores do ramo ofereçam, pelo menos, uma opção de passagem aérea que contenha a previsão de multa de apenas 5% para as hipóteses de remarcação ou de cancelamento solicitados pelo consumidores. Como frequentemente acontece no plano fático, as operadoras vão disponibilizá-las com valores bastante elevados, a fim de manterem altamente rentáveis as suas atividades, obtendo vantagem exagerada em face dos consumidores. Com o fito de delimitá-la, o § 1º, incisos I a III, do art. 51 do CDC prevê que se presume dessa natureza a vantagem que: ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes a natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; ou se mostra excessivamente onerosa para o consumidor.”

Desse modo, a resolução nº 400, apesar de regulamentar algumas questões benéficas ao consumidor, apresenta também uma série de irregularidades, as quais podem e devem ser questionadas juridicamente. Isto posto, faz-se mister analisar o posicionamento do judiciário brasileiro a partir da publicação da resolução nº 400 da ANAC.

4.2 O POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Inicialmente, O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou uma ação civil pública contra a ANAC, em dezembro de 2016, solicitando em caráter definitivo a anulação do dispositivo 13 e do parágrafo primeiro do artigo 15 da Resolução. (Ação Civil Pública em CONJUR ajuizada pela CFOAB).

A OAB fundamentou a sua ação aduzindo que os referidos dispositivos “transferem para o consumidor a responsabilidade e os custos operacionais do serviço de despacho de bagagem – operação inerente ao transporte de passageiros (CC, art. 734)”, enquanto o transportador não é exigido a oferecer nenhuma vantagem ao consumidor, mesmo após a cobrança pelo despacho de bagagens. (Ação Civil Pública em CONJUR ajuizada pela CFOAB).

Por sua vez, o Departamento Municipal de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor (PROCON) do Município de Fortaleza/Ceará ajuizou uma ação civil pública em face da ANAC para questionar a legalidade de alguns dispositivos da Resolução nº 400, tais como: art. 3º; §2º do art. 4º; art. 9º; art. 11 e art. 19, solicitando a concessão de medida liminar para a suspensão da eficácia desses artigos. (Ação Civil Pública em CONJUR ajuizada pelo PROCON).

Ademais, requereu também que a Anac comunicasse as companhias aéreas para que as mesmas não atuassem em conformidade com os artigos impugnados, solicitou a procedência total da ação para que ocorra a efetiva revogação dos dispositivos e a intimação do Ministério Público para que o órgão atue conforme as suas particularidades. (Ação Civil Pública em CONJUR ajuizada pelo PROCON).

No dia 10 de Março de 2017, foi proferida a Sentença pelo magistrado da 10ª Vara da Justiça Federal do Ceará, que julgou improcedentes os pedidos formulados pelo PROCON, aduzindo que “não há fundamento para o reconhecimento da invalidade pretendida em abstrato”. (BRASIL. Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100-CE, Órgão Julgador: 10ª Vara Federal - Substituto).

Desta forma, o Ministério Público Federal de São Paulo, atuando conforme as suas atribuições, ingressou com uma ação civil pública no Poder Judiciário, sob o nº

0002138-55.2017.4.03.6100, solicitando a suspensão liminar da eficácia dos dispositivos 13 e 14 da resolução nº 400 produzida pela Anac. (Decisão da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo).

Imperioso demonstrar que o artigo 13 da Resolução declara que “o transporte de bagagem despachada será um contrato acessório”. Tal enunciado, como já foi mencionado anteriormente nesse capítulo, significa que o custo com a passagem engloba apenas o contrato principal, qual seja o transporte do passageiro.(BRASIL. Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016).

Logo, se o consumidor quiser transportar a sua bagagem deverá fazer um contrato acessório com o transportador, o qual poderá cobrar por este serviço. Portanto, além do custo com a passagem, o usuário do serviço aéreo deverá também arcar com um custo adicional para ter a sua bagagem despachada transportada.

Soma-se a isso o fato de que o artigo 14 da resolução declara que o passageiro só terá o direito de utilizar, de forma gratuita, uma bagagem de mão com uma franquia mínima de 10 (dez) quilos.(BRASIL. Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016).

