

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Gabriela Brum Davoli

O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NA COMPRA ELETRÔNICA DE PASSAGENS
AÉREAS

Porto Alegre
2018

Gabriela Brum Davoli

O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NA COMPRA ELETRÔNICA DE PASSAGENS
AÉREAS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção do grau de bacharel em Direito
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens
Barbosa Miragem

Porto Alegre
2018

Dedico o presente trabalho à minha mãe, Ana Cláudia.

AGRADECIMENTOS

A elaboração da presente pesquisa certamente só foi possível com o apoio e a compreensão de todos aqueles que me cercam e que fazem parte do meu dia-a-dia. É fundamental que sejam feitos tais agradecimentos para que fique claro meu sentimento de gratidão frente às pessoas a seguir descritas, para que estas percebam que a presença de cada uma delas nessa fase da minha graduação foi imprescindível para conclusão dessa etapa na minha vida acadêmica.

Gostaria de agradecer, primeiramente, ao meu orientador, o Prof. Bruno Miragem, pela sua disponibilidade de me aconselhar e me direcionar semana após semana no desenvolvimento do presente trabalho. Com certeza, o seu conhecimento jurídico ímpar, e a oportunidade que me foi concedida de aprofundar o estudo sobre o presente tema, foram a dupla perfeita para minha motivação diária nos estudos.

Agradeço aos funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul por sempre estarem dispostos a ajudar, especialmente ao Emerson, pela ajuda na busca de referências bibliográficas, bem como pela ajuda em questões mais formais da construção desta monografia. Seu auxílio foi fundamental para complementação e aperfeiçoamento do trabalho.

Às minhas amigas tanto da Faculdade de Direito da UFRGS, quanto de Alegrete, pelo companheirismo em todos os momentos, principalmente naqueles de mais aperto, pela compreensão quando não pude me fazer presente, pela ajuda e pelo carinho que senti durante toda essa trajetória e que sinto desde o início da nossa amizade.

Ainda, agradeço ao Guilherme, meu namorado, pelo constante apoio, pela companhia, pela paciência e pela condescendência nos últimos meses. Sem a tua presença, a elaboração dessa pesquisa não teria se dado de forma tão fluida.

Por fim, agradeço à minha família, de modo especial, à minha mãe, que acreditou na minha capacidade e nunca me deixou esquecer disso, e que, através da sua torcida, me incentivou em todas as horas.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto o direito de arrependimento do consumidor, especialmente no âmbito da compra de passagens aéreas. Isto porque há conflito sobre o tema entre o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 11 da Resolução nº 400/2016 da ANAC. Acerca do desenvolvimento do trabalho, tem-se como propósito inicial a análise da aplicação do direito de arrependimento nas compras eletrônicas. A análise será através da pesquisa acerca da formação e execução do contrato eletrônico de consumo, e da aplicação do direito de arrependimento nesses contratos, mediante estudo da natureza jurídica do direito de arrependimento, seus efeitos e interpretação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. No tocante e à compra de passagens aéreas, tratar-se-á do direito de arrependimento e do contrato de transporte aéreo de passageiros. Assim, serão estudados os conceitos de usuário e consumidor e, através de um diálogo das fontes, a necessária aplicação do Código consumerista quando presente a figura do sujeito tutelado pela norma. Por fim, será abordada a aplicação do direito de arrependimento na compra eletrônica de passagens aéreas, através da comparação entre as normas que conferem a possibilidade de desistência da compra feita pelo passageiro, examinando os fundamentos que sustentam as suas distintas interpretações. O trabalho será finalizado demonstrando a necessidade de aplicação do artigo 49 do CDC na compra eletrônica de passagens aéreas, quando estabelecida relação de consumo, assegurando, assim, a proteção do consumidor frente aos riscos decorrentes da contratação eletrônica.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Direito de Arrependimento. Comércio eletrônico. Diálogo das fontes.

ABSTRACT

The following article have on it's research aim the right of regret in the Brazilian consumer protection code, specifically in the scope of flying tickets purchase. In which there is a conflict about the subject between the article 49 of the Consumer's Defense Code and the article 11 of the ANAC Resolution 400/2016. About the development of this research, the purpose is analyzing the applicability of right of regret mentioned in the cases where the purchase occurs outside of the commercial establishment, through the electronic environment. The analysis will be through the research about the contract formation and its execution, and the applicability of this right on those types of contract, by means of the study of the character of the right of regret and its effects furthermore the interpretation of the article 49 of the Consumer's Defense Code. In the field of purchase of airline tickets, will be study the right of regret and the contract of passengers on airway transportation. To this end, will be study the concept of user and consumer, through "dialogue de sources", the necessity applicability of de the Consumer's Defense Code, in case of existence of consumer in the relationship. Finally, will be studied the applicability of right of regret on contract of passengers on airway transportation, throughout the comparison of the articles that give the possibility of regret to the passengers, analyzing the reasons which support its different constructions. The article will be finished showing the necessity of the applicability of right of regret when existent consumer in the relationship, therefore, ensuring the protection of the consumers when faces the electronic environment.

Keywords: Consumer's right. Right of regret. Eletronic Commerce. "Dialogue de sources".

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O COMÉRCIO ELETRÔNICO ...	11
2.1 O Código de defesa do consumidor e a disciplina jurídica da internet.....	11
2.1.1 Formação do contrato eletrônico de consumo e os direitos básicos do consumidor	12
2.1.2 Extinção do contrato eletrônico de consumo e a fase pós-contratual.....	20
2.2 O direito de arrependimento em contratos eletrônicos de consumo	27
2.2.1 Natureza Jurídica do arrependimento e seus efeitos	28
2.2.2 Interpretação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor e conceito de estabelecimento comercial.....	36
3 O DIREITO DE ARREPENDIMENTO E O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS	44
3.1 O contrato de transporte aéreo de passageiros e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.....	44
3.1.1 A transversalidade do Código de Defesa do Consumidor e o diálogo das fontes.	45
3.1.2 O contrato de transporte aéreo de passageiros e a relação jurídica de consumo.	52
3.2 O direito de arrependimento na compra de passagens aéreas	62
3.2.1 Extinção do contrato de transporte por desistência do passageiro e o direito de arrependimento do consumidor.	62
3.2.2 Síntese de argumentos contrários e favoráveis à aplicação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor em caso de arrependimento na compra eletrônica de passagens aéreas.	71
4 CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS	82

1 INTRODUÇÃO

O avanço desenfreado da tecnologia e a implementação de novos meios de comunicação resultou em um ciberespaço propício para economia e para o comércio, tornando mais fácil o acesso dos consumidores a produtos e serviços, uma vez que se tornou possível adquiri-los sem necessidade de deslocamento e através de alguns *clicks*, e reduzindo os custos dos fornecedores, visto que possibilitou que estes tivessem como principal “funcionário” um sistema responsável pela realização de contratos. Tanto consumidores quanto fornecedores acabaram por obter benefícios através da implementação do comércio eletrônico, dado que, se por um lado, foi possível ter acesso a uma grande diversidade de produtos e serviços, por outro, foi possível alcançar cada vez mais um maior número de pessoas interessadas na compra desses produtos e desses serviços.

Segundo Bruno Miragem, a internet “rompe com fronteiras e reformula o modo e os instrumentos de contratação”¹, tornando-se um novo meio de comunicação e conexão, o que torna possível a busca de qualquer tipo de informação sem necessidade de presença física. Além desses benefícios, o mercado *online* trouxe enormes avanços no que se refere à agilidade de contratação, acessando um determinado *site* e seguindo algumas instruções, é possível fazer compras de possibilidades infinitas.

Assim, a partir dessas facilidades, outra mudança trazida pela implementação da tecnologia nas relações de consumo foi o surgimento de novas formas produtos e serviços que passaram a ser oferecidos. Além da compra de produtos físicos pela internet, deu-se início à oferta de conteúdo digital, como músicas (Spotify) e filmes (Netflix); serviços de compartilhamento, tais como transporte (Uber) e hospedagem (Airbnb); bem como produtos em formato digital, como passagens (aéreas e terrestres) e livros (e-book).

No entanto, se essa desnecessidade de presença física nas relações de consumo e as novas formas de bens e serviços por um lado significa um avanço, por outro, exige determinada cautela, dado que coloca o consumidor em posição de desigualdade em relação ao fornecedor. Em função dessa desigualdade e de lacunas na legislação consumerista sobre o comércio eletrônico, apesar dos projetos

¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 119.

em lei em andamento, faz-se necessário que o mundo jurídico se adapte ao mundo digital para tutela dos direitos do consumidor nesse novo mercado.

Para isso, a interpretação e o estudo das regras constantes no Código de Defesa do Consumidor (CDC) são de extrema relevância. No presente estudo, trataremos da figura do direito de arrependimento, previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, e sua aplicação nos contratos de consumo celebrados no âmbito virtual, especificamente do que concerne à compra de passagens aéreas.

O Código de Defesa do Consumidor, que entrou em vigor em 11 de março de 1991, caracterizou um grande avanço no que diz respeito ao tema de proteção do consumidor, no seu primeiro artigo estabelece tratar-se de norma de ordem pública e interesse social.² Assim, possui a legislação caráter de microsistema jurídico, que visa regular direitos e deveres de consumidores e fornecedores, sendo uma ferramenta de cidadania, de desenvolvimento social, de redução de desigualdades e de promoção do bem comum.³

O artigo 49 confere ao consumidor o direito de desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.⁴ Essa proteção tem fundamento no *déficit* de informação e de reflexão do consumidor, na estratégia agressiva do fornecedor e no *déficit* de negociação entre as partes.

No entanto, o artigo 11 da Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) dispõe que usuário poderá desistir da passagem aérea adquirida, sem qualquer ônus, desde que o faça no prazo de até 24 horas, a contar do recebimento do seu comprovante.⁵ Assim, o propósito desse trabalho não será apenas estudar a aplicação do direito de arrependimento de compras realizadas pela internet, mas também adentrar na aplicação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, bem como do artigo 11 da Resolução 400/2016 da ANAC, nos

² ALENCAR, Winston Neil Bezerra de. O direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.38. p. 287-310, jun. 2009. p. 288.

³ CRESPO, Danilo Leme. O direito e as novas tecnologias: visão contemporânea do tribunal de justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça sobre o “direito de arrependimento” no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.100, p.101-141, jun. 2017. p.109.

⁴ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

⁵ BRASIL. Resolução Nº400 da ANAC, de 13 de dezembro de 2016. ANAC. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo.

contratos relativos à compra de passagens aéreas, com o propósito de examinar de que modo será reconhecido o direito do consumidor nesta situação.

A relevância do assunto reside no constante crescimento do comércio eletrônico e na compra de passagens aéreas ser um dos seus principais objetos,⁶ na divergência tanto da doutrina quanto da jurisprudência acerca da aplicação do direito de arrependimento na compra de passagens aéreas feitas pela internet, bem como na publicação da Resolução da ANAC, que trata do mesmo tema, porém, dá prazo diferenciado. Dentre as questões debatidas estão a de que, nesses casos, inexistiria diferença entre a compra online e a pessoal, visto que o consumidor saberia o que estaria consumindo⁷, e que a compra de passagens aéreas merece tratamento diferenciado em função das peculiaridades do contrato.

Assim sendo, o foco dessa análise será o estudo do direito de arrependimento na compra eletrônica de passagens aéreas. Para isso, o trabalho será dividido em duas grandes partes: a primeira, acerca do Código de Defesa do Consumidor e o comércio eletrônico (Capítulo 2), que tratará do Código de Defesa do Consumidor frente ao Marco Civil da Internet (*Capítulo 2.1*). A análise será através da pesquisa acerca da formação e execução do contrato eletrônico de consumo, e da aplicação do direito de arrependimento nesses contratos (*Capítulo 2.2*), mediante estudo da natureza jurídica do direito de arrependimento, seus efeitos e interpretação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

A segunda parte tratará do direito de arrependimento e do contrato de transporte aéreo de passageiros (Capítulo 3). Assim, iniciar-se-á a análise através do estudo do contrato de transporte aéreo de passageiros e da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (*Capítulo 3.1*), para isso serão analisados os conceitos de usuário e consumidor e, através de um diálogo das fontes, será verificada a necessidade de aplicação do Código consumerista quando presente a figura do sujeito tutelado pela norma. Por fim, será abordado a aplicação do direito de arrependimento na compra de passagens aéreas (*Capítulo 3.2*) através da comparação entre as normas que conferem a possibilidade de desistência da

⁶ CRESPO, Danilo Leme. O direito e as novas tecnologias: visão contemporânea do tribunal de justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça sobre o “direito de arrependimento” no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.100, p.101-141, jun. 2017. p.130.

⁷ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Direito de arrependimento nos contratos de consumo. São Paulo: Almedina, 2014. p. 148 *apud* TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracieleia. A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 99, p. 307-332, mai.- jun. 2015. p. 318.

compra feita pelo passageiro, examinando os fundamentos que sustentam as suas distintas interpretações.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

O presente capítulo tratará do Código de Defesa do Consumidor e da sua aplicação no âmbito do comércio eletrônico. Para isso, será abordada a disciplina protetiva do consumidor frente ao Marco Civil da Internet, através do estudo dos seus direitos básicos frente à formação e execução do contrato eletrônico de consumo, bem como da sua fase pós-contratual.

Além dessa análise, por meio das constatações acerca desse novo tipo contratual, será feito um estudo sobre a possibilidade de aplicação do direito de arrependimento. Para tanto, buscar-se-á um melhor entendimento sobre a natureza jurídica desse direito e seus possíveis efeitos, além de uma melhor interpretação do texto do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

2.1 O Código de defesa do consumidor e a disciplina jurídica da internet

Quando da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 11 de setembro de 1990,⁸ a internet sequer existia no Brasil e não dava sinais claros sobre e repercussão que teria alguns anos a frente. Dessa forma, não se falou na legislação propriamente do comércio eletrônico, foram dispostas regras com intuito de proteção do consumidor com base no que se tinha à época. No entanto, em razão de atualmente ser o meio de fornecimento à distância mais utilizado⁹, fez-se necessário que as normas jurídicas passassem a ter de contemplar as situações estabelecidas no mundo virtual.

Assim, em 2011, surgiu a proposta legislativa que previu amplamente as questões referentes a aspectos contratuais e extracontratuais relativamente à relação jurídica da internet, o Marco Civil da Internet¹⁰ promulgado em 2014, como a Lei Federal nº12.965/2014. Todavia, o Marco Civil da Internet, embora disponha sobre a necessidade de que as normas de proteção do consumidor sejam observadas, não dispôs expressamente sobre as relações de consumo. Daí porque,

⁸ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

⁹ TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracieleia. A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 99, p. 307-332, mai.- jun. 2015. p. 309.

¹⁰ BRASIL. Lei 12.965/2014, de 23 de abril de 2014. *Planalto*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

em 2012, foi elaborado anteprojeto de lei sob a responsabilidade de juristas designados pelo Senado Federal para o oferecimento de subsídios à atualização do Código de Defesa do Consumidor, versando sobre a repercussão da internet sobre as relações de consumo. O Projeto de Lei do Senado nº 281/2012, dispôs, então, especialmente sobre o direito à informação e o direito de arrependimento do consumidor nos contratos de consumo realizados na internet¹¹. Contudo, tendo sido aprovado pelo Senado Federal, permanece em tramitação na Câmara dos Deputados, atualmente autuado como PL 3514/2015.

Neste interim, em março de 2013, foi editado o Decreto Lei 7.962,¹² que será analisado mais adiante, da mesma forma que o PL 3514/2015. O Decreto regulamentou o Código de Defesa do Consumidor para dispor sobre a contratação no âmbito do comércio eletrônico. Como premissa para análise dessa disposição, faz-se necessário compreender as mudanças quanto à nova concepção contratual que advém desse novo tipo de contratação.

2.1.1 Formação do contrato eletrônico de consumo e os direitos básicos do consumidor

O contrato, até então vislumbrado como um acordo pessoal de dois sujeitos, que negociam e estabelecem seu objeto através do pleno exercício da liberdade de contratar, tem seus traços fundamentais alterados de forma significativa. Em decorrência da distância, da crescente ausência de contato pessoal e imediato entre os contratantes, e da conseqüente diminuição da negociação dos termos contratuais, ocorre a despersonalização do contrato.¹³

Passa-se a ter o que se denomina de *contrato telemático*, ou seja, aqueles contratos que tem o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para sua celebração.¹⁴ Antônia Klee leciona que: “Uma vez utilizada pelas empresas, a Internet possibilitou a negociação sem fronteiras, tanto na relação entre

¹¹ MIRAGEM, Bruno. Aspectos Característicos da Disciplina do Comércio Eletrônico de Consumo: Comentários ao Dec. 7.962, de 15.03.2013. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.86, p. 287-299, mar. – abr.2013. p. 290.