Nesse sentido, o Ministério Público Federal apresentou, como um dos argumentos para a imediata suspensão dos artigos 13 e 14 da resolução, o seguinte: se os referidos dispositivos entrassem efetivamente em vigor, haveria a perda de um direito já adquirido pelo consumidor anteriormente, qual seja “o direito à franquia da bagagem despachada de 23 quilos para o voos nacionais e duas malas de 32 quilos para os voos internacionais”. Portanto, a vigência dos novos dispositivos irá trazer malefícios aos usuários do serviço. (BRASIL. Tribunal de Justiça Ceara. Ação Civil Pública 0805454-03.2017.4.05.8100-CE, Órgão Julgador: 10ª Vara Federal).

Em sentido oposto, a ANAC argumentou que os dispositivos questionados pelo Ministério Público Federal estão em consonância com a legislação nacional e que os dispositivos “propiciarão a redução dos preços das passagens a quem não pretender despachar bagagem”.(BRASIL. Tribunal de Justiça Ceara. Ação Civil Pública 0805454-03.2017.4.05.8100-CE, Órgão Julgador: 10ª Vara Federal).

Em decisão liminar proferida pela 22ª Vara Cível Federal de São Paulo em Março de 2017, o magistrado concedeu os pedidos solicitados pelo Ministério Público, suspendendo a vigência dos referidos artigos, uma vez que a Anac vem adotando

práticas protetivas para as companhias aéreas, e não para os consumidores. (Decisão da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo).

Nesse sentido, o magistrado fundamentou a sua decisão, de maneira acertada, aduzindo primeiramente que “o Estado tem o dever de promover a defesa dos direitos dos consumidores, conforme artigos 5º e 170º da Constituição Federal, bem como consoante o Código de Defesa do Consumidor. (Decisão da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo).

A partir dessa premissa, o juiz federal declarou que a Anac, enquanto autarquia federal, possui o dever de criar normas que sejam também protetivas a parte vulnerável da relação, o que não ocorre ao analisar os dispositivos impugnados. (Decisão da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo).

Segundo o magistrado, os artigos “deixam o consumidor ao arbítrio e ao eventual abuso econômico por parte daquelas empresas, vez que permitem a elas cobrarem o quanto querem pela passagem aérea e, agora, também pela bagagem despachada.”(Decisão da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo).

Outrossim, o juiz declarou que, no Brasil, o transporte de bagagem faz parte do contrato principal de transporte de pessoas, uma vez que o consumidor deve arcar apenas com o custo da passagem aérea para que haja a efetiva prestação de serviços pela companhia. (Decisão da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo).

O mesmo afirma ainda que “o transporte de bagagem é inerente ao serviço”, já que no nosso país, por ter um território extenso e com regiões climáticas diversas, o passageiro precisa levar itens básicos para a sua estadia que não podem ser incluídos na bagagem de mão, seja por uma incompatibilidade de tamanho, seja por uma “proibição legal, como é o caso de líquidos acondicionados em vidros ou plásticos”.(Decisão da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo).

Ademais, o magistrado fundamentou a tutela provisória de forma coerente com o Código consumerista, ao afirmar que, se o transporte de bagagem for considerado um contrato acessório, isso geraria ao consumidor a obrigatoriedade de contratar com a mesma companhia aérea o seu deslocamento e o transporte de sua bagagem. (Decisão da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo).

Por uma questão de segurança e logística, obviamente o consumidor teria que contratar com o mesmo transportador, já que o usuário espera receber a sua bagagem no mesmo horário e no mesmo local que o mesmo se encontra ao término da viagem. Logo, essa exigência caracterizaria uma venda casada, sendo uma prática abusiva vedada no Código consumerista, consoante capítulo anterior. (Decisão da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo).

Além disso, o juiz declarou, de maneira coerente, que o argumento trazido pela Anac quanto a redução dos preços das passagens para os consumidores que não despacharem as bagagens não tem nenhum fundamento que efetivamente ocorrerá, sendo apenas uma mera alegação, sem provas concretas.

Afirma ainda que, apesar de um dispositivo ter aumentado o transporte gratuito da bagagem de mão de cinco quilos para dez quilos, o consumidor não tem a garantia de que isso acontecerá na prática, já que o artigo 14, parágrafo 2º da resolução oferece ao transportador a prerrogativa de impedir o deslocamento da bagagem de mão, em razão da suposta incapacidade da aeronave ou insegurança. (Decisão da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo).

Logo, além de ter que pagar pelo despacho de bagagem maiores, o consumidor é movido ainda pela incerteza de ter o transporte de sua bagagem de mão com dez quilos ou não, gerada pela possibilidade do transportador “restringir o peso e o conteúdo da bagagem de mão pela segurança ou capacidade da aeronave”.

Em que pese a coerente análise exercida pelo magistrado José Henrique Prescendo, a tutela provisória concedida pelo mesmo não foi mantida, já que a Anac solicitou a reconsideração da medida liminar e, em virtude do Superior Tribunal de Justiça ter reconhecido a conexão entre processos que tramitavam nos Estados de São Paulo e Ceará, a reconsideração da medida liminar foi analisada pelo magistrado Alcides Saldanha Lima, atuante da 10ª Vara Federal do Ceará. (BRASIL. Tribunal de Justiça Ceara. Ação Civil Pública 0805454-03.2017.4.05.8100-CE, Órgão Julgador: 10ª Vara Federal).

O magistrado Alcides Saldanha Lima, ao analisar os pedidos formulados pela Anac, declarou que a decisão liminar impugnada pela autarquia federal reflete uma ingerência do Judiciário, já que o magistrado estaria “legislando sobre a matéria, o

que é vedado ao Poder Judiciário.(BRASIL. Tribunal de Justiça Ceara. Ação Civil Pública 0805454-03.2017.4.05.8100-CE,Órgão Julgador: 10ª Vara Federal).

Afirma ainda que apesar de o transporte aéreo de pessoas ser um serviço de interesse público, o mesmo “deve proporcionar lucro as pessoas jurídicas que explorem essa atividade, de modo que quaisquer custos devem ser repassados ao consumidor, pois do contrário a companhia aérea sofrerá prejuízos”.

Por fim, declara que, em relação a bagagem, “constata-se de plano que a Resolução não chancela a venda casada, na medida em que o passageiro continua livre para não levar nenhuma bagagem, na eventualidade de decidir não transportar consigo seus objetos, poderá celebrar contrato de transporte com outra empresa”.(BRASIL. Tribunal de Justiça Ceara. Ação Civil Pública 0805454-03.2017.4.05.8100-CE,Órgão Julgador: 10ª Vara Federal).

Inobstante o notório conhecimento jurídico do magistrado Alcides Saldanha Lima, verifica-se que os argumentos utilizados para a vigência da resolução nº400 são frágeis, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 170, dispõe claramente que a ordem econômica brasileira deve observar diversos princípios com bases sociais, tais como: defesa do meio ambiente, redução das desigualdades sociais e inclusive a defesa do consumidor.

Logo, conclui-se que o país deve incentivar e promover as atividades empresariais, mas as mesmas devem atuar de forma a não degradar o meio ambiente, a não incentivar as desigualdades sociais e regionais que já são evidentes no Brasil e também a não violar os direitos básicos dos consumidores.

Desse modo, mesmo que o objetivo de uma sociedade empresária seja o lucro, este não pode se sobrepor aos ditames constitucionais, as garantias fundamentais da população, o que se observa na aceitação da resolução nº 400 da Anac.

Além disso, o argumento de que o passageiro continua livre para não levar nenhum tipo de bagagem é pouco resistente, uma vez que qualquer pessoa, quando realiza uma viagem, precisa levar itens básicos para a própria manutenção em um local que não seja o seu habitat natural.

Até mesmo as viagens a trabalho exigem do passageiro a utilização da bagagem, nem que seja a bagagem de mão, para transportar suas vestimentas. E, como já foi abordado anteriormente, se a resolução nº 400 for mantida em sua integralidade, nem o transporte gratuito da bagagem de mão o passageiro terá a certeza se irá acontecer ou não, em virtude do parágrafo segundo, artigo 14º do ato normativo que dá ao transportador a prerrogativa de vetar o deslocamento dos pertences do consumidor.