¹² BRASIL, Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. *Planalto*. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

¹³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 49.

¹⁴ LUCCA, Newton de. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 93

empresas (*business to business – B2B*), quanto na relação entre empresas e consumidores (*business to consumer – B2C*).¹⁵ Em síntese, relações B2B são aqueles realizados entre empresas, no âmbito de suas atividades produtivas, e as B2C são aqueles realizados entre fornecedores e consumidores para a circulação de bens e serviços no mercado de consumo.¹⁶

Em função do aumento expressivo forma de contratação B2C, torna-se inevitável uso dos contratos de adesão¹⁷, que impõe a adoção de “um modelo uniforme, geralmente impresso e estandarizado, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor”¹⁸. Dois pilares do direito civil clássico - a liberdade de contratar e o princípio da autonomia privada - não são mais suficientes para assegurar a justiça e o equilíbrio nas relações contratuais, o que indica a necessidade de uma adaptação legislativa para proteção do vulnerável.¹⁹

Importante considerar que as partes pertencentes à relação jurídica de consumo são, de acordo com estabelecido no CDC, consumidor e fornecedor, e que há entre eles uma desigualdade, que vem a ser reduzida através das disposições da legislação consumerista. Assim, a partir da presunção de desequilíbrio entre esses dois agentes econômicos, é relevante destacar dois artigos da legislação brasileira que buscam tutelar o consumidor diante dessa diferença: (a) o artigo 4º do próprio Código de Defesa do Consumidor, que reconhece, em seu inciso primeiro, a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo²⁰; e (b) o artigo 170 da Constituição Federal (CF), que estabelece como princípio a defesa do consumidor e trata do fenômeno da intervenção do Estado na relação contratual:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
V - defesa do consumidor;

¹⁵ KLEE, Antonia Espíndola Longoni; AZEVEDO, Fernando Costa. Considerações sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrônico e o atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 85, p. 209-260, jan.-fev. 2013. p. 215.

¹⁶ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 55, p. 53-84, jul.- set. 2005. p. 57.

¹⁷ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 102

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 49.

¹⁹ *Ibidem*. p. 49.

²⁰ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Essa presunção de desigualdade e a própria existência do direito do consumidor se dão em função do princípio da vulnerabilidade²¹. Neste sentido, é essencial fazer a distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência. A hipossuficiência, presente no artigo 6º, VIII do CDC, está atrelada à falta de meios e de via econômica para obter prova no processo, ou seja, nem todo consumidor vai ser considerado hipossuficiente²².

Já a noção de vulnerabilidade “associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica.”²³

Essa vulnerabilidade pode ser, segundo a lição de Cláudia Lima Marques²⁴ de 4 diferentes espécies: (a) vulnerabilidade técnica, que se dá quando o consumidor não possui conhecimentos especializado sobre o produto que adquire; (b) vulnerabilidade jurídica, que reside na falta de conhecimento do consumidor dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo; (c) vulnerabilidade fática, que abrange genericamente diversas situações de reconhecimento de debilidade do consumidor, como a vulnerabilidade econômica do consumidor frente ao fornecedor²⁵; e (d) vulnerabilidade informacional, a qual está diretamente relacionada à detenção da verdadeira informação pelo fornecedor.

Um dos principais pontos do Decreto 7.962/2013 remete ao direito à informação e à segurança do consumidor, pois, com o novo modelo de contratação decorrente do avanço das tecnologias, o consumidor é submetido a uma condição específica de vulnerabilidade, tanto técnica quanto informacional.²⁶ Logo, cabe analisar a vulnerabilidade do consumidor, sob o apontamento de Rodrigo Eidelwein do Canto, a partir de uma dupla perspectiva: (a) a vulnerabilidade da relação de

²¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 128.

²² *Ibidem*. p. 128.

²³ *Ibidem*. p. 128.

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 326.

²⁵ MIRAGEM, *op. cit.* p. 130. Exemplo dado pelo professor ao tratar dos tipos de vulnerabilidade de consumo.

²⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2016. p. 249.

consumo e (b) a vulnerabilidade da situação inerente aos avanços tecnológicos²⁷. A primeira é relacionada à presunção jurídica absoluta de vulnerabilidade do consumidor, inerente a qualquer contrato de consumo. Enquanto a segunda, é classificada como um agravante de vulnerabilidade, pois, em decorrência dos riscos inerentes à contratação eletrônica, fica acentuada a vulnerabilidade do consumidor.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques atenta ao fato de que através desse ingresso do consumidor no mundo tecnológico “sua capacidade de controle fica diminuída, é guiado por links e conexões, em transações ambigamente coordenadas, recebe as informações que desejam lhe fornecer, tem poucas possibilidades de identificar simulações e ‘jogos’, de proteger sua privacidade e autoria, de impor sua linguagem.”²⁸

Assim, de acordo com Guilherme Magalhães Martins, tendo em vista essa vulnerabilidade²⁹:

Merece especial reforço o princípio da boa-fé objetiva, a partir da imposição de deveres laterais, anexos ou instrumentais de conduta, incidindo sobre aspectos como informação, proteção contra fraudes, correção de possíveis erros, proibição de spam, proibição da publicidade enganosa e tutela do direito de arrependimento.

Para Bruno Miragem, “o princípio da boa-fé objetiva implica a exigência nas relações jurídicas do respeito a da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro”.³⁰ No que se aplica ao uso da tecnologia, os comerciantes têm um dever concreto de agir de boa-fé, como, por exemplo, no caso da “vedação da utilização de atributos especiais da tecnologia para ocultar identidade ou aspectos essenciais da prestação oferecida.”³¹

Portanto, é possível afirmar que o Decreto 7.962/2013 considerou como seu princípio basilar para regulamentação dos contratos eletrônicos o princípio da boa-fé

²⁷ CANTO, Rodrigo Eidelwein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: a reconstrução da confiança na atualização do código de defesa do consumidor*. Dissertação de mestrado em Direito. Porto Alegre, UFRGS, 2014. p. 56.

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 72.

²⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2016. p. 249.

³⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 145.

³¹ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Sobre o art. 1.198 do CC.

objetiva, também consagrado pelo CDC³². Entre seus dispositivos, através da imposição de deveres, buscou dar a devida atenção para o aspecto da informação. Conforme os artigos 4º, IV, 6º, III e 31 do CDC, o fornecedor possui o dever de prestar informações claras, precisas, adequadas e corretas sobre o produto ou serviço comercializado.

Nesse sentido, Bruno Miragem refere que “o conteúdo da informação adequada deve abranger essencialmente: a) as condições da contratação; b) as características dos produtos ou serviços objetos da relação de consumo, e c) eventuais consequências e riscos da contratação.”³³ Ainda, nos termos do artigo 31³⁴ do CDC, os contratos eletrônicos devem ser constituídos das mesmas informações dos contratos de consumo de forma geral.

Além das informações sobre o produto ou serviço oferecido, o Dec. 7.962/2013 dispôs a necessidade de se fazerem disponíveis informações sobre o próprio fornecedor. É necessário, segundo o seu art. 2º, que o fornecedor disponibilize informações claras sobre seu nome empresarial, CNPJ e sobre seu endereço físico e eletrônico³⁵. O motivo para isso está na condição de desigualdade que o consumidor se encontra, que “representa claro obstáculo de acesso ao

³² Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica ([art. 170, da Constituição Federal](#)), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

³³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 216

³⁴ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

³⁵ Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: I – nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II – endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

fornecedor para o exercício de qualquer pretensão, seja reclamação por vícios ou o exercício do direito de arrependimento”³⁶.

Ademais, a “norma obriga os fornecedores, que atuam na Internet por meio de lojas virtuais, sites e homepages a criarem canais de atendimento ao consumidor para esclarecer os procedimentos que devem ser adotados pelos consumidores para exercer seu direito de arrependimento”³⁷. Assim, o CDC reconhece a importância do dever de informar do fornecedor, como norma de proteção da confiança do consumidor nas relações de consumo.³⁸

No que tange à informação referente aos dados pessoais (que serão tratados no capítulo seguinte³⁹), é imprescindível que o fornecedor informe, da forma mais detalhada o possível⁴⁰, a política adotada para tratamento desses dados antes da obtenção do consentimento do consumidor.⁴¹

Outro fator decorrente da aplicação do princípio da boa-fé que deve ser levado em consideração para formação no contrato no comércio eletrônico, conforme pontuado por Guilherme Magalhães Martins⁴², é a proibição de *spam* e da publicidade enganosa. De acordo com Ada Pellegrini Grinover e os demais autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade tem um objetivo comercial, é toda informação dirigida ao público com objetivo de promover atividade econômica⁴³. Enquanto do Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária⁴⁴ toma

³⁶ MIRAGEM, Bruno. Aspectos Característicos da Disciplina do Comércio Eletrônico de Consumo: Comentários ao Dec. 7.962, de 15.03.2013. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.86, p. 287-299, mar. – abr.2013. p. 291.

³⁷ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Comentário à Ap 20100112169790: compra de passagem aérea pela internet. Aplicação do art. 49 do CDC (LGL\1990\40). Direito de arrependimento. Prazo de reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 100. ano 24. p. 549, jul.-ago. 2015. p. 570.

³⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 299.

³⁹ Será estudado o tratamento de dados pessoais como disciplina do que ocorre a partir da execução do contrato eletrônico de consumo.

⁴⁰ “Isso envolve, com base no art. 6.o, III, do CDC, o direito do consumidor de ser informado sobre: i) quais os dados pessoais são tratados e para quais finalidades; ii) se os dados pessoais são transmitidos para terceiros; iii) para quais países os dados pessoais são transmitidos, se for o caso; iv) qual é o período de conservação de dados; e v) quais os mecanismos de segurança utilizados para garantir a segurança dos dados pessoais”: MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento dos dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 102, p. 19-43, nov.- dez. 2015. p. 29

⁴¹ *Ibidem*. p. 29

⁴² MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2016. p. 249.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 316.

por publicidade toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias.

Sendo a publicidade o principal meio de comunicação entre o fornecedor e o consumidor, tem no CDC uma seção específica para disposição acerca do tema. Ademais, no artigo 6º, III do Código, é estabelecido como direito básico do consumidor “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços⁴⁵.”

A celebração de contrato eletrônico de consumo pode ter início através de diversas situações, dentre elas estão aquelas em que o cliente acessa o site de uma empresa já conhecida por ele; o usuário, ao navegar na internet, se depara com uma publicidade que o leva a acessar esse site; o consumidor recebe e-mail com propaganda de determinado bem ou serviço, que o leva a acessar determinado link; entre outras possibilidades.

Além dos exemplos trazidos, vale ressaltar que, atualmente, os internautas estão expostos a outros tipos de oferta: através de redes sociais e aplicativos de *smartphones*. Ocorre que, ao passo que o usuário faz uma determinada pesquisa sobre algum bem ou serviço que tem interesse em comprar, passa a ser atingido reiteradamente por anúncios decorrentes dessa pesquisa, o que constitui marketing invasivo.

Isso ocorre em função dos chamados *cookies*. “*Cookies* são programas de dados gerados com o objetivo principal de identificação do usuário e de rastreamento e obtenção de dados úteis a seu respeito, tais como seus hábitos de navegação e de consumo”⁴⁶, isso faz com que, cada vez que o consumidor fizer alguma pesquisa, referente à compra de passagens aéreas, por exemplo, o sistema rastreará esses dados. Então, em um segundo momento, quando o sujeito estiver acessando uma rede social ou fazendo uma pesquisa sobre algum outro produto,

⁴⁴ Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária. CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>> Acesso em: 28 abr. 2018. art. 8º

⁴⁵ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

⁴⁶ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre o banco de dados eletrônicos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 46, p. 77-119, abr.-jun. 2003.p. 93.

determinada oferta referente ao trecho de viagem pesquisado no site da companhia aérea aparecerá ou lhe será enviada por e-mail (*spam*⁴⁷).

Esse tipo de publicidade⁴⁸, decorrente do sistema de *cookies*, denominada por Cesar Santolim como intrusiva⁴⁹, é considerada assédio de consumo. A figura do assédio de consumo foi estabelecida pela Diretiva 2005/29/CE, que, ao tratar das práticas comerciais agressivas, identificou como tal as que caracterizam assédio, coação ou influência indevida.⁵⁰

Nesse sentido, Bruno Miragem afirma que “na categoria do assédio de consumo é contemplada a generalidade de violações pelo fornecedor de seus deveres de boa-fé em respeito à liberdade de escolha do consumidor em acordo com os bons costumes reconhecidos no mercado de consumo”⁵¹. Assim, é importante observar que, entre as iniciativas de aperfeiçoamento do CDC, o conceito não passou despercebido, o atual PLC 3.514/2015, prevê a inclusão do inciso XII no artigo 6º, prevendo como direito básico do consumidor “a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo”⁵².

O tema é de tal importância que o Projeto de Lei n.º 281/2012 prevê algumas mudanças nos seguintes artigos do CDC: i) no artigo 56, a inserção do inciso XIII, que disporá da “suspensão temporária ou proibição de oferta e de comércio eletrônico” e ii) no artigo 59, que determinará, em seu § 4.º que, “Caso o fornecedor por meio eletrônico ou similar descumpra a pena de suspensão ou de proibição de oferta e de comércio eletrônico, sem prejuízo de outras medidas administrativas ou judiciais de prevenção de danos, o Poder Judiciário determinará, a pedido da autoridade administrativa ou do Ministério Público, no limite estritamente necessário para a garantia da efetividade da sanção, que os prestadores de serviços financeiros

⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 392. Sobre o conceito de spam: envio de e-mails não solicitados pelo usuário.

⁴⁸ Publicidade comportamental ou *behavioral advertising*. European Network and Information Security Agency – ENISA, Privacy Considerations of Online Behavioral Tracking, 19.10.2012. Disponível em: <www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/privacy-considerations-of-online-behavioural-tracking>. Acesso em: 11 mai. 2018.

⁴⁹ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 55, p. 53-84, jul.- set. 2005. p. 65.

⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 104, p. 99-127, mar.-abr. 2016. p. 111.

⁵¹ *Ibidem*. p. 112

⁵² *Ibidem*. p. 111/112

e de pagamento utilizados pelo fornecedor, de forma alternativa ou conjunta, sob pena de pagamento de multa diária: I – suspendam os pagamentos e transferências financeiras para o fornecedor de comércio eletrônico; II – bloqueiem as contas bancárias do fornecedor”.

Da mesma forma que um contrato formado em meio físico, na contratação eletrônica o consumidor precisa de meios para manifestar sua vontade de forma confiável⁵³. Portanto, uma vez que o usuário, considerando sua vulnerabilidade agravada no ambiente virtual, tem interferência do fornecedor, por meio de publicidade agressiva, na sua escolha de compra, corre o risco de tomar decisões impensadas e no “calor do momento”, visto que dificultam o consumo de forma consciente e racional⁵⁴, o que pode vir a intervir em outras fases da contratação.

Sendo assim, faz-se necessário o estudo da própria execução do contrato eletrônico de consumo e de suas possíveis consequências no momento pós-contratual.

2.1.2 Extinção do contrato eletrônico de consumo e a fase pós-contratual.

Como elementos essenciais da existência do negócio jurídico, tem-se a declaração de vontade, a forma e o objeto⁵⁵. Com o surgimento dos negócios jurídicos de massa e os contratos de adesão, em decorrência do avanço tecnológico, fez-se necessária à sua qualificação jurídica⁵⁶.

Na concepção dos contratos eletrônicos de consumo, como em qualquer outro negócio jurídico bilateral, a figura do contrato “resulta de duas manifestações de vontade: a proposta e a aceitação”⁵⁷, cuja confluência, segundo Lorenzetti, configura consentimento⁵⁸. Até o presente momento, foi feito o estudo referente à primeira delas, com relação à proposta que é feita pelo fornecedor, por meio da oferta, e sua responsabilidade frente aos direitos básicos dos consumidores.

A partir de agora, analisar-se-á os preceitos e as consequências do consentimento contratual por parte do consumidor. Para isso, é necessário observar

⁵³ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 274.

⁵⁴ ALENCAR, Winston Neil Bezerra de. O direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.38. p. 287-310, jun. 2009. p. 296.

⁵⁵ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 95,96 e 97.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 101.

⁵⁷ *Ibidem*. p. 109.

⁵⁸ LORENZETTI, *op. cit.* p. 305

o art. 428, I, do Código Civil⁵⁹, “uma vez que a lei considera entre presentes as contratações por telefone ou por meio de comunicação semelhante, e a jurisprudência considera as contratações por telefone análogas às contratações eletrônicas.”⁶⁰

Cabe ressaltar que nem sempre a contratação eletrônica será considerada entre presentes, muito pelo contrário. Isto porque, quando a oferta já está disponível no *site* do fornecedor na internet, e o consumidor apenas aceita as condições gerais, mediante seus *clicks* (que é o que acontece com mais frequência) o contrato está celebrado.⁶¹ Guilherme Magalhães Martins explica que “o que caracteriza a presença não é, de fato, a proximidade física, mas a possibilidade de comunicação direta e, mais especificamente, a possibilidade de haver uma resposta imediata à proposta.”⁶²

Nesse sentido, mesmo que o artigo 428 do Código Civil (CC) fale em deixar de ser obrigatória a proposta, caso feita sem prazo a pessoa ausente, o artigo 434 dispõe que “os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida”, cabendo algumas exceções, sobre as quais não cabe o estudo no momento. Dessa forma, Antônia Klee⁶³leciona:

A parte geral do Código Civil é aplicável aos contratos celebrados a distância e por meios eletrônicos, especialmente aqueles realizados pela internet [...] O contrato é típico da sociedade de consumo, o meio é que é diferente. Esse vínculo tanto pode ser estabelecido por troca de e-mails, como pela aceitação em bloco das cláusulas do contrato de adesão elaborado pelo fornecedor e disponibilizado à aceitação do consumidor no site. A declaração da vontade [...] é realizada por meio do *click*.

Assim, o momento de formação efetiva do contrato eletrônico, da mesma forma que ocorre em outros meios de contratação, é a partir da declaração de vontade no sentido de aceitação por parte do consumidor.

Embora já tenha sido citada, no capítulo anterior, o tema referente à informação que deve ser fornecida ao consumidor sobre banco de dados, no

⁵⁹ Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

⁶⁰ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 113

⁶¹ *Ibidem*. p. 123

⁶² MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2016. p. 184.

⁶³ KLEE, *op. cit.* p. 124 e 126

presente capítulo, será aprofundada a questão, uma vez que considerados os riscos inerentes a disponibilização de dados algo decorrente da execução do contrato de consumo, presente na fase pós contratual.

A partir do momento que o consumidor ingressa no mundo virtual, é convidado, em diversas situações⁶⁴, a disponibilizar alguns dos seus dados, como nome completo, e-mail, número de telefone, número de documento de identificação, endereço, para ficarmos em poucos exemplos. Isso pode acarretar alguns riscos que, por vezes, passam despercebidos pelo usuário.

A título de exemplo, cabe mencionar que, recentemente, os administradores do Facebook, uma das maiores redes sociais do mundo, estiveram envolvidos em um escândalo referente ao uso indevido de dados pessoais de seus usuários. A consultoria Cambridge Analytica foi acusada de obter indevidamente dados pessoais de mais 87 milhões de usuários e utilizar esses dados para influenciar no resultado do pleito eleitoral estadunidense ⁶⁵.

⁶⁴ Ao fazer seu cadastro em uma rede social, ao efetuar alguma compra e até ao solicitar permissão para uso de determinado aplicativo, entre outros.

⁶⁵ “O Facebook disse acreditar que a consultoria Cambridge Analytica tenha obtido indevidamente os dados de 87 milhões de usuários. Desses usuários, 443.117 são brasileiros. O número total é superior à estimativa anterior, de 50 milhões de membros da rede social que tiveram suas informações pessoais coletadas. A maioria dos usuários está nos Estados Unidos. O Brasil é o oitavo país com maior número de usuários afetados. Também estão na lista as Filipinas (1,1 milhão), Indonésia (1 milhão), Reino Unido (1 milhão), México (789 mil), Canadá (622 mil), Índia (562 mil), Vietnã (427 mil) e Austrália (311 mil). A informação está em um texto assinado por seu diretor de tecnologia, Mike Schroepfer, publicado hoje no site da empresa, sobre as medidas que a empresa está tomando para restringir o acesso de aplicativos e outras companhias aos dados dos seus 2,2 bilhões de membros. A empresa vive uma grave crise desde que admitiu no início do mês passado que a Cambridge Analytica, que é baseada no Reino Unido, usou um teste de personalidade para obter as informações de usuários que faziam o teste e também de seus amigos, sem sua permissão. A consultoria trabalhou para a campanha do presidente americano, Donald Trump, em 2016, e é acusada de usar esses dados para influenciar o resultado do pleito. Na lista com de países que tiveram usuários afetados, o Facebook informa que a empresa "não sabe precisamente que dados" foram usados pela consultoria e "exatamente quantas pessoas foram afetadas". "Usando a metodologia mais abrangente possível, essa é nossa melhor estimativa do maior número de usuários únicos que instalaram o aplicativo thisisyourdigitallife, assim como outros cujos dados podem ter sido compartilhados com o aplicativo por seus amigos." O Facebook já perdeu quase US\$ 100 bilhões em valor de mercado desde fevereiro e tornou-se alvo de uma investigação no Congresso americano. O presidente e fundador da empresa, Mark Zuckerberg, testemunhará pela primeira vez perante os congressistas em 11 de abril. A rede social vem anunciando desde o início dessa crise mudanças em suas políticas de privacidade e uso de dados em uma reação às críticas do público e receios de investidores. Entre as medidas, limitou o acesso de aplicativos e outras companhias a essas informações. Desta vez, o Facebook divulgou que começará a alertar quem teve seus dados coletados a partir da próxima segunda-feira, dia 9 de abril. Também disponibilizará um link no topo do feed de notícias de cada usuário para ajudá-los a compreender quais aplicativos têm acesso a seus dados. A empresa também não permitirá mais que usuários façam buscas por pessoas no site por meio de um número de telefone ou endereço de e-mail. “Esperamos fazer mais mudanças nos próximos meses”, escreveu Schroepfer.” FACEBOOK admite uso indevido de dados de 87 milhões de usuários, 433 mil no Brasil. *BBC*. 4 abr. 2018, News / Brasil. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-43646687>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

Como se percebe, é de extrema relevância a responsabilidade pela proteção de dados dos usuários pelo fornecedor. Primeiramente, é importante ressaltar que “a autorização pelo consumidor, como regra geral, é um pressuposto essencial para o tratamento de dados pessoais nas relações de consumo, inclusive aquelas desenvolvidas no ambiente virtual.”⁶⁶ A própria norma do artigo 43, parágrafo 2º do CDC, estabelece que “a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”.

Segundo Bruno Miragem, esse dever de informação da inscrição do consumidor em banco de dados expresso no CDC “é correspondente ao direito à comunicação do consumidor, cuja razão de ser é justamente permitir, na prática, a adoção de procedimentos cabíveis visando evitar ou corrigir o conteúdo da informação inscrita no respectivo banco de dados.”⁶⁷ No que tange ao comércio eletrônico, o próprio PLS 281/2012 define como uma das mudanças do CDC a criação de um tipo penal para os casos nos quais o fornecedor “Veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais.” com pena de reclusão de um a quatro anos, e multa.

Nesse sentido, César Santolim afirma que “O tema da proteção dos dados referentes aos consumidores, na realidade, está conectado a uma tutela mais ampla, que diz respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana”⁶⁸ e que, em decorrência das particularidades do comércio eletrônico, cogita-se “sobre a existência de uma nova noção de privacidade (...), resultante do uso da tecnologia da informação”.⁶⁹ Ainda, é feita uma diferenciação pelo autor no que tange ao tratamento estático e dinâmico da informação.

O primeiro refere-se àquela situação em que são solicitados pelo fornecedor dados pessoais para uma finalidade específica, sendo ele responsável pela utilização e conservação dos mesmos. Já o segundo, que é onde reside o problema,

⁶⁶ MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o marco civil da internet e o código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. v. 106. p. 37-69, jul.-ago. 2016. p. 41

⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 351.

⁶⁸ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 55, p. 53-84, jul.- set. 2005. p. 61.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 61.

refere-se a algo característico dos sistemas informatizados, quando dados são obtidos através de cruzamento de informações, mediante um processo dinâmico de manipulação, o que pode ser considerado violação da privacidade. Como exemplo dado pelo autor dessa segunda situação está a utilização de *cookies*, conforme tratado anteriormente.⁷⁰

Assim, torna-se imprescindível a anuência do consumidor, a partir de sua manifestação de vontade, no momento do consentimento contratual, bem como seu conhecimento acerca do tratamento de dados. Sobre este tema, cabe evidenciar a Diretiva Europeia 95/46/CE, que trata nos seus artigos 2º, h e 7º sobre o consentimento inequívoco do titular.⁷¹

No entanto, conforme elencado por Laura Schertel Mendes, como pressupostos básicos para um consentimento válido por parte do consumidor são os seguintes:

- i) que o titular dos dados que emita o consentimento o faça por sua livre vontade;
- ii) que o consentimento seja voltado a uma finalidade específica;
- iii) que o titular seja informado acerca do objetivo da coleta, do processamento e do uso dos dados, assim como das consequências de não consentir com o tratamento.⁷²

Outro fator que precisa ser levado em consideração na execução do contrato eletrônico de consumo é o local que se dá a contratação, para fixação da competência, da lei aplicável, do caráter nacional ou internacional do contrato e para interpretação conforme os usos e costumes do lugar.⁷³ Apesar de, em algumas situações, as partes terem uma conduta orientada à fixação de domicílios inscritos em registros *off-line* e estabelecerem locais de cumprimento e cláusulas de eleição de foro, em alguns casos, o lugar de celebração contratual vem ser efetivamente o virtual.⁷⁴ Contudo, no caso da tendência existente na contratação de consumo, “se acolhe o domicílio do consumidor como lugar de celebração. Da mesma forma, algumas propostas relativas às condições gerais da contratação levam em

⁷⁰ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 55, p. 53-84, jul.- set. 2005. p. 62

⁷¹ UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 24.10.1994, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>>. Acesso em 12/05/2018.

⁷² MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento dos dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 102, p. 19-43, nov.- dez. 2015. p. 26.

⁷³ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 324.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 325/326.

consideração o domicílio do aderente como forma de proteção da parte mais fraca.”⁷⁵

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 281/2012 altera o texto do artigo 101 do CDC, que trata de ações de responsabilidade contratual e extracontratual do fornecedor de produtos e serviços, inclusive no fornecimento a distância nacional e internacional, para dispor que “será competente o foro do domicílio do consumidor nas demandas em que o consumidor residente no Brasil seja réu e que versem sobre relações de consumo;” e que “o consumidor, nas demandas em que seja autor, poderá escolher, além do foro indicado no inciso I, o do domicílio do fornecedor de produtos ou serviços, o do lugar da celebração ou da execução do contrato ou outro conectado ao caso;”.

Da mesma forma, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) dispôs em seu artigo 22, inciso II sobre a jurisdição competente para julgar e processar as ações decorrentes da relação de consumo definindo que é de competência da autoridade judiciária brasileira quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil. Como referido por Bruno Miragem “Trata-se de disposição que se encontra em acordo com o direito fundamental de defesa do consumidor, e fundamenta-se no direito de acesso à justiça. Trata-se de critério que independe do local onde tenha sido celebrado o contrato de consumo”⁷⁶. Ou seja, o local será sempre definido em prol do consumidor.

No que se trata do objeto que está sendo negociado através de consumo, é necessário que se faça uma distinção. Nesse sentido, Martins afirma que o contrato eletrônico pode ser situado a partir de duas modalidades principais:

Em primeiro lugar, o fornecedor pode propor uma prestação suscetível de ser consumida diretamente pelo meio da multimídia; é o caso dos serviços de informações, dos bancos de dados, dos serviços de mensagem eletrônica, dos serviços lúdicos, podendo ser o caso, ainda, da aquisição de um software. Ou então, podem ser propostas a compra e venda de bens ou a prestação de serviços a serem executados ou entregues por outro meio, de maneira diferida ou retardada, como ocorre, por exemplo, na compra e venda de um automóvel, podendo dita oferta dirigir-se tanto a pessoas jurídicas como a pessoas físicas, seja especificamente em relação a empresas ou a particulares, seja indistintamente oferecida a todos.⁷⁷

⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 328.

⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 709.

⁷⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2016. p. 180.

Dependendo do objeto que será negociado através do contrato, serão diferentes as possíveis consequências contratuais. Na fase de execução do contratual, são diversas as situações que podem ocorrer, da mesma forma que o contrato pode ser executado de forma perfeita, seja com a entrega do produto objeto do contrato seja com a transmissão de dados, como de um *e-book*, podem vir a ocorrer algumas situações problemáticas.

Bruno Miragem define a extinção da relação contratual de consumo da mesma forma que a extinção contratual, em direito privado de forma geral, visto que “em face do diálogo de coerência que estabelece suas normas com as de direito civil, no que se refere ao uso de uma mesma base conceitual”⁷⁸, o direito do consumidor se utiliza dos conceitos do direito civil. Sendo assim, essa resolução pode ocorrer por duas diferentes causas ou através do adimplemento da obrigação, ou seja, pelo cumprimento do contrato, ou pelo seu inadimplemento. Entretanto, em matéria de consumidor, há alguns aspectos específicos com relação a esta segunda forma, que visam a aplicação do princípio base de proteção do consumidor.⁷⁹

Dentre os prováveis problemas, consequentes formas de extinção da relação contratual eletrônica, estão, por exemplo, o atraso na entrega do produto ou o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor, o qual será tema central dos próximos capítulos.

No caso da compra de passagens aéreas em meio eletrônico, que é assunto principal no presente trabalho, trata-se de compra e venda de prestação de serviços que virá a ser executada posteriormente. Dessa forma, difere-se da situação na qual é feita a compra de um bem que virá a ser entregue na residência do consumidor.

A contratação se pode ter início de 4 formas diferentes: através i.) do acesso do internauta ao *site* da companhia aérea já conhecida; ii.) do acesso ao *site* em decorrência de uma publicidade em algum outro determinado sítio da internet; iii.) do recebimento, através do correio tradicional de propaganda convidando para a consulta de página da Internet; e iv.) do envio de publicidade para o consumidor através de seu endereço eletrônico.

Após seu ingresso no website da companhia aérea, o cliente insere em campos específicos a origem da viagem, o destino, o número de passageiros, a data

⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 416.

⁷⁹ *Ibidem*. p. 416.

de ida, a data de volta e a classe que deseja viajar. Com essas informações, a empresa gera várias opções de horários e valores de passagens aéreas, com ou sem escala, franquias de bagagem, possibilidade de reembolso, taxa de alteração de voo e acumulo de pontos.

Assim, o consumidor escolhe a que mais lhe agrada e dá início à inserção de seus dados pessoais e suas informações de contato⁸⁰. Então, é disponibilizada página na qual o cliente pode escolher seu assento com antecedência e, após fazê-lo, ele é redirecionado para seleção do meio de pagamento que pode ser, por exemplo, via cartão de crédito ou débito. Com a disponibilização desses dados, é efetuado o pagamento e finalizada a compra.⁸¹

Nesse caso, são algumas das possibilidades do que pode vir a ocorrer na fase pós-contratual as seguintes situações: i.) o consumidor ficar satisfeito com a sua compra, comparecer no aeroporto no dia do embarque e realizar a viagem, conforme planejado, o que seria o cumprimento perfeito do contrato; ii.) o consumidor ficar satisfeito com a sua compra, comparecer no aeroporto no dia do embarque e, por algum motivo, ter seu voo cancelado ou atrasado; iii.) o consumidor ficar satisfeito com a sua compra, mas não conseguir comparecer no aeroporto no dia do embarque; e iv.) o consumidor não se sentir satisfeito com a compra e querer exercer seu direito de arrependimento.

Cada situação teria sua respectiva consequência dentro do Direito do Consumidor. Contudo, cabe aqui, para que o trabalho não se torne exaustivo, analisarmos a última delas, referente à insatisfação do consumidor quanto à sua compra eletrônica de passagem aérea.

2.2 O direito de arrependimento em contratos eletrônicos de consumo

A expressão arrependimento pode ser definida como “1. pesar ou lamentação pelo mal cometido(...) 2. negação ou desistência de algo feito ou pensado em

⁸⁰ Nome completo, documento de identificação, número de celular e e-mail.