Outrossim, como o magistrado José Henrique Prescendo citou ao fundamentar a medida liminar que suspendeu a eficácia dos dispositivos 13 e 14 da resolução, a Anac, enquanto uma autarquia, pertence ao Poder Público. E o artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal traz como uma garantia constitucional fundamental a proteção do consumidor realizada pelo Estado.

Portanto, conclui-se que a Anac tem o dever de proteger o consumidor e não apenas promover benefícios as companhias aéreas sob o fundamento de estar garantindo a livre concorrência.

Ademais, a Anac ainda declarou que haveria uma redução nos preços das passagens após a cobrança no despacho das bagagens. Contudo, segundo um estudo realizado pelo IBGE, o preço das passagens entre junho e setembro de 2017 aumentaram, ficando 9,37% mais caras. (G1 **Jornal Nacional**).

Desse modo, verifica-se a fragilidade dos argumentos trazidos pela autarquia federal, uma vez que o consumidor, na prática, já está sentindo os reflexos das violações contidas na Resolução nº 400 de 2016.

5. CONCLUSÃO

Em virtude de diversas modificações sociais ocorridas ao longo do século XX, a população mundial almejou a proteção dos direitos humanos e universais que foram alcançados, através da criação de novas legislações que tutelassem formalmente essas garantias fundamentais. Dentro desse cenário, a primeira proteção ao consumidor em âmbito normativo ocorreu internacionalmente, através de uma resolução criada após as conferências mundiais.

Entretanto, em âmbito nacional o consumidor só foi tutelado legislativamente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual instituiu a proteção ao consumidor como um direito fundamental constante no artigo 5º, bem como um princípio geral da ordem econômica, conforme o dispositivo 170 da Magna Carta. Por sua vez, em 1990, o consumidor passou a ser tutelado especificamente através de um Código, o qual traz diversos princípios e direitos básicos aos consumidores.

Dentre esses princípios, é importante destacar o princípio da vulnerabilidade do consumidor, que sustenta a nítida desigualdade deste sujeito em relação ao fornecedor, sendo portanto imprescindível a garantia de benefícios mínimos para a superação das disparidades; o princípio da hipossuficiência, que protege o consumidor a partir da constatação de sua desigualdade apresentada em um caso concreto e, por fim, o princípio da boa-fé objetiva, o qual direciona as atitudes que podem ser tomadas pelos consumidores e principalmente pelos fornecedores, tendo em vista que os mesmos não possuem apenas a obrigação de cumprir o que foi pactuado em um instrumento particular, mas também de agir de forma cooperativa e leal durante a celebração do contrato, após o encerramento do instrumento particular e até mesmo antes da formação do contrato.

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva possui a importante função de criar deveres que sejam anexos aos instrumentos particulares, tais como: o dever de informação, o qual é essencial para o consumidor, já que o mesmo não detém a habitualidade e o conhecimento técnico do produto ou serviço ofertado pelo fornecedor e o dever de colaboração, visando a efetiva execução das obrigações que foram pactuadas anteriormente pelas partes.

Além disso, a boa-fé objetiva tem a função de obstar o exercício de um direito de forma abusiva, lesionando a parte contrária, bem como a função de impedir que cláusulas contratuais sejam formuladas de forma excessiva, uma vez que o contratante deve manter a equidade e a justiça. Outrossim, o princípio da boa-fé

objetiva detém a prerrogativa de limitar condutas comerciais que possam lesionar direitos básicos dos consumidores, já que as práticas empresariais devem se adequar a defesa ao consumidor, conforme o mencionado artigo 170 da Constituição Federal.

A partir dessas premissas iniciais, houve a necessidade de caracterizar os sujeitos participantes da relação jurídica de consumo, os quais seriam protegidos pelos princípios específicos dessa seara. Desse modo, observa-se que a relação de consumo, como qualquer relação jurídica, é formada por sujeitos (consumidores e fornecedores), por um objeto (produto ou serviço) e por um vínculo entre esses sujeitos. Desta forma, verifica-se que a relação entre os passageiros e transportadores se enquadra no conceito de relação de consumo, tendo em vista a adequação desses sujeitos aos pressupostos da relação de consumo.

Além da proteção principiológica, o consumidor detém ainda alguns direitos que são essenciais para a sua esfera jurídica. Dentre esses direitos, destacam-se: o direito à liberdade de escolha, uma vez que o consumidor deve estar desprendido para optar pelo serviço ou produto que mais se amolde ao seu interesse, sendo, portanto, vedada a prática abusiva da venda casada. Ressalta-se também o direito à informação, já que ao consumidor é oportunizada a garantia de obtenção de informações através de serviços de atendimento que são imprescindíveis para a diminuição da vulnerabilidade do consumidor. E, por fim, destaca-se o direito a reparação integral pelos danos ocasionados ao destinatário final, o qual é de suma importância, uma vez que garante o ressarcimento total de todos os prejuízos causados ao consumidor, evitando assim uma indenização incompleta ou inadequada ao caso concreto.

Dessa forma, imperioso buscar a modalidade de responsabilidade civil que será imputada ao fornecedor a partir do momento que for caracterizado um dano. Nesse sentido, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade civil objetiva, uma vez que essa modalidade é a mais adequada a situação fática de vulnerabilidade do consumidor, o qual não possui meios de comprovar a culpa, elemento este indispensável na responsabilidade civil subjetiva. Imperioso frisar ainda que a responsabilidade civil objetiva é aplicada também a relação travada entre os transportadores e os passageiros, uma vez que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu essa modalidade de responsabilidade.

Diante do exposto, conclui-se que o fornecedor deverá indenizar o consumidor quando restar comprovada a lesão e o nexo de causalidade entre a conduta do infrator e o dano ocasionado. Desse modo, o fornecedor não poderá estabelecer uma cláusula contratual que retire o seu dever de indenizar, pois, caso haja essa estipulação, a cláusula será eivada de nulidade. Portanto, apesar de o contrato de transporte de pessoas se enquadrar em um contrato de adesão, tendo em vista que ao consumidor incumbe apenas a aderência ao instrumento particular elaborado inicialmente pela parte contrária, não é possível a criação de normas que violem os direitos desses destinatários.

Isto posto, salienta-se que a elaboração de cláusulas que retirem o dever de indenizar de forma ampla é vedada pelo ordenamento jurídico. Contudo, em âmbito internacional, é possível a estipulação de uma cláusula indenizatória limitativa, induzindo, portanto, que o consumidor poderá receber, a título de compensação financeira, uma indenização máxima no valor estipulado em um tratado internacional. Em âmbito nacional, entretanto, essa limitação violaria o direito básico a reparação integral dos danos ocasionados ao consumidor, sendo inadequada a tutela do sujeito vulnerável da relação de consumo.

A partir dessas premissas, mister verificar o papel da ANAC e se a Resolução nº 400 criada por esta entidade apresenta violações as boas práticas comerciais e aos contratos de consumo. Inicialmente, verifica-se que a ANAC faz parte do Poder Público, já que integra a Administração Pública Federal Indireta. Ademais, a sua lei instituidora dispõe que a referida autarquia especial possui diversas competências, dentre as quais destacam-se: a promoção da concorrência; a adoção de medidas necessárias para o desenvolvimento da aviação civil, empregando concomitantemente condutas que atendam o interesse público; a regularização dos serviços aéreos e a coibição de qualquer conduta que ocasione infrações as legislações nacionais, principalmente as infrações que violem os direitos dos passageiros.

Em seu site institucional, a ANAC declara que possui o objetivo de alcançar um plano estratégico durante 2015 a 2019. O plano estratégico refere-se justamente a elaboração de resoluções que estejam em consonância com as legislações nacionais, coibindo qualquer tipo de regulamento que traga violações as normas instituídas no país. Outrossim, afirma ainda que o interesse público é o interesse

principal almejado pela instituição, a qual não sofrerá nenhum tipo de interferência de outros interesses que não sejam voltados aos usuários do serviço de transporte.