⁸¹ Informações colhidas no site da LATAM Linhas Aéreas Brasil. Disponível em: <https://www.latam.com/pt_br/?gclid=CjwKCAjwiurXBRAnEiwAk2GFZmE20MygQtuUYZbwsTuLIQPq2EZ1YNrDcbGbRGkW1SSRu80gorpuOhoCjjgQAvD_BwE&gclid=CN36qubAiNsCFYwThwodvrvwPsA> Acesso em: 16 mai. 2018.

tempos passados”⁸². Já no âmbito jurídico, o termo significa “faculdade concedida às partes de desfazer o contrato anteriormente celebrado”⁸³.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 49, confere ao consumidor o exercício do direito de arrependimento, através da seguinte disposição:

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

Para que se tenha um melhor entendimento sobre qual seria o seu âmbito de aplicação adequado, faz-se necessário um estudo aprofundado da natureza jurídica do instituto e dos efeitos decorrentes da sua aplicação, bem como da análise hermenêutica do artigo no qual está disposto.

2.2.1 Natureza Jurídica do arrependimento e seus efeitos

Segundo Flávio Tartuce⁸⁴, o direito arrependimento é um direito de cunho potestativo, pois seu implemento só depende da vontade de umas das partes. Bruno Miragem define a natureza desse tipo de direito como formativo extintivo, que é “uma nova espécie de direito de resolução contratual, cuja eficácia depende exclusivamente do seu exercício por parte do consumidor”⁸⁵.

Assim difere-se do direito potestativo de resolução tradicional, pois, conforme ensina o autor, este é decorrente do inadimplemento das obrigações contratuais e “será exercido na medida em que o credor que não tenha dado causa ao

⁸² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 191.

⁸³ *Ibidem*. p. 191.

⁸⁴ TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracileia. A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 99, p. 307-332, mai.- jun. 2015. p. 315/316. No mesmo sentido: EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Contratação refletida na sociedade de consumo: o direito de arrependimento como proteção do consentimento do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 76. p. 43-76, out.-dez. 2010. p. 51; KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 163.

⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 417.

inadimplemento, passe a ter interesse na extinção da obrigação⁸⁶, ou seja, “o exercício do direito de resolução pelo credor é que extingue o contrato”⁸⁷. Contudo, se aproxima dessa figura, em razão de que, uma vez que decide pela resolução do contrato, o credor deve restituir as partes ao estado anterior ao da constituição da relação obrigacional⁸⁸, o que também deve acontecer em caso de arrependimento.

Primeiramente, vale pontuar que a implementação dessa modalidade na legislação brasileira se deu por influência dos países integrantes da União Europeia. No entanto, seu surgimento teve início na legislação da França, Alemanha e Estados Unidos⁸⁹.

Além disso, considerando a doutrina de Orlando Gomes no que se refere às formas de resolução dos contratos⁹⁰, o arrependimento estaria mais próximo da forma de rescisão unilateral. Segundo doutrina de Ruy Rosado de Aguiar Junior⁹¹, dentro do conceito de rescisão unilateral, estão o direito à revogação, à denúncia, à renúncia, ao arrependimento, ao cancelamento à retirada, ao recesso e à contraordem. Ademais, leciona o autor que esse direito de rescindir unilateralmente o contrato tem fundamento em princípio de ordem pública “segundo o qual ninguém pode vincular-se perpetuamente”⁹².

Assim, o direito de arrependimento se diferencia da conhecida rescisão contratual. Embora o exercício desse direito também ponha fim ao contrato, na rescisão, há possibilidade de haver cobrança de multa rescisória por uma das partes, enquanto que, frente ao arrependimento não é possível que o consumidor seja cobrado, “porque esse prejuízo faz parte do risco do negócio do fornecedor, o qual deve zelar para que a qualidade do produto ou serviço que vende corresponda à expectativa criada no consumidor”⁹³.

Segundo Flávio Tartuce e Gracieleia Monteiro, “como se trata de um direito legítimo, não há necessidade de qualquer justificativa, não surgindo da sua atuação

⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 537.

⁸⁷ *Ibidem*. p. 338.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 537.

⁸⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 966.

⁹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 169.

⁹¹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. 4. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 240.

⁹² *Ibidem*. p. 240.

⁹³ ALENCAR, Winston Neil Bezerra de. O direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.38. p. 287-310, jun. 2009. p. 296.

regular qualquer direito de indenização por perdas e danos a favor da outra parte”⁹⁴ ainda, seguem os autores “não se pode falar também em incidência de multa pelo exercício, o que contraria a própria concepção do sistema de proteção ao consumidor.”⁹⁵

Além disso, o direito de arrependimento previsto no CDC se diferencia também do previsto no CC. No CC⁹⁶, a possibilidade de arrepender-se está prevista nos artigos 420, 463, 725 e 1.417⁹⁷ e, da leitura de tais dispositivos, é possível concluir que o direito de arrependimento, nesses casos, “tem caráter prévio, bilateral e há de ser acordado de forma expressa”⁹⁸. Difere-se, ainda, do tipo de venda a contento, prevista dos artigos 509 a 512 do CC, vez que nesta, o comprador deve “motivar as razões da sua não aprovação.”⁹⁹

Já no Código de Defesa do Consumidor, o direito de arrependimento não precisa ser acordado anteriormente à formação do contrato, segundo Alberto Júnior, é direito incondicionado e de ordem pública irrenunciável,¹⁰⁰ ou seja, não é permitida ao consumidor a renúncia dessa possibilidade seja por acordo seja por imposição unilateral do fornecedor.¹⁰¹ Além de dispensar qualquer motivação para o seu exercício.¹⁰²

É concedido ao consumidor o prazo decadencial de reflexão de sete dias, contados a partir de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço,

⁹⁴ TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracileia. A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 99, p. 307-332, mai.- jun. 2015. p. 315/316.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 315/316.

⁹⁶ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Institui o Código Civil.

⁹⁷ Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar; Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive. Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente; Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes; Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

⁹⁸ CRESPO, Danilo Leme. O direito e as novas tecnologias: visão contemporânea do tribunal de justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça sobre o “direito de arrependimento” no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.100, p.101-141, jun. 2017. p. 105

⁹⁹ TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracileia. *op. cit.* p. 316.

¹⁰⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 229-231.

¹⁰¹ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 165.

¹⁰² TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracileia. *op. cit.* p. 316.

nas contratações ocorridas fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.¹⁰³ Esse direito, conforme pontuado por Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem, confere ao consumidor possibilidade de reflexão nas agressivas situações de venda a domicílio,¹⁰⁴ por exemplo.

Rizzatto Nunes faz síntese do propósito e da natureza do direito de arrependimento, na qual trata também só prazo de reflexão, define que:

Fala-se em prazo de “reflexão” porque se pressupõe que, como a aquisição não partiu de uma decisão ativa, plena, do consumidor, e também como este ainda não “tocou” concretamente o produto ou testou o serviço, pode querer desistir do negócio depois que o avaliou melhor. Ou, em outros termos, a lei dá oportunidade para que o consumidor, uma vez tendo recebido o produto ou testado o serviço, possa, no prazo de 7 dias, desistir da aquisição feita. O aspecto relevante é a pretensão do consumidor nesse tipo de aquisição. O Código de Defesa do Consumidor, exatamente para proteger o consumidor nas compras pelos meios citados, nas quais há menos garantia de que tais aquisições sejam bem-sucedidas, assim também para evitar, como dissemos, compras por impulso ou efetivadas sob forte influência da publicidade sem que o produto esteja sendo visto de perto, concretamente, ou sem que o serviço possa ser mais bem examinado, estabeleceu o direito de desistência a favor do consumidor.¹⁰⁵

Relativamente ao comércio eletrônico, pode ser recorrente a discussão sobre a não aplicação do artigo 49 do CDC em função de desse tipo de contratação não estar mencionada no dispositivo. No entanto, partir da análise do seu *caput*, percebe-se o uso da expressão “especialmente”, o que indica a não exclusividade apenas das formas de contratação a distância dadas pelo artigo.

Nelson Nery Junior leciona que “o caráter de *numerus apertus* desse elenco é dado pelo advérbio “especialmente”, constante da norma. Essa expressão indica claramente o propósito da lei de enumerar exemplos e não hipóteses taxativas”.¹⁰⁶ Ainda, destaca Bruno Miragem sobre a necessidade de o contrato ser realizado fora do estabelecimento comercial do fornecedor “tratando o legislador de exemplificar situações como contratações por telefone ou em domicílio, ao que se podem acrescentar as realizadas via internet.”¹⁰⁷

¹⁰³ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *op. cit.* p. 163.

¹⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1251.

¹⁰⁵ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 645

¹⁰⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Da proteção contratual*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 563.

¹⁰⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 416.

Faz-se necessária a observação de que o que ocorre quando o consumidor vai ao estabelecimento comercial é diferente do que ocorre quando acessa um determinado *site*. Quando o cliente vai até o estabelecimento, o faz por livre iniciativa, enquanto, quando está em meio eletrônico, o indivíduo é induzido, através de todo tipo de publicidade¹⁰⁸ a entrar em alguma página da Internet,¹⁰⁹ sendo possível constatar grande influência por parte do fornecedor na tomada de decisão do consumidor.

Dessa forma, conforme anteriormente mencionado, para dispor sobre a contratação frente ao comércio eletrônico e conseqüentemente sobre o direito de arrependimento, foi implementado o Decreto nº 7.962/2013. Em grande parte do decreto, tem-se disposições semelhantes às do PL 3514/2015.

Em seu artigo 1º, o Decreto define os aspectos que pretende abranger: “I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor; II - atendimento facilitado ao consumidor; e III - respeito ao direito de arrependimento.” Já o art. 5º do Decreto, que trata do direito de arrependimento, estabelece que:

Art.5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

§ 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou

II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

§ 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

Assim, como efeito do exercício desse direito, Miragem¹¹⁰ estabelece tem-se a necessária recondução ao estado anterior, ou seja, deve ocorrer a devolução

¹⁰⁸ Ver 2.1.1 sobre assédio de consumo.

¹⁰⁹ HERRMANN, Suzany Reck. *O direito de arrependimento do consumidor no comércio eletrônico*. Monografia do Curso de Especialização Lacto Sensu em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais. Porto Alegre, UFRGS, 2015. p. 18.

¹¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 417.

imediate dos valores que foram pagos pelo consumidor.¹¹¹ Segundo Antônia Klee, “o direito de arrependimento é *ex tunc*, e as partes voltam ao *status quo ante*.”¹¹² A título de verificação da importância da devolução imediata dos valores, é cabível mencionar Projeto de Lei nº 4678/2016, que acrescenta ao Código o artigo 79-A para dispor sobre a possibilidade de pena de um a seis meses ou multa para aqueles que deixarem de “de devolver de imediato e monetariamente atualizados quaisquer valores pagos pelo consumidor durante o período compreendido entre a compra e o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.”

Com relação a como esse exercício deverá ser realizado, há grande repercussão prática, visto que usualmente os fornecedores estipulam condição para este visando o desestimular, como exemplo comum está a imputação da responsabilidade ao consumidor pelos custos do reenvio do produto para o fornecedor¹¹³.

Há inclusive divergência doutrinária com relação a quem deveria arcar com tais custos. Por um lado, afirma-se que o consumidor pode optar pelo arrependimento, se suportar os gastos da devolução¹¹⁴, no caso de bem que lhe foi entregue em domicílio. Por outro lado, posição adotada majoritariamente, “qualquer estipulação contratual neste sentido configura cláusula abusiva, por força do disposto do artigo 51, I, II e IV do CDC.”¹¹⁵ Isto porque “quaisquer custos de reenvio, frete ou demais encargos estão abrangidos pelo risco do fornecedor”¹¹⁶.

Outra questão de importante relevância é a possível existência de restrições ao exercício do direito de arrependimento. Entretanto, é algo que necessita de muita cautela, dado que não existem exceções previstas em lei brasileira.¹¹⁷

¹¹¹ MIRAGEM, Bruno. Aspectos Característicos da Disciplina do Comércio Eletrônico de Consumo: Comentários ao Dec. 7.962, de 15.03.2013. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.86, p. 287-299, mar. – abr.2013. p. 293.

¹¹² KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 187.

¹¹³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 417.

¹¹⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2016. p. 213.

¹¹⁵ MIRAGEM, Bruno, 2016. *op. cit.* p. 418.

¹¹⁶ *Ibidem*. p. 418; No mesmo sentido NERY JÚNIOR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 563.

¹¹⁷ BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi da. O direito de arrependimento nas relações de consumo: desafios hermenêuticos e casos controvertidos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.105, p. 203-235, maio-jun. 2016. p. 213.

Seriam englobados aqui os casos nos quais o consumidor já consumiu o bem ou já se utilizou do serviço, ou seja, que não é possível retornar ao *status quo ante*, como caso exemplificativo, pode ser citado o julgado pela 4ª Turma de Recurso de Criciúma do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, trazido em artigo de Daniel Deggau Bastos e Rafael Peteffi da Silva, publicado em 2016, na Revista de Direito do Consumidor, sobre o direito de arrependimento nas relações de consumo.¹¹⁸

No julgado em questão, a Corte estadual não reconheceu a possibilidade de exercício do direito de arrependimento pelo consumidor pela aquisição de material fotográfico de formatura, em função da possibilidade de haver fraude, uma vez que seria fácil o consumidor providenciar cópia das fotos. Os autores afirmam não concordarem com a decisão, pois, na contratação à distância, está presente o déficit de informação, ou seja, o consumidor não tem conhecimento de algumas das características do produto, nesse caso, como exemplo, da qualidade das fotos. Ainda, afirmam que, no caso, decidir pela não aplicação do direito de arrependimento seria presumir a má-fé do consumidor, o que deveria ser comprovado pelo fornecedor, e não presumido para privar aquele mais vulnerável da relação de exercer seu direito.¹¹⁹

¹¹⁸ BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi da. O direito de arrependimento nas relações de consumo: desafios hermenêuticos e casos controvertidos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.105, p. 203-235, maio-jun. 2016. p. 213.

¹¹⁹ "Ação de rescisão contratual c/c reparação por danos materiais. Prestação de serviços de fotografia em formatura. Compra realizada fora do estabelecimento comercial. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* afastada. Aplicação da teoria da aparência. Direito de arrependimento exercido dentro do prazo legal. Aquisição de material fotográfico pós-formatura. Venda realizada na residência da recorrida, com a possibilidade de conhecer o produto na íntegra. Direito de reflexão que não se aplica nestes casos, pois a impressão das fotos retira do fornecedor o direito de restabelecer o *status quo ante*, haja vista a particularidade do objeto. Fato diverso das vendas à vista de amostragem ou pela internet. Serviço fotográfico que não possui controle contra cópias e demais fraudes. Legalidade da cláusula contratual n. 4, que funciona como uma garantia contra eventuais cópias não autorizadas do material fotográfico. Recurso provido. A compra realizada fora do estabelecimento só autoriza o direito de arrependimento naqueles casos em que é realizada à vista de amostras. A partir do momento que o consumidor conhece o produto que está adquirindo e sabe que é aquele que está em suas mãos que será entregue, é no ato da venda que deve arrepender-se, a não ser que o que entregue segue totalmente distinto, o que não ocorreu na espécie. Inviável, assim, aplicar no caso a regra do art. 49 do CDC (LGL\1990\40), cuja finalidade é 'proteger o consumidor de uma prática comercial na qual ele não desfruta das melhores condições para decidir sobre a conveniência do negócio' (REsp 57789/SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar)" (TJSC, Recurso Inominado 2013.400548-2, 4.a T. de Recursos de Criciúma, j. 19.11.2013, rel. Maurício Fabiano Mortari. Criciúma, 19.11.2013.) BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi da. O direito de arrependimento nas relações de consumo: desafios hermenêuticos e casos controvertidos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.105, p. 203-235, maio-jun. 2016. p. 213.

Outro exemplo dessa limitação do arrependimento seria a compra de jornais e revistas, que é abordado por algumas das legislações europeias¹²⁰, sob o fundamento de que a possibilidade do exercício desse direito poderia acarretar o abuso do direito dos consumidores frente aos fornecedores.