Contudo, observa-se que a resolução nº 400 de 2016 criada pela ANAC traz diversas cláusulas abusivas que dão ensejo a diversas práticas excessivas, tais como: a possibilidade da venda casada, uma vez que, se o transporte de bagagem for considerado um contrato acessório, o consumidor teria que contratar o transporte de objetos na mesma companhia aérea que realizou o seu próprio deslocamento, tendo em vista a necessidade de estar com a bagagem no mesmo local e no mesmo horário do destino. Desse modo, um direito básico do consumidor será violado, qual seja o direito à livre escolha.

Ademais, outras condutas excessivas referem-se a possibilidade dada ao transportador de cancelar o trecho de volta, gerando assim um enriquecimento sem causa ao fornecedor; a possibilidade de modificação dos contratos formulados de forma unilateral, através da alteração dos horários de voo e dos trajetos das viagens; a instituição de cláusula que permita a cobrança de multa que custem até 99% do valor pago pela passagem aérea; a ausência de normas que informem ao consumidor a possibilidade de requisição de indenização no Poder Judiciário em face do dano causado pela modificação unilateral do contrato e pelo extravio de bagagem; a cláusula que estabelece a possibilidade de não oferecer ao consumidor os serviços de atendimento, violando assim o direito à informação; a instituição de cláusula que limite o valor indenizatório ao que foi convencionado na resolução, violando o direito a reparação integral pelos danos ocasionados e a instituição de normas que possibilitem a ausência de responsabilização do transportador em alguns casos específicos, como as lesões a itens frágeis despachados.

É possível ainda citar outros dispositivos abusivos, tais como os que dispõem que o transportador poderá oferecer um número de passagens maior que a aeronave pode suportar, ofendendo o direito ao fiel cumprimento dos contratos e a boa-fé objetiva; o artigo que declara que o consumidor tem apenas sete dias para reclamar junto a companhia aérea caso perceba que sua bagagem sofreu um dano, demonstrando uma nítida violação ao CDC, que garante ao consumidor o prazo de noventa dias; os artigos que impõem de modo geral uma limitação ao dever de indenizar, ressaltando, entretanto, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao transporte internacional.

Desse modo, verifica-se que há diversas violações ao Código Civil de 2002, a Constituição Federal de 1988 e ao Código de Defesa do Consumidor, as quais impulsionaram a OAB, o PROCON do Município de Fortaleza/Ceará e o Ministério Público Federal de São Paulo a ajuizarem ações para questionar a validade dessas cláusulas, além de solicitar a suspensão da eficácia de algumas normas contidas na resolução.

Em sede judicial, observa-se que a ANAC alegou que os dispositivos estão em consonância com a legislação, contudo, diante de todos os elementos expostos, é possível aferir que há uma nítida violação a legislação pátria. Ademais, a referida autarquia declarou também que a nova resolução irá propiciar a redução nos valores das passagens aéreas. Não obstante, uma recente pesquisa feita pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) em setembro de 2017 demonstra um aumento no valor das passagens, contrariando a falsa alegação da ANAC de estar tutelando o consumidor.

Diante do exposto, conclui-se que a ANAC, enquanto membro do Poder Público, tem o dever de proteger o consumidor, conforme os princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988. Contudo, a partir da elaboração da resolução nº 400 em 2016, percebe-se que na realidade a ANAC vem adotando posturas benéficas as companhias aéreas.

REFERÊNCIAS:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA- CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS-PETIÇÃO INICIAL, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inicial-acp-cfoab-anac-franquia-bagagens.pdf> (site ação civil publica ajuizada pela OAB). Acesso em 10 de out. 2017.

ALMEIDA, João. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

APESAR DE PROMESSA DE QUEDA, PREÇO DAS PASSAGENS AÉREAS SUBIU. G1 **Jornal Nacional** On-Line, 14 de outubro de 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornalnacional/noticia/2017/10/apesar-de-promessa-de-queda-preco-das-passagens-aereas-subiu.html>.