No que toca à compra de passagens aéreas, que será abrangida de forma mais aprofundada na terceira parte do trabalho, a questão da aplicação do direito em questão para compras realizadas pela Internet ou por outro meio de comunicação à distância ainda não foi pacificada na doutrina e na jurisprudência.¹²¹ Por um lado, tem-se o posicionamento de que deveria ser afastada a incidência da norma, visto que o consumidor teria consciência do que está adquirindo.¹²² Por outro lado, há a aplicação do artigo 49 do CDC com o fim social para qual a norma foi criada, de abranger a compra e venda contemporânea em decorrência dos riscos aos quais o consumidor está exposto. Riscos inerentes à tecnologia e aos tipos de venda aos quais está submetido frente à publicidade agressiva.¹²³

O posicionamento adotado no presente estudo, consoante ao que foi até agora demonstrado, é justamente o segundo, pois considera-se como o que está mais de acordo com os princípios da norma consumerista de proteção naquele que está em situação de vulnerabilidade. Com objetivo de afastar quaisquer dúvidas da possibilidade de concessão desse direito nesses casos, está a implementação, com base no projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional (ora PL 3514/2015), do artigo 49-A, o qual dispõe que:

Sem prejuízo do direito de rescisão do contrato de transporte aéreo antes de iniciada a viagem (art. 740, § 3.º, do CC), o exercício do direito de arrependimento do consumidor de passagens aéreas poderá ter seu prazo

¹²⁰ Portugal, Dec.-lei 143/2011, que dispõe: "Art. 7.º Restrições ao direito de livre resolução. Salvo acordo em contrário, o consumidor não pode exercer o direito de livre resolução previsto no artigo anterior nos contratos de: a) Prestação de serviços cuja execução tenha tido início, com o acordo do consumidor, antes do termo do prazo previsto no n. 1 do artigo anterior; b) Fornecimento de bens ou de prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações de taxas do mercado financeiro que o fornecedor não possa controlar; c) Fornecimento de bens confeccionados de acordo com especificações do consumidor ou manifestamente personalizados ou que, pela sua natureza, não possam ser reenviados ou sejam susceptíveis de se deteriorarem ou perecerem rapidamente; d) Fornecimento de gravações áudio e vídeo, de discos e de programas informáticos a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade; e) Fornecimento de jornais e revistas; f) Serviços de apostas e loterias.

¹²¹ TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracileia. A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 99, p. 307-332, mai.- jun. 2015. p. 318.

¹²² *Ibidem*. p. 318.

¹²³ *Ibidem*. p. 318.

diferenciado, em virtude das peculiaridades do contrato, por norma fundamentada das agências reguladoras.

No entanto, como será demonstrado, a definição desse prazo não poderia ser atribuída às agências reguladoras, visto que abriria um precedente perigoso no âmbito das relações de consumo.¹²⁴

2.2.2 Interpretação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor e conceito de estabelecimento comercial

Para aplicação do artigo 49 do CDC, faz-se necessário o preenchimento de dois requisitos: i.) que seja observado o prazo de sete dias e ii.) que a contratação se dê fora do estabelecimento comercial.¹²⁵ Assim, como o objetivo do direito de arrependimento é permitir que o consumidor verifique a equivalência entre sua expectativa e o produto real adquirido, deve ele utilizar-se do prazo de sete dias para verificar se o produto ou o serviço do fornecedor corresponde a essa expectativa.¹²⁶

Esse prazo deve ser contado, de acordo com o artigo 49, da assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço. Além disso, deve ser contado de maneira contínua¹²⁷ e deve ser decadencial.¹²⁸

De acordo com Antônia Klee, para contagem do prazo de reflexão, é necessária a aplicação do artigo 132 do CC, “excluindo-se o dia do início e incluindo-se o do final.”¹²⁹ Também faz-se importante ressaltar que, conforme elencado por

¹²⁴ TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracileia. A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 99, p. 307-332, mai.- jun. 2015. p. 318

¹²⁵ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 184.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 184/185.

¹²⁷ BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi da. O direito de arrependimento nas relações de consumo: desafios hermenêuticos e casos controvertidos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.105, p. 203-235, maio-jun. 2016. p. 206.

¹²⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 417.

¹²⁹ Sobre art. 132 CC: “Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento. § 1º Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil; § 2º Meado considera-se, em qualquer mês, o seu décimo quinto dia; § 3º Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência; 4º Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto.” KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *op. cit.* p. 187.

Nery Júnior, que “não se inicia nenhum prazo em feriado ou dia não útil e, se o dia do vencimento cair em dia não útil ou feriado, prorroga-se para o dia útil imediato.”¹³⁰

Outro fator importante referente a esse primeiro requisito do artigo 49 é a necessária comprovação de que o direito foi exercido dentro do prazo facultado pela lei.¹³¹ Acerca da comprovação, Alencar afirma: “O prazo de sete dias é o tempo que o consumidor tem para adotar as medidas necessárias no sentido de enviar ao fornecedor a comunicação de que se arrependeu da contratação”¹³², como exemplo também trazido pelo autor está a situação em que “o consumidor envia a comunicação via correios, com aviso de recebimento, no prazo de sete dias e esta correspondência só é entregue ao fornecedor 10 dias depois”¹³³, continua-se considerando que o exercício do direito está dentro do prazo legal.

É possível afirmar que, da mesma forma que a implementação do instituto do arrependimento, o prazo de sete dias que foi estipulado tem influência da legislação europeia. De acordo com a Diretiva 97/7/CE¹³⁴, relativa à proteção do consumidor nos contratos celebrados a distância, o prazo para rescindir o contrato sem pagamento de indenização e sem indicação do motivo é de sete dias úteis. No entanto, a partir de 2011, em função da implementação da Diretiva 2011/83/EU¹³⁵, a qual altera a Diretiva 97/7/CE, o prazo passou a ser de 14 dias.

¹³⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 560. (art. 132, § 1º, do Código Civil).

¹³¹ ALENCAR, Winston Neil Bezerra de. O direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.38. p. 287-310, jun. 2009. p. 295.

¹³² *Ibidem*. p. 295.

¹³³ *Ibidem*. p. 295.

¹³⁴ "Art. 6º, Direito de rescisão 1. Em qualquer contrato à distância, o consumidor disporá de um prazo de, pelo menos, sete dias úteis para rescindir o contrato sem pagamento de indemnização e sem indicação do motivo. As únicas despesas eventualmente a seu cargo decorrentes do exercício do seu direito de rescisão serão as despesas directas da devolução do bem." UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 20.05.1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos a distância. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31997L0007>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

¹³⁵ "Deve devolver os bens ou entregar-no-los ou a ... [insira o nome da pessoa e o endereço geográfico, se for caso disso, da pessoa que autoriza a receber os bens], sem demora injustificada e o mais tardar 14 dias a contar do dia em que nos informar da retractação do contrato. Considera-se que o prazo é respeitado se devolver os bens antes do termo do prazo de 14 dias." UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 25.10.2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Texto relevante para efeitos do EEE. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

O direito ao arrependimento, segundo Marques e Mendes¹³⁶, é um dos pilares centrais de proteção do consumidor no direito europeu e pode ser visto como um meio de fortalecer a autodeterminação do consumidor, para que seu consentimento seja de fato livre. Ainda, afirmam as autoras que, com relação à modificação do prazo para o seu exercício, a Diretiva veio para estabelecer uma unificação¹³⁷ além de proporcionar ao consumidor, com o prazo de 14 dias, um período que confere razoabilidade e suficiência ao seu período de reflexão.¹³⁸

Cabe observar que o prazo conferido pela legislação europeia é o dobro do prazo disposto no artigo 49 do CDC, o que poderia nos levar a questionar se o prazo de sete dias seria adequado e suficiente para que o consumidor possa pensar de forma consciente.

A partir da Diretiva 2011/83/EU, ainda conforme entendimento das autoras, foi possível perceber que são diferentes os motivos pelos quais se justifica o direito de arrependimento nos contratos celebrados à distância e nos realizados fora do estabelecimento comercial: “Enquanto no primeiro, a justificativa reside no fato de que o consumidor não consegue ver, nem testar o produto comprado, no segundo, o elemento surpresa ou de pressão psicológica justifica a possibilidade de retratação.”¹³⁹ O que nos leva ao segundo requisito do artigo 49.

Para a sua compreensão, faz-se necessária a diferenciação entre os contratos celebrados à distância e os realizados fora do estabelecimento comercial. Isso ocorre em função de o contrato que foi realizado fora do estabelecimento comercial, nem sempre ser considerado à distância. Inicialmente, esses tipos de contratos foram regulados pela Diretiva 85/577/CE¹⁴⁰, hoje, a Diretiva responsável por essa regulação, conforme visto, é a 2011/83/UE.

¹³⁶ MARQUES, Cláudia Lima; MENDES, Laura Schertel. Direito europeu muda nos contratos a distância e a domicílio: A nova diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza regime do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 81, p. 339-401, jan.-mar. 2012. p. 371.

¹³⁷ “[...]enquanto a Diretiva 97/7 mencionava que o exercício desse direito deveria se dar em pelo menos 7 dias úteis, a Diretiva 85/577 falava de 7 dias e a Diretiva 94/47 estabelecia 10 dias de calendário” *Ibidem*. p. 372.

¹³⁸ *Ibidem*. p. 372.

¹³⁹ “Isso se dá com base na definição dos dois tipos de contratos previsto no art. 2.o da Diretiva. Os contratos à distancia são aqueles celebrados exclusivamente por meio de comunicação a distância (correspondência, Internet, telefone ou fax). Já o contrato realizado fora do estabelecimento comercial é aquele realizado na presença física simultânea do profissional e do consumidor, mas fora do estabelecimento comercial.” *Ibidem*. p. 372.

¹⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 85/577/CEE do Conselho, de 20.12.1985*, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais. Disponível

A definição de contrato a distância e de técnica de comunicação a distância, foi dada pela Diretiva 97/7/CE, em seu artigo segundo, sendo que o conceito do primeiro está na alínea 1¹⁴¹ e do segundo, na alínea 4¹⁴², sendo necessário ressaltar que a técnica se dá sem a presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor. Como observado por Antonia Klee¹⁴³, esse instituto se diferencia do contrato realizado fora do estabelecimento comercial, uma vez que, neste caso, é possível que haja presença física, como quando ocorre venda a domicílio, ou não, no caso de venda por telefone.

Quando há troca imediata de informações entre fornecedor e consumidor, seja por *chat*, telefone ou qualquer outro meio que possibilite uma troca rápida de dados, poderia ser considerado o contrato como celebrado entre presentes. Consequentemente, não seria um contrato realizado à distância, porém, é necessário observar que seria contrato celebrados fora do estabelecimento comercial.¹⁴⁴ Ademais, conforme já elencado por Marques e Mendes, isso não impediria a aplicação do direito de arrependimento, mas apenas teria uma justificativa diferente para tal.¹⁴⁵

Como contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, considera-se aqueles em que o consumidor é surpreendido seja em casa seja por telefone seja no próprio ambiente de trabalho, através do computador, por técnicas agressivas de

em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31985L0577>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

¹⁴¹ Artigo 2º. Definições. Para efeitos da presente directiva, entende-se por: 1. Contrato à distância, qualquer contrato relativo a bens ou serviços, celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor, que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração." UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 20.05.1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos a distância. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31997L0007>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

¹⁴² "Artigo 2º. Definições. Para efeitos da presente directiva, entende-se por: 4. Técnica de comunicação à distância, qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes. Do anexo I consta uma lista indicativa das técnicas objecto da presente directiva." UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 20.05.1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos a distância. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31997L0007>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

¹⁴³ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 222.

¹⁴⁴ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito do comércio eletrônico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 256.

¹⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima; MENDES, Laura Schertel. Direito europeu muda nos contratos a distância e a domicílio: A nova diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza regime do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 81, p. 339-401, jan.-mar. 2012. p. 371.

venda, como pela publicidade agressiva. Em outras palavras, quando é levado em consideração o efeito surpresa, do qual decorre a situação na qual o consumidor tem que pagar um valor antes de poder analisar e examinar o produto ou serviço.¹⁴⁶

Segundo Antonia Klee¹⁴⁷, é importante que fique clara a distinção entre a expressão “estabelecimento comercial” e o conceito de empresa, visto que a definição do conceito de estabelecimento empresarial/comercial é de fundamental importância para a proteção do consumidor, no que toca ao seu direito de arrependimento: enquanto “a empresa é a unidade econômica de produção ou circulação de bens e serviços”¹⁴⁸, o estabelecimento é o instrumento utilizado para o exercício empresarial, ou seja, “é a reunião, de forma organizada, de todos instrumentos voltados ao desenvolvimento da atividade empresarial”¹⁴⁹.

Essa diferenciação é feita pelo próprio Código Civil, quando dispõe do conceito de empresa e de empresário no seu artigo 966¹⁵⁰, e de estabelecimento no artigo 1.142 do CC, no qual define que “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”¹⁵¹. A partir da leitura desses dispositivos, é possível constatar que “é no conceito de estabelecimento que se insere a noção do local onde o empresário desempenha sua atividade. Isto é, o local – seja ele físico ou eletrônico – não é o estabelecimento empresarial em si, mas dele faz parte.”¹⁵²

O conceito de estabelecimento eletrônico, por outro lado, deve ser analisado através da realização de um paralelo entre o mundo físico e o mundo virtual.¹⁵³ Segundo Fábio Ulhôa Coelho¹⁵⁴, a venda de produtos e prestação de serviços feitas

¹⁴⁶ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 218.

¹⁴⁷ *Idem*. O diálogo das fontes nos contratos pela internet: do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor. in MARQUES, Cláudia Lima, coordenação et al. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 432

¹⁴⁸ *Ibidem*. p. 430.

¹⁴⁹ *Ibidem*. p. 431

¹⁵⁰ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

¹⁵¹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Institui o Código Civil.

¹⁵² KLEE, Antonia Espíndola Longoni, 2014, *op. cit.* p. 212; e MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2016. p. 138.

¹⁵³ MARTINS, Guilherme Magalhães, *op. cit.* p. 139; COELHO, Fábio Ulhôa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. *Revista do advogado*. São Paulo, n. 89. p. 31-37, ano XXVI. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/89/index.asp?_qa=2.20054.4038.986163819.1527509884-420765851.1527086181#/31/zoomed>. Acesso em: 28 mai. 2018. p. 34.

¹⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhôa. *op. cit.* p. 34.

através da Internet pode ser considerada mais um canal de vendas, o qual integra o estabelecimento empresarial.

Uma vez que o estabelecimento empresarial é composto por bens (corpóreos ou incorpóreos) que podem vir a ser objeto de negócios jurídicos¹⁵⁵, o *site* é um elemento imaterial, ou seja, bem incorpóreo que compõe o estabelecimento e com o qual não se confunde, “o que é virtual é o meio de acesso, e não o estabelecimento.”¹⁵⁶ Assim, como bem elencado por Martins, constata-se que “a página que o fornecedor mantém na Internet integra o conjunto de bens mencionados no conceito legal de estabelecimento, isto é, o *site* não é o estabelecimento em si.”¹⁵⁷

Ademais, a existência desse *site* está condicionada a atos de gestão e administração de seus gerentes, controladores e diretores, que, em decorrência disso, deverão ter necessariamente um ambiente físico para desenvolver suas atividades. Sendo assim, o estabelecimento empresarial estará constituído no mundo físico e não no ambiente virtual.¹⁵⁸ Conforme mencionado por Klee, “o estabelecimento constitui, portanto, um bem incorpóreo, formado por um complexo de bens que não se fundem, mas mantém unitariamente sua individualidade.”¹⁵⁹ enquanto “o site, estabelecimento virtual, é a representação do estabelecimento no mundo físico.”¹⁶⁰

Portanto, mesmo que parte da doutrina¹⁶¹ tenha posicionamento diverso, é possível afirmar que a compra realizada pelo consumidor, em ambiente virtual, pode

¹⁵⁵ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. O diálogo das fontes nos contratos pela internet: do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima, coordenação et al. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 431; A título de exemplo: “São máquinas, equipamentos, ferramentas de trabalho, móveis, adubo, matéria-prima, mercadoria, produto, estoque, veículos, imóveis, marcas, patentes, nome empresarial, isto é, tudo que o empresário utiliza para atuar no mercado.” KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 212/213.

¹⁵⁶ KLEE, Antonia Espíndola Longoni, 2014, *op. cit.* p. 216, 227.

¹⁵⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2016. p. 138

¹⁵⁸ KLEE, Antonia Espíndola Longoni, 2012, *op. cit.* p. 433.

¹⁵⁹ KLEE, Antonia Espíndola Longoni, 2014, *op. cit.* p. 216, 217.

¹⁶⁰ KLEE, Antonia Espíndola Longoni, 2014. *op. cit.* p 217.

¹⁶¹ COELHO, Fábio Ulhôa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. *Revista do advogado*. São Paulo, n. 89. p. 31-37, ano XXVI. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/89/index.asp?qa=2.20054.4038.986163819.1527509884-420765851.1527086181#/31/zoomed>. Acesso em: 28 mai. 2018; “[...] não é necessariamente uma relação fora do estabelecimento empresarial, já que este deve ser apreciado pela sua existência na rede de computadores, e não fisicamente” SANTOLIM, Cesar

ser considerada fora do estabelecimento comercial, visto que o site não é o estabelecimento comercial em si.

Além disso, ainda que o *site* fosse considerado o estabelecimento comercial, continuaria sendo possível a aplicação do artigo 49 nas compras realizadas em meio eletrônico. Isso ocorre em função de que a intenção do legislador, ao acrescentar esse dispositivo no Código de Defesa do Consumidor, foi a de proteção do consumidor frente ao desconhecido e à sua conseqüente vulnerabilidade, sendo prerrogativa para esta que se estivesse fora do estabelecimento comercial, devido aos tipos de comércio existentes à época.

No entanto, como já observado, o fenômeno do comércio eletrônico traz diversas mudanças em vários âmbitos do direito civil, principalmente no que se refere à formação dos contratos de consumo, que passam a ser constituídos de forma que essa vulnerabilidade se torna agravada. Portanto, estar-se-ia frente a uma situação que merece a devida proteção por parte da legislação consumerista e, especialmente, a devida aplicação do instituto do direito de arrependimento.¹⁶²

Ademais, é válido pontuar o PL 9754/2018, que, além de reafirmar o dever de informar do fornecedor em meio eletrônico, estabelece, através da inclusão do § 1º no artigo 46 do CDC, a necessária veiculação de banner eletrônico advertindo o consumidor de todas as obrigações decorrentes do contrato, bem como possibilitando a desistência do negócio.

Com a implementação do Decreto nº 7.962 de 2013, a dúvida com relação a esta aplicação foi devidamente sanada, pois, conforme visto, em seu artigo primeiro, fala-se na regulamentação do CDC para dispor da contratação no comércio eletrônico e, entre os principais aspectos abrangidos, está o direito de arrependimento do consumidor diante desse tipo de contrato. Inclusive na jurisprudência brasileira¹⁶³, já é possível perceber a aplicação do art. 49 do CDC

Viterbo Matos. *A aplicação dos princípios de proteção do consumidor ao comércio eletrônico no direito brasileiro*. Tese de doutorado em Direito. Porto Alegre, UFRGS, 2004. p. 93-94.

¹⁶² Nesse sentido: “Esse sistema virtual, invariavelmente, é elaborado de modo a seduzir, incentivar e potencializar a compra impulsiva, o que justifica a aplicação do “direito de arrependimento” para restabelecer o status quo ante.” CRESPO, Danilo Leme. O direito e as novas tecnologias: visão contemporânea do tribunal de justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça sobre o “direito de arrependimento” no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.100, p.101-141, jun. 2017. p. 113.

¹⁶³ APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS C/C PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AQUISIÇÃO DE BILHETE AÉREO COM POSTERIOR DESISTÊNCIA DA VIAGEM. COMPRA PELA INTERNET. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. INAPLICABILIDADE DO ART.

para a compra de passagens aéreas feitas pela internet. Ficando, assim, clara a necessidade de proteção do consumidor frente à vulnerabilidade que está exposto quando firma contratos via Internet.

42, PARÁGRAFO ÚNICO DO CDC. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Não há por que o Código de Defesa do Consumidor não se aplicar aos casos de compra de passagens aéreas pela internet. A interpretação extensiva ao conceito de serviço, excluindo desse aquele oferecido pela internet na aquisição de bilhetes aéreos, além de militar em malam partem, com indiscutível prejuízo da parte mais vulnerável, sobretudo nas compras virtuais, não encontra correspondência no que dispõe o texto da legislação consumerista. ART. 49 DO CDC. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. Interpretação pontual, a partir do bom senso, no que se refere ao transporte aéreo. DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO. Tendo a autora desembolsado, pelo desfazimento do negócio, o valor relativo à taxa de cancelamento, deverá ser reembolsada dos valores que permaneceram sendo descontados nas faturas do seu cartão de crédito, considerando que o valor total da compra já havia sido repassado à apelada. Devolução de forma simples, pois não se flagra a figura do art. 42, Parágrafo único, do CDC. DANOS MORAIS. Inocorrência. Não se cuida do dano in re ipsa, pois o fato, por si, não deve ter provocado na autora mais do que sentimentos de contrariedade e até mesmo indignação, o que não traduz o abalo moral nem o estresse além do limite tolerável, de forma a merecer avaliação pecuniária. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70049155534, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 16/08/2012); DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. PROCON/DF. VICIO DE MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTENTE. REEXAME MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. COMPRA DE PASSAGEM AÉREA PELA INTERNET. APLICAÇÃO DO ART. 49 DO CDC. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. PRAZO DE REFLEXÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. O documento essencial à propositura da demanda (art. 283 do CPC) não se confunde com prova necessária ou indispensável (art. 332 do CPC), pois enquanto esta se refere a fato constitutivo do direito do Autor, necessária, portanto, à procedência do pedido; aquela diz respeito a requisito de admissibilidade da peça inicial. 2. O Instituto de Defesa do Consumidor - PROCON/DF, como autarquia integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, tem atribuição, autonomia e competência para processar, julgar e impor sanção ao fornecedor ou prestador de serviços que pratica conduta em afronta às normas de defesa do consumidor. 3. Inexistindo vício de motivação e fundamentação no processo administrativo, não é permitido ao Judiciário, reapreciar seu mérito, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. 4. A faculdade de desistir das compras realizadas fora do estabelecimento do fornecedor, prevista no art. 49 do CDC, aplica-se aos contratos de transporte aéreo de passageiros, formalizados através da internet. 5. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão n.825356, 20100112169790APC, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Revisor: ANGELO PASSARELI, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 08/10/2014, publicado no DJE: 16/10/2014. Pág.: 87).

3 O DIREITO DE ARREPENDIMENTO E O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS

Neste capítulo, tratar-se-á da relação do Código de Defesa do Consumidor com outras leis que tratam da situação de desistência da compra de passagens aéreas para definir qual é a mais adequada para a tutela do consumidor. Para a devida análise destes institutos, verificar-se-á as normas que tratam do contrato de transporte de pessoas, sua relação com o CDC e seu possível conflito com o Código.

Dessa forma, o presente estudo analisará a aplicação da legislação consumerista frente a esse tipo de contrato, considerando o seu caráter transversal e verificando se há algum tipo de incompatibilidade com os outros institutos. Então, será feita uma comparação entre os dispositivos que tratam do arrependimento, tanto na Lei nº 8.078 e quanto na Resolução da ANAC nº 400/2016.

Por fim, mas não menos importante, pontuar-se-á os argumentos contrários e os favoráveis à aplicação do artigo 49 do Código consumerista no caso de arrependimento do consumidor na compra eletrônica de passagens aéreas.

3.1 O contrato de transporte aéreo de passageiros e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

No que se refere ao contrato de transporte aéreo de passageiros, a legislação brasileira possui diversas normas que tratam do assunto. A título de exemplo, o Código Civil de 2002, o qual disciplinou o transporte de pessoas nos seus artigos 734 a 742 e o Código Brasileiro de Aeronáutica, que trata, no seu Título VII, Capítulo II, do contrato de transporte de passageiro.

Essa diversidade é decorrente da crise da pós modernidade, que é uma crise de insegurança manifestada através da fluidez, da narração, do campo de aplicação plural, do uso de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais, de acordo com o que foi elencado por Cláudia Lima Marques¹⁶⁴. Como solução para os problemas

¹⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 674.

decorrentes dessa crise, como o conflito entre leis, surge, através de Erik Jayme, o que foi denominado de “diálogo das fontes.”¹⁶⁵

Para aplicação desse método, que será aprofundado no capítulo seguinte, faz-se indispensável compreender os princípios que deram origem a determinada norma, através da compreensão das suas principais características, e os valores que precisam ser tutelados no caso concreto. Somente através dessa análise será possível perceber qual é a norma que confere à determinada situação uma tutela mais adequada.

3.1.1 A transversalidade do Código de Defesa do Consumidor e o diálogo das fontes.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi consagrada no ordenamento jurídico a figura do consumidor, através da instituição da sua proteção. Essa proteção foi concedida através de diversos dispositivos da Carta Magna, podendo ser considerados como artigos basilares o artigo 5º, inciso XXXII, que dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e o artigo 170, inciso V que trata da defesa do consumidor como princípio geral da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.¹⁶⁶

A preocupação com a tutela dos direitos do consumidor tem origem nos Estados Unidos, em 1962, quando o Presidente John Kennedy enunciou no Congresso norte-americano a necessidade desse tipo de proteção.¹⁶⁷ Após esse pronunciamento, foram diversas as leis aprovadas no país e as conferências internacionais com intuito protetivo consumerista, o que resultou em um número crescente de países que passaram a elaborar e promulgar leis com finalidades de proteção dos direitos do consumidor.¹⁶⁸

Um dos principais motivos para o surgimento de leis que conferissem tal proteção à parte mais vulnerável da relação de consumo foi certamente a nova realidade social industrializada e massificada pós Segunda Guerra Mundial, visto que, com ela, teve-se a alteração do próprio modelo de contrato anteriormente

¹⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 672.

¹⁶⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 46.

¹⁶⁸ *Ibidem*. p. 46.

utilizado.¹⁶⁹ Como explica Cláudio Bonatto, sobre o surgimento do CDC: “(...) surgiu para cumprir o objetivo maior de igualar os naturalmente desiguais, jamais podendo acontecer o contrário, isto é, desigualar os iguais”.¹⁷⁰

Outro importante fator levado em consideração foi a intervenção estatal para garantia de um mercado justo. Pode-se afirmar que “ou o Estado interferia na economia da relação entre fornecedor e consumidor ou seria a falência do sistema (...)”.¹⁷¹

No Brasil, conforme visto, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor em 1990, estabelecendo normas declaradamente de ordem pública e interesse social (art. 1º). Como normas de ordem pública, entende-se aquelas que o seu beneficiário não poderá abrir mão em proveito da outra parte¹⁷² ou ainda, como preleciona Maria Helena Diniz são aquelas que “determinam, em certas circunstâncias, a ação, a abstenção ou o estado das pessoas, sem admitir qualquer alternativa, vinculando o destinatário a um único esquema de conduta”¹⁷³.

Cláudia Lima Marques¹⁷⁴ ensina que são normas que interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares, uma vez que são dirigidas à proteção prioritária de um determinado grupo social, inafastáveis pela vontade individual. Quanto ao conceito de função social, a autora coloca que são leis “que nascem com a árdua tarefa de transformar uma realidade social, de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas”¹⁷⁵, ainda completa que, para que elas possam cumprir com seu papel “o legislador costuma conceder a essas novas leis um abrangente e interdisciplinar campo de aplicação”.¹⁷⁶

¹⁶⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 49.

¹⁷⁰ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*: principiologia, conceitos, contratos. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 30.

¹⁷¹ ALENCAR, Winston Neil Bezerra de. O direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 38. p. 287-310, jun. 2009. p. 292.

¹⁷² AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 230.

¹⁷³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 49.

¹⁷⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 678.

¹⁷⁵ *Ibidem*. p. 678.

¹⁷⁶ *Ibidem*. p. 678.

Segundo Bruno Miragem¹⁷⁷, o direito do consumidor passa a ser dentro do nosso ordenamento jurídico espécie de microssistema jurídico¹⁷⁸, o que faz com que o Código Civil perca condições de ser colocado como centro do direito privado, ou seja, dá lugar a novos estatutos que passam a constituir sistemas próprios. No próprio artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁷⁹, falava-se na elaboração de um código de defesa do consumidor, o que já indicaria “uma organização normativa sistemática, de regras e princípios”¹⁸⁰.

Assim sendo, entende-se que, em se tratando de relação de consumo, deve-se aplicar esta proteção do consumidor. No entanto, é importante pontuar que podem vir a surgir conflitos aparentes entre as leis, especialmente em relação às Leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor, e o advento do Código Civil de 2002.

Antônio Herman V. Benjamin estabelece que “o Código de Defesa do Consumidor pertence àquela categoria de leis denominadas “horizontais”, cujo campo de aplicação invade, por assim dizer, todas as disciplinas jurídicas”.¹⁸¹ Dessa forma, dá-se a devida importância para o que Erik Jayme, citado por Cláudia Lima Marques, denominou de diálogo das fontes.¹⁸²

Considera-se necessária a aplicação do diálogo das fontes, em síntese, naquelas situações nas quais há dúvidas acerca de qual lei deve-se aplicar a determinada relação jurídica ou a determinado contrato.¹⁸³ Esse método surge em função da insuficiência da técnica tradicional de solução de antinomias no complexo de normas existentes nos sistemas jurídicos contemporâneos, visto que importava em revogação tácita de uma lei em função do surgimento de outra.¹⁸⁴

¹⁷⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 53.

¹⁷⁸ No mesmo sentido, sobre o CDC: “Traz ele em si uma organização codificada marcada nitidamente por uma ideia centralizadora(...) já foi muito bem definido como um novo microssistema introduzido no direito brasileiro”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 683.

¹⁷⁹ “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Câmara dos deputados*.

¹⁸⁰ MIRAGEM, Bruno. *op. cit.* p. 54.

¹⁸¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.100, p. 23-37, jul.-ago. 2015. p. 29

¹⁸² MARQUES, Claudia Lima. *op. cit.* p. 671.

¹⁸³ *Ibidem*. p. 672.

¹⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: MARQUES, Cláudia Lima, coordenação et al. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 72.

O conflito entre as normas pode se dar através de antinomias, que podem trazer incompatibilidade às normas em função do valor ou do princípio que as originou. Como antinomia, adota-se a seguinte definição “contradição entre duas proposições filosóficas igualmente críveis, lógicas ou coerentes, mas que chegam a conclusões diametralmente opostas”¹⁸⁵. Juridicamente, tem-se a definição de “contradição real ou aparente entre leis, ou entre disposições de uma mesma lei, o que dificulta sua interpretação”¹⁸⁶, como um dos exemplos trazidos por Cláudia Lima Marques¹⁸⁷, está caso em que algumas leis pretendem privilegiar determinados grupos sociais e outras proteger outros grupos sociais.

Os critérios de solução de antinomias no direito considerados como clássicos são os que têm expressão através de três preceitos: o cronológico, o da especialidade e o hierárquico.¹⁸⁸ Assim, como sintetizado por Miragem, significaria dizer que “a) lei posterior derroga a anterior (*lex posterior derogat priori*); b) lei especial derroga geral (*lex specialis derogat generali*)(...) c) lei superior prefere à inferior (*lex superior derogat inferiori*).”¹⁸⁹

Há inclusive previsão para tais métodos na legislação brasileira, como no artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que define que “a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.¹⁹⁰ Contudo, é importante entender que esses critérios observam moderações, como a regra de que lei geral posterior não derroga a especial anterior.¹⁹¹

Através do método do diálogo das fontes, diferentemente, como lecionado por Marques:

O aplicador da lei deve examinar o conflito com olhos plurais, adaptando sua própria formação e seus preconceitos às necessidades desta sociedade de consumo e de informação, de rapidez fantástica e de produção legislativa cada vez mais impressionante e plural (...) de forma a dar efeito

¹⁸⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 147.

¹⁸⁶ *Ibidem*. p. 147.

¹⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 692.

¹⁸⁸ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: MARQUES, Cláudia Lima, coordenação et al. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 72-73; No mesmo sentido: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 693.

¹⁸⁹ *Ibidem*. p. 73.

¹⁹⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Planalto*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

¹⁹¹ MIRAGEM, Bruno, *op. cit.* p. 73.

útil a um grande número de normas, privilegiando as normas narrativas, os valores constitucionais e, sobretudo, os direitos humanos.

Dessa forma, para que seja utilizado o método de diálogo das fontes no caso do Código de Defesa do Consumidor, são necessárias algumas observações. Dentro do ordenamento jurídico, possui a Constituição Federal um lugar de codificação maior, que guia tanto o direito público quanto o direito privado, o que foi denominado por Konrad Hesse como “força normativa da Constituição”.¹⁹²

A ordem constitucional “é o primeiro dos fatores e o hierarquicamente mais forte a ser considerado pelo aplicador da lei.”¹⁹³ e tudo que dela recorre, tem extrema importância dentro do ordenamento jurídico. Vale então colocar que, em decorrência disso, no campo do direito privado, há superioridade hierárquica das normas de ordem pública, “uma vez que (...) positivam os valores básicos da sociedade e tendem a prevalecer sobre as outras de direito privado, na sua maioria disponíveis e de interesse prevalentemente individual.”¹⁹⁴

Portanto, como tem sido decidido pela jurisprudência em casos em que é estabelecida relação de consumo, é possível o reconhecimento da superioridade hierárquica do CDC frente às outras leis de direito privado¹⁹⁵. Inclusive frente ao Código Civil, visto que se optou por aplicar o instituto de forma estrita, preferindo a aplicação do CDC como norma especial e constitucionalmente hierarquizada para ser prevalente.¹⁹⁶

Faz-se ímpar, para essa interpretação, destacar três artigos do Código de Defesa do consumidor: o artigo 4º, que pode ser considerado como norma-guia e que rege os princípios basilares do código¹⁹⁷, o artigo 7º do CDC que dispõe o seguinte:

¹⁹² HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 9.

¹⁹³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 684.

¹⁹⁴ *Ibidem*. p. 694.

¹⁹⁵ “O STJ reconheceu esta superioridade hierárquica do CDC, como lei mais nova, diante do Código Brasileiro do Ar, como lei especial do transporte, e considerou revogadas as normas da lei especial que limitavam a indenização, priorizando o princípio da reparação integral imposto pelo CDC”; “O Supremo Tribunal Federal, no histórico julgamento da ADIn 2.591,1383 que concluiu pela constitucionalidade da aplicação do CDC a todas as atividades bancárias, reconheceu a necessidade atual do diálogo das fontes”. *Ibidem* p. 694.

¹⁹⁶ *Ibidem*. p. 710.

¹⁹⁷ *Ibidem*. p. 679.

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Sobre este artigo, considera-se que o CDC se deixa permear por outras normas, porém, desde que estas proponham uma alternativa mais favorável em relação ao consumidor. Isto porque o diálogo das fontes só pode ser usado a favor do sujeito vulnerável da relação jurídica ou então será analogia *in pejus*¹⁹⁸, Marques afirma que “a luz que ilumina o diálogo das fontes é (e deve ser) sempre a constitucional, valores dados e não escolhidos pelo aplicador da lei”¹⁹⁹, motivo pelo qual o diálogo das fontes deve ser sempre a favor do valor constitucional de proteção dos consumidores.

O que nos leva ao terceiro artigo destaque do Código, o artigo 119, o qual é o último dispositivo da legislação e coloca que “revogam-se as disposições em contrário”²⁰⁰, ou seja, mantém a possibilidade de revogação tácita daquelas normas que não condizem com o que está na lei. Necessário pontuar que as relações civis e comerciais que não se enquadram no conceito de relação de consumo continuam a ser reguladas por suas leis específicas, sem qualquer revogação.²⁰¹

Conclui-se que, em função do caráter horizontal do CDC e de seu valor constitucional, sempre que houver conflito entre normas, nos casos considerados relação jurídica de consumo, deve-se aplicar, através do método do diálogo das fontes, aquela disposição que beneficiar mais o consumidor, seja ela decorrente do Código Civil, CDC ou de alguma outra lei especial que confira à parte mais vulnerável da relação contratual a melhor situação.

No que concerne às normas aplicáveis ao tema do contrato de transporte aéreo de passageiros, temos no ordenamento jurídico brasileiro as seguintes: o Código Civil, que trata do transporte de forma geral em seus artigos 730 a 733, e mais especificamente do contrato de transporte de pessoas em seus artigos 734 a 742; e o Código Brasileiro de Aeronáutica, o qual dispõe do contrato de transporte

¹⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 792.

¹⁹⁹ *Ibidem*. p. 792.

²⁰⁰ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Planalto. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

²⁰¹ NERY JÚNIOR, Nelson in GRINOVER, Ada Pellegrini et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p 1064

aéreo nos artigos 222 a 226 e do contrato de transporte de passageiros nos artigos 227 a 234, entre outras disposições esparsas que tratam da relação entre passageiro e outros sujeitos envolvidos na execução do contrato.

Válido pontuar que, além dessas normas, o contrato de transporte aéreo de passageiros também é regulado por outras duas: pela Convenção de Varsóvia, ou Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, a qual trata do passageiro no decorrer de toda legislação seja para tratar da regras referentes à sua bagagem, seja para tratar da questão de atrasos e outras situações que podem vir a ocorrer quando da execução do contrato; e pela Resoluções da ANAC nº 400/2016, que trata, conforme dispõe seu artigo 1º das condições gerais aplicáveis ao transporte aéreo regular de passageiros, doméstico e internacional.

Dessa forma, em função da diversidade de normas aplicáveis a esse tipo de contrato, é necessário que se observe cada caso individualmente para verificar, através do diálogo das fontes, qual é a mais adequada. Porém, não restam dúvidas de que, como lecionado por Antônio Herman V. Benjamin²⁰², uma vez que o transporte aéreo é considerado como serviço de consumo, é regrado pelo Código de Defesa do Consumidor:

A Convenção, o Código Brasileiro de Aeronáutica e o Código de Defesa do Consumidor convivem de maneira harmoniosa, permanecendo aqueles dois primeiros documentos plenamente em vigor, exceto em relação a alguns de seus dispositivos, onde o conflito é evidente. Isso quer dizer que o Código de Defesa do Consumidor não revogou a integralidade da Convenção e do Código Brasileiro de Aeronáutica, a não ser onde patente a antinomia.

Especifica o autor que, com relação aos temas de controle de cláusulas abusivas, da publicidade, do banco de dados, da cobrança de dívidas e das práticas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor tem aplicação exclusiva.²⁰³ Ademais, foi consagrado pelo STJ, que o serviço público de transporte aéreo de passageiros se submete ao CDC²⁰⁴. Um exemplo dessa situação trazido por Cláudia Lima

²⁰² BENJAMIN, Antônio Herman V. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.100, p. 23-37, jul.-ago. 2015. p. 25.

²⁰³ *Ibidem*. p. 29.

²⁰⁴ STJ, REsp. nº 263.229-SP, 1ª Turma, Rel. Min, José Delgado, DJ 09/04.2001. MAFFINI, Rafael; PEDROLLLO, Gustavo; RAMOS, Letícia Ayres; OLIVEIRA, Rodrigo Fuhr; HEINEN, Juliano. Serviço Público e as noções jurídicas de “usuário” e de “consumidor” – Em torno do Estatuto dos Usuários de Serviços Públicos (Lei 13.460/17) In: MARTINI, Sandra, organização et al. *O movimento do saber: uma homenagem para Claudia Lima Marques*. v.VI Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017. p. 413.

Marques²⁰⁵, foi a verificação de conflito entre a Convenção de Varsóvia e o CDC acerca da responsabilidade civil do transportador, em caso de extravio de bagagens, e a solução encontrada pelo STJ estabelecendo a hierarquia superior da CF, especialmente ao dar base para o Código de Defesa do Consumidor de aplicação do CDC:

Editada lei específica, em atenção à Constituição (art. 5.o, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. Havendo antinomia, o previsto em tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível.²⁰⁶

Portanto, no que interessa o presente estudo, para que seja possível a verificação de quais situações seria aplicado o CDC frente às outras normas que abordam o contrato de transporte aéreo de passageiros, especialmente com relação ao dispositivo que trata do direito de arrependimento do consumidor, é indispensável que seja reconhecida a existência de relação jurídica de consumo entre transportador e passageiro.

3.1.2 O contrato de transporte aéreo de passageiros e a relação jurídica de consumo.

A definição do conceito de relação jurídica de consumo é de extrema importância para análise de quais são as situações que se enquadram no âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Ainda mais pelo fato de uma das principais alegações dada pelos fornecedores para escapar da aplicação das normas consumo é justamente a impossibilidade de caracterização de uma determinada situação como relação de consumo.²⁰⁷

²⁰⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 698.

²⁰⁶ “Responsabilidade Civil. Transportador. Limitação de Indenização. Código de Defesa do Consumidor. Convenção de Varsóvia. Editada lei específica, em atenção à Constituição (Art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. Havendo antinomia, o previsto em tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível. Recurso conhecido e não provido. (REsp 169.000/RJ, Rel. Ministro PAULO COSTA LEITE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2000, DJ 14/08/2000, p. 164)” *Ibidem*. p. 698.

²⁰⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 155.

Assim, apesar de não haver na legislação uma definição específica do que vem a ser a relação de consumo, há a definição de consumidor, de fornecedor e de bens e serviços. Esses conceitos, segundo Bruno Miragem, são “relacionais e dependentes”²⁰⁸, o que significa dizer que a existência de um está diretamente ligada à de outro.

De acordo com Cláudia Lima Marques²⁰⁹, o que define se uma relação é de consumo ou não é a identificação dos sujeitos da relação como consumidor e fornecedor, e a identificação da relação em questão como pertencente ao âmbito consumerista. Isto se dá através da inclusão ou exclusão de contratos especiais “como os contratos administrativos, os contratos de trabalho, ou as técnicas especiais de contratação”.²¹⁰

O conceito de consumidor é dado pelo artigo 2º do CDC, o qual define que: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (consumidor standard). A partir dessa definição, pode-se concluir que: “a) consumidores serão pessoas naturais ou jurídicas”²¹¹ e que “b) será consumidor tanto quem adquirir, ou seja, contratar a aquisição de um produto ou serviço, quanto quem apenas utilize este produto ou serviço”²¹².

No entanto, surge um problema a partir da interpretação da expressão “destinatário final”, visto que pode vir a ter mais de um significado. Entre as possíveis interpretações, segundo Miragem²¹³, estão: a) último destinatário do bem, visto que este deixará de existir após sua utilização; b) destinatário fático, que retirará o produto ou o serviço do mercado de consumo em decorrência de a sua utilidade sido usufruída de forma definitiva, mas que pode vir a reinserido com outra finalidade; c) destinatário fático e econômico, que exaure a vida econômica do bem, ou seja não volta a reempregá-lo.

O conceito de consumidor, conseqüentemente, pode ter mais de uma interpretação. Ainda segundo as lições de Bruno Miragem, “o conceito de

²⁰⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 155

²⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 303.

²¹⁰ *Ibidem*. p. 303.

²¹¹ MIRAGEM, Bruno, *op. cit.* p. 156.

²¹² *Ibidem*. p. 156.

²¹³ *Ibidem*. p. 157.

consumidor deve ser interpretado a partir de dois elementos²¹⁴, sendo o primeiro a aplicação do princípio da vulnerabilidade e o segundo a destinação econômica não profissional do produto ou do serviço em questão.

Marques define como consumidor aquele que “retira da cadeira de fornecimento (...) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo”²¹⁵, podendo ser essa pessoa tanto física quanto jurídica²¹⁶. A interpretação adotada pelo CDC é a de que consumidor vem a ser aquele que age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial²¹⁷.

A autora traz, para essa definição, os ensinamentos de duas correntes doutrinárias, os finalistas e os maximalistas²¹⁸. De forma sintetizada, é possível dizer que, para os primeiros, viria a ser consumidor aquele que é o destinatário fático e econômico do bem, que adquire ou utiliza o produto ou o serviço para uso próprio ou de sua família, podendo vir a ser relativizado quando comprovada vulnerabilidade. Já para os segundos, viria a ser consumidor aquele que é apenas o destinatário fático do produto, pois a disposição do artigo 2º seria puramente objetiva, não importando se há ou não a finalidade de lucro na conduta do indivíduo.

Portanto, constata-se que a legislação brasileira adotou a teoria finalista, visto que não obstante à adoção do conceito de consumidor como pessoa física ou jurídica que não reemprega o produto ou serviço no mercado com objetivo de lucro, admite-se, excepcionalmente, como ensina Miragem, que

[...] agentes econômicos de pequeno porte, quando comprovadamente vulneráveis, e que não tenham o dever de conhecimento sobre as características de um determinado produto ou serviço, ou sobre as consequências de uma determinada contratação, possam ser considerados consumidores para efeito de aplicação das normas do CDC.²¹⁹

Junto à definição dada pelo artigo 2º, *caput*, do CDC, foram estabelecidas três definições de consumidor equiparado, que são os casos nos quais se considera

²¹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.157.

²¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 304.

²¹⁶ MIRAGEM, Bruno, *op. cit.* p. 159.

²¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 28.

²¹⁸ MARQUES, Claudia Lima, *op. cit.* p. 306-309.

²¹⁹ MIRAGEM, Bruno, *op. cit.* p. 159.

consumidor para aplicação das normas de proteção do Código, as disposições estão no parágrafo único do artigo 2º, no artigo 17 e no artigo 29. Nos três casos, não é preciso que haja um ato de consumo, bastando apenas que o sujeito se enquadre em alguma das situações previstas no Código²²⁰, o que é denominado de *bystander*.²²¹

O parágrafo único do artigo 2º dispõe que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” É equiparação com finalidade instrumental, que serve para fundamentar a tutela coletiva dos interesses e direitos dispostos nos incisos I, II e III do artigo 81 do CDC ²²². O artigo 17 do CDC estabelece: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”, assim, procura regular a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, visto que se pressupõe a garantia de qualidade destes. ²²³

Já o artigo 29 do Código, coloca: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Esses capítulos são os referentes às disposições acerca das práticas comerciais e da proteção contratual do consumidor. A equiparação tem como objetivo a incidência das normas do CDC através da tutela coletiva, quando estiver presente a vulnerabilidade do contratante.²²⁴

Conforme refere Bruno Miragem, a aplicação do conceito de consumidor equiparado do artigo 29 tem sido aplicado nos Tribunais “em acordo com o princípio da vulnerabilidade presente no Código, ou ainda com os riscos que determinadas práticas comerciais oferecem à coletividade”²²⁵. Essa aplicação àqueles não considerados consumidores em sentido estrito demonstra a natureza expansível do Código de Defesa do consumidor, que parte do princípio da vulnerabilidade para delimitar o seu âmbito de aplicação.²²⁶

²²⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 159.

²²¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 390.

²²² MIRAGEM, Bruno, *op. cit.* p. 159

²²³ *Ibidem*. p. 160-161.

²²⁴ *Ibidem*. p. 163.

²²⁵ *Ibidem*. p. 163.

²²⁶ TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. In: _____. *Temas de Direito Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 133-134.

Já como fornecedor, considera-se “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” Na relação consumerista, é ímpar destacar que são os responsáveis pelos meios de produção que detêm todo o controle do mercado, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir.²²⁷

Diferentemente do que ocorre com a definição de consumidor, o conceito de fornecedor trazido pelo Código é amplo²²⁸, não há distinção da natureza, do regime jurídico ou da nacionalidade.²²⁹ Como lecionado por Bruno Miragem, “é correto indicar que são fornecedores, para efeitos do CDC, todos os membros da cadeia de fornecimento”.²³⁰

Como outro requisito para a compreensão do que vem a ser uma relação jurídica de consumo, está a determinação do seu possível objeto. A disposição está nos parágrafos 2º e 3º do artigo segundo do CDC, os quais definem: “§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e “§ 2º 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”.

Sobre a noção jurídica de serviço, faz-se necessário pontuar a expressão “mediante remuneração”, visto que pode se dar tanto de forma direta, através da contraprestação de um contrato de consumo, quanto de forma indireta, decorrente de vantagens econômicas do fornecedor, que podem ser percebidas de forma independente do contrato.²³¹ Ademais, é possível afirmar que a exclusão das relações trabalhistas se justifica em função da desigualdade existente entre consumidor e fornecedor, que se diferencia da existente entre consumidor e

²²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 69

²²⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 420.

²²⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 176.

²³⁰ *Ibidem*. p. 177.

²³¹ *Ibidem*. p. 188.

fornecedor, uma vez que esta não é uniforme, pois depende da análise de cada caso concreto para verificar o grau de vulnerabilidade presente na relação contratual.²³²

Importante ressaltar que há grande debate no direito brasileiro acerca da aplicação das normas de direito do consumidor aos serviços públicos. Cabe aqui um aprofundamento do tema em função do transporte aéreo de passageiros ser considerado um tipo de serviço público, pois se dá mediante concessão ou permissão administrativa.²³³

No Código de Defesa do Consumidor, a questão do serviço público está regulada nos artigos 3º, *caput*, que trata do conceito de fornecedor e estabelece a possibilidade de que este seja “pessoa de direito público”, as quais compete o disposto no artigo 175 da Constituição Federal; 4º, inciso VII, o qual coloca como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a melhoria dos serviços públicos; 6º, inciso X, que classifica a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral como um dos direitos básicos do consumidor; e 22, o que dispõe o seguinte: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

Todavia, segundo Bruno Miragem “em que pese a clareza das normas do CDC, algumas questões precisam ser enfrentadas com relação ao tema”²³⁴, entre elas estão a identificação de quais serviços públicos são abrangidos pela Lei Protetiva, de que modo a legislação consumerista incide sobre essa prestação de serviços e como dialogam com as normas de direito administrativo.

Ocorre que, para entendimento dessas questões, precisa-se compreender o conceito de serviço público. Tal conceito tem divergências na doutrina, por um lado Hely Lopes Meirelles define que serviço público é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples

²³² MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 189.

²³³ *Ibidem*. p. 517.

²³⁴ *Ibidem*. p. 193.

conveniências do Estado”²³⁵, por outro, para Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público é:

Toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.²³⁶

Partindo dessas definições, é possível afirmar que o serviço público pode ser realizado ou diretamente pelo Estado ou por delegação de outros entes, que tem como objetivo satisfazer interesses públicos e que é regido por normas públicas, sempre em benefício da coletividade. No entanto, como lecionado por Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, “naqueles pontos em que for reconhecida a existência de relação jurídica de consumo, evidentemente será aplicada a Norma Protetiva”²³⁷

Para verificar em quais situações essa figura está presente, faz-se a diferenciação entre serviços públicos próprios (*uti universi*) e serviços público impróprios (*uti singuli*).²³⁸ Os primeiros são aqueles executados de forma direta pela Administração, de modo difuso e para toda a coletividade, não podendo ser mensurados, delegados nem divisíveis²³⁹, como exemplo desse tipo de serviço tem-se todos aqueles que são mantidos por tributos, como o ensino público gratuito.

Já os segundos, são todos aqueles que podem ou não ser prestados pelo Estado, fruídos de forma individual, sendo consequentemente mensuráveis e que têm o seu pagamento feito através de tarifa, a título de exemplo: serviços de energia

²³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. atual. até a emenda constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p.378.

²³⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 92, de 12.7.2016, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2016. p.699.

²³⁷ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*: principiologia, conceitos, contratos. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.100.

²³⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 1, p. 130-148, jan.- mar. 1992. p. 130.

²³⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 194; no mesmo sentido: BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*: principiologia, conceitos, contratos. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.100.

elétrica e água.²⁴⁰ Sendo assim, como é de entendimento de Bonatto e Moraes²⁴¹, constata-se que serviços *uti universi* não sofrem incidência do CDC, uma vez que a natureza da taxa cobrada pode ser compulsória, o que iria diretamente contra o direito de livre escolha que faz parte da própria sistemática do Código de Defesa do Consumidor. Quanto aos serviços *uti singuli*, os autores afirmam podem ou não ser regidos pelo Código, visto que a tarifa, diferentemente, envolve relação com contornos de direito privado.

Da mesma forma, como elencado por Marques, haverá incidência do CDC quando houver a presença de remuneração em virtude de vínculo contratual, ou seja, sempre que estiver presente um consumidor.²⁴² Como destaque de relevância do tema trazido pela autora estão algumas das conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, no painel referente ao Direito Básico de Acesso ao Consumo, as de número 2, 3 e 4, das quais atenta-se a de número 2, que afirma:

Aplicam-se as normas do CDC aos serviços públicos executados mediante o regime da concessão, cabendo ao intérprete potencializar a utilização das normas do Código em conjunto com as regras protetivas do consumidor, existentes nas leis específicas que regulam cada um dos serviços²⁴³

Com intuito de proteção e defesa dos direitos daqueles que utilizam o serviço público prestado direta ou indiretamente pela administração pública, foi sancionada a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, ou Lei do Usuário. A alteração teve como objetivo regulamentar a participação do usuário de serviços públicos e se deu no âmbito da Reforma do Estado produzida, na redação do artigo 37, § 3º, pela Emenda Constitucional nº 19/98²⁴⁴. Conforme elencado por Bruno Miragem,

²⁴⁰ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*: principiologia, conceitos, contratos. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.100.

²⁴¹ *Ibidem*. p.101. No mesmo sentido MAFFINI, Rafael; PEDROLLLO, Gustavo; RAMOS, Letícia Ayres; OLIVEIRA, Rodrigo Fuhr; HEINEN, Juliano. Serviço Público e as noções jurídicas de “usuário” e de “consumidor” – Em torno do Estatuto dos Usuários de Serviços Públicos (Lei 13.460/17) In: MARTINI, Sandra, organização et al. *O movimento do saber: uma homenagem para Claudia Lima Marques*. v.VI Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017. p. 414.

²⁴² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 644.

²⁴³ *Ibidem*. p. 644.

²⁴⁴ MAFFINI, Rafael; PEDROLLLO, Gustavo; RAMOS, Letícia Ayres; OLIVEIRA, Rodrigo Fuhr; HEINEN, Juliano, *op. cit.* p. 417.

considera-se que “todo o consumidor de serviços públicos será considerado usuário, mas nem todo usuário pode ser considerado consumidor”.²⁴⁵

Isto porque, não são considerados consumidores todos aqueles que utilizam de serviço público *uti singuli*, porém, nos casos em que for o usuário enquadrado no conceito de consumidor anteriormente estudado, fica clara a necessária aplicação do CDC²⁴⁶. Apesar de haver essa distinção, as normas protetivas de consumo jamais poderão ser afastadas por esta razão, a própria lei do usuário dispõe em seu art. 1º, § 2º, inciso II que a aplicação da Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto no CDC.

Ademais, a própria lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal (Lei nº8.987/95) traz em seu capítulo III, dos direitos e obrigações dos usuário, o artigo 7º, *caput*, que coloca o seguinte: “Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:”. Assim sendo, é estabelecida mais uma vez a aplicação do CDC na prestação de serviços públicos que estiver configurada a relação de consumo. Nesse ponto, é relevante notar que o STJ “firmou entendimento no sentido de que o vínculo jurídico entre concessionária de serviço público e o usuário final, para o fornecimento de serviços públicos essenciais, tais como energia elétrica, é de natureza consumerista”.²⁴⁷

Segundo Cláudia Lima Marques²⁴⁸, os contratos de transporte definidos pelo artigo 730 do CC²⁴⁹, quando remunerados, de pessoas e passageiros e de suas bagagens serão sempre de consumo, pois é um contrato de prestação de serviços ligado a uma obrigação de resultado, a qual é fundada na confiança. Sobre o assunto, Miragem explica que, quando é caso de contrato de consumo, não há que se falar em transporte cortesia, mas que, a aplicação do CDC, no caso de direito à gratuidade, como é o exemplo de maiores de 65 em transporte coletivo, se justifica

²⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 195.

²⁴⁶ *Ibidem*. p. 195.

²⁴⁷ STJ, AgRG no AREsp. nº 468.064/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJE 07/04/0214. MAFFINI, Rafael; PEDROLLLO, Gustavo; RAMOS, Letícia Ayres; OLIVEIRA, Rodrigo Fuhr; HEINEN, Juliano. Serviço Público e as noções jurídicas de “usuário” e de “consumidor” – Em torno do Estatuto dos Usuários de Serviços Públicos (Lei 13.460/17) In: MARTINI, Sandra, organização et al. *O movimento do saber: uma homenagem para Cláudia Lima Marques*. v.VI Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017. p. 414.

²⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 528.

²⁴⁹ Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.

sob o prisma do artigo 2º, parágrafo único e artigo 17 do Código, pois “firmam a extensão do regime de responsabilidade do fornecedor”.²⁵⁰

No que se refere ao transporte aéreo, especificamente, pode-se dizer que recebeu um tratamento diferenciado pelo Direito, através da promulgação do CBA no nosso ordenamento jurídico, e que, dada a sua importância dentro da conjuntura do país atualmente, “pode ser mesmo caracterizado como serviço essencial, nos termos do art. 22 do CDC, exigindo e aceitando, como nenhum outro meio de transporte, a intervenção estatal, que regula desde os seus atributos de segurança até a distribuição de rotas.”²⁵¹

Antônio Herman V. Benjamin leciona que: “é inquestionável ser o transportador terrestre ou aéreo, doméstico ou internacional, “fornecedor”²⁵² bem como “não há que se duvidar que o transporte – terrestre ou aéreo, nacional ou internacional – é serviço”²⁵³, mas nem sempre, como já visto, será o usuário qualificado como consumidor. Assim, considerando o transporte aéreo de passageiros como serviço público *uti singuli*, dado que prestado mediante o pagamento de tarifa, cabe analisar as situações em que há presença da figura do consumidor para que seja necessário o cumprimento das normas protetivas do CDC.

Importante considerar que, conforme já visto, quando da formação do contrato eletrônico para compra de passagens aéreas, o passageiro deve disponibilizar uma série de dados e aceitar certas “condições contratuais”, visto que considerado contrato de adesão²⁵⁴. Dessa forma, segundo Bruno Miragem, com base nos artigos 54 do CDC²⁵⁵ e 423 do CC ²⁵⁶“caracterizando-se como contratos de adesão, ademais da proteção própria do consumidor, incide a regra de interpretação mais favorável ao aderente”.²⁵⁷

²⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 517.

²⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.100, p. 23-37, jul.-ago. 2015. p. 27.

²⁵² *Ibidem*. p. 26.

²⁵³ *Ibidem*. p. 26.

²⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 528; No mesmo sentido MIRAGEM, Bruno, *op. cit.* p. 82.

²⁵⁵ “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

²⁵⁶ “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

²⁵⁷ MIRAGEM, Bruno, *op. cit.* p. 517.

Além disso, nas situações que os passageiros são considerados os destinatários finais, as normas do CDC têm sido aplicadas de forma prioritária²⁵⁸. Sobre as normas de caráter horizontal e sua relação com as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive às relacionadas ao transporte aéreo, ensina Benjamin²⁵⁹:

[...] são normas que têm por função, não reger uma determinada matéria, mas proteger sujeitos particulares, mesmo que estejam eles igualmente abrigados sob outros regimes jurídicos. Daí o caráter “especialíssimo” do Direito do Consumidor. Enquanto que o Direito Aeronáutico é disciplina especial em decorrência da modalidade de prestação, o Direito do Consumidor é disciplina especial em razão do sujeito tutelado. E, como é curial, prepondera o sistema protetório do indivíduo em detrimento do regime protetório do serviço ou produto. É a fisionomia humanista que informa todo o Direito do *Welfare State*.

Portanto, sempre que estiver presente no contrato aéreo de passageiros a figura do usuário equiparado a consumidor, deverá ser aplicada a norma mais favoráveis à parte mais vulnerável da relação. Com base no estudo do diálogo das fontes e na compreensão dos princípios que regem o Direito do Consumidor, essa tutela é feita através do CDC e deverá este preponderar sobre as outras normas em caso de conflito.

3.2 O direito de arrependimento na compra de passagens aéreas

Levada em consideração a constatação de necessária aplicação do Código de Defesa do consumidor sempre que houver relação de consumo, verificar-se-á quais são as normas que regem a desistência do consumidor na compra de bilhetes de passagem, bem como a possibilidade de reembolso dos valores pagos. Isto porque, como o ponto central do trabalho é a análise da aplicação do direito de arrependimento à compra de passagens aéreas realizadas em meio virtual, é preciso que se tenha em mente quais são as outras normas que poderiam vir a conflitar com o artigo 49 do CDC.

Dessa forma, através da utilização do método de diálogo das fontes, será feita uma comparação entre essas normas para averiguar quais suas características

²⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. *Contrato de Transporte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 59.

²⁵⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.100, p. 23-37, jul.-ago. 2015. p. 29.

positivas e negativas em relação aos interesses do consumidor. Ademais, em razão da existência de pontos favoráveis de desfavoráveis à aplicação do dispositivo do CDC à situação mencionada, serão colocados lado a lado para ponderar a viabilidade da sua incidência.

3.2.1 Extinção do contrato de transporte por desistência do passageiro e o direito de arrependimento do consumidor.

No que concerne às normas que regulam o transporte aéreo de passageiros, conforme anteriormente mencionado, analisar-se-á essencialmente aquelas referentes ao cancelamento da viagem pelo passageiro em paralelo ao direito de arrependimento do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. É ímpar que se tenha clara essa distinção para verificar qual será a norma aplicável a cada possível situação, visto que “as características próprias do transporte aéreo de pessoas exigem que se examinem alguns aspectos da sua execução, em especial pela incidência do Código Brasileiro de Aeronáutica, e sua harmonização com o Código de Defesa do Consumidor”.²⁶⁰

O Código Civil, no capítulo em que trata do transporte de passageiros, especificamente na seção do transporte de pessoas, dispõe que:

Art. 740. O passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada.

§ 1º Ao passageiro é facultado desistir do transporte, mesmo depois de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor correspondente ao trecho não utilizado, desde que provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar.

§ 2º Não terá direito ao reembolso do valor da passagem o usuário que deixar de embarcar, salvo se provado que outra pessoa foi transportada em seu lugar, caso em que lhe será restituído o valor do bilhete não utilizado.

§ 3º Nas hipóteses previstas neste artigo, o transportador terá direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória.

O artigo traz a figura da rescisão do contrato de transporte por parte do passageiro e, como já analisado no presente estudo, a rescisão contratual se diferencia da figura do arrependimento do CDC. Isto por que, em que pese a rescisão contratual também dar fim ao contrato, como dito no § 3º do dispositivo, há

²⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. *Contrato de Transporte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 166.

a possibilidade de o transportador reter até cinco por cento do valor pago pelo passageiro pela compra da passagem, como multa pela desistência do contrato, e no direito de arrependimento disposto no artigo 49 CDC, não há essa possibilidade. Importante ressaltar que o valor de cinco por cento advém de regra imperativa, ou seja, não é possível que o valor ultrapasse esse parâmetro, sendo, em qualquer hipótese, necessária a restituição do restante²⁶¹.

Bruno Miragem ensina que, comparando a hipótese prevista no artigo 740 do CC com a do 49 do CDC, chega-se à conclusão que possuem a mesma natureza jurídica. “Trata-se de desistência ou arrependimento para qual não é necessário declinar motivo”.²⁶² Contudo, cabe observar que a aplicação de multa vai de encontro com o objetivo do arrependimento, pois, consoante ao que foi tratado no capítulo 2.2 desse trabalho, restou claro ter o instituto do artigo 49 intuito protetivo, em função da forma de contratação concebida, com o objetivo de evitar compras malsucedidas, de modo que o consumidor tenha tempo para refletir sobre determinada aquisição de bens ou serviços.²⁶³

Já no CBA, não há norma que disponha da possibilidade de desistência do passageiro após a compra de passagem, visto que já concedida essa possibilidade pelos dispositivos anteriores. Entretanto, há a mesma hipótese de reembolso do valor pago pelo passageiro em uma situação, que é a do artigo 229, o qual estabelece que: “O passageiro tem direito ao reembolso do valor já pago do bilhete se o transportador vier a cancelar a viagem.” Acerca desse dispositivo, leciona Miragem²⁶⁴, com base no artigo 14 do CDC²⁶⁵ que, quando o cancelamento for puro e simples, como regra, deve ser imputável ao transportador, a não ser por força maior ou por fato exclusivo do consumidor, quando este responderá igualmente pelas perdas e danos decorrentes do cancelamento.

Outra possibilidade de reembolso dos valores pagos por bilhete de passagem aérea, encontra-se no PLS 313/2013, que tem como propósito reconhecer os direitos básicos do consumidor de serviço de transporte aéreo de passageiros. O PLS propõe a inclusão do parágrafo único no artigo 6º do CDC, que traz incisos com

²⁶¹ MIRAGEM, Bruno. *Contrato de Transporte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 61.

²⁶² *Ibidem*. p. 184.

²⁶³ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 645.

²⁶⁴ MIRAGEM, Bruno, *op. cit.* p. 167.

²⁶⁵ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

os direitos básicos desse tipo de consumidor. Entre esses incisos, encontra-se o VI, tratando do reembolso dos valores pagos por bilhete de passagem não utilizado e estabelecendo o prazo de 30 dias após a data do voo para essa devolução, sob multa de cem por cento sobre o valor devido.

Como foi anteriormente visto, o transporte aéreo de passageiros é um tipo de serviço público, que exige e aceita a intervenção estatal para regular o seu funcionamento. Essa intervenção é feita de forma indireta, através da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).

A ANAC, criada em 27 de setembro de 2005²⁶⁶, é uma agência reguladora federal, que tem como responsabilidade a garantia do cumprimento da legislação do sistema aéreo brasileiro e o resguardo os interesses dos usuários nesse setor, “atua para promover a segurança da aviação civil e para estimular a concorrência e a melhoria da prestação dos serviços no setor”²⁶⁷. Como agência reguladora é entidade autárquica em regime especial²⁶⁸, incumbida “do desempenho de atividade típica de administração pública consistente na regulação e fiscalização de serviços públicos ou de outras atividades relevantes do Estado”²⁶⁹.

Essa regulação se dá