BENJAMIN, Antonio Herman. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 100, p.23-37, jul. 2015. Bimestral.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL.Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Civil Pública nº 0002138-55.2017.4.03.6100. Ministério Público Federal. Agência Nacional de Aviação. Relator. Gab. Presidencia 13 de março de 2017, Decisão Liminar/ Antecipação de Tutela
deferida.Disponível em:<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2017/170313>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 297.901- RN, Recorrente: Viação Área São Paulo S/A – VASP. Recorrida: Janekelly Ribeiro Rêgo.Relator: Min. Ellen Gracie, Brasília, D.J 31 mar. 2006: Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 636.331 - RJ, Recorrente: Sociéte Air France. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília Recorrida: Sylvia Regina de Moraes Rolsolem, D.J 02 jun 2017: Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Que **cria a Agência Nacional de Aviação Civil- ANAC** e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, dez. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11182.htm >. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016. Dispõe sobre as **Condições Gerais de Transporte Aéreo**. Órgão emissor: ANAC- Agência Nacional de Aviação Civil.Disponível:<http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-display-file-0400.pdf>.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Instituto Código Civil**. Portal da Legislação,

Brasília, jan. 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002 / L10406 compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm) >. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a **Proteção do Consumidor** e da outras providências. Portal da Legislação, Brasília, jan. 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis / L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm) >. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça Ceara. Ação Civil Pública 0816363-41.2016.4.05.8100-CE, Órgão Julgador: 10ª Vara Federal (Substituto) Autor: Departamento Municipal de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor Reu: Agencia Nacional de Aviação Civil– ANAC.

BRASIL. Tribunal de Justiça Ceara. Ação Civil Pública 0805454-03.2017.4.05.8100-CE, Órgão Julgador: 10ª Vara Federal (Substituto) Autor: Ministério Público Federal Reu: Agencia Nacional de Aviação Civil – ANAC.

CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Direito do Consumidor**, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 310 p.

COSTA, Judith Martins. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua boa aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Cursode Direito Constitucional**, Salvador: Podivm, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FARIAS, Cristiano de Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 2: obrigações**. 9 ed. Ver.. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FILOMENO, José. **Manual de Direito do Consumidor**. 11 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo Saraiva, 2017.

GRILLO, Breno. COMPANHIAS AÉREAS ESTÃO PROÍBIDAS DE COBRAR A MAIS POR DESPACHO DE BAGAGEM [S.L]: Conjur, 13 mar. 2017. Disponível em : [https:// www.conjur.com.br/dl/justica-federal-restabelece-norma-anac.pdf](https://www.conjur.com.br/dl/justica-federal-restabelece-norma-anac.pdf). Acesso em: 17 out. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 277 p.

MARIMPIETRI, Flávia. **Direito Material do Consumidor**. Salvador: Endoquality, 2001.

MARQUES, Claudia; BESSA, Leonardo BENJAMIN, Antônio;. **Manual de Direito do Consumidor**, 5. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

NAHAS, Thereza Christina. **Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo**. 1 ed. São Paulo: LTR, 2002.

O QUE FAZEMOS **ANAC** Disponível em: http://www.anac.gov.br/A_Anac/o-que-fazemos Acesso em: 11 set. 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. A resolução 400/2016 da agencia nacional da aviação civil(ANAC) e proteção dos usuários dos serviços de transporte aéreo de passageiros com esteio no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasilia, n. 111, p.151-195, 2017. Bimestral.

SILVA, Juliana (Coord.); BESSA, Leonardo; MOURA, Walter. Manual de Direito do Consumidor, 4ª ed, rev. atual. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.290p.Disponívelem:<http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-doconsumidor.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

SCHREIBER, Anderson. **A Proteção de Comportamento Contraditório: Tutela de confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 306 p.

SOUZA, Joilson Andrade de. Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. Regulamentação. **RevistaEsmape**, Recife, v. 9, n. 20, p.381-398, jul. 2004. Semestral.

STOCO, Ruy. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 3 ed. São Paulo: Método. Rio de Janeiro; Forense, 2014. E-book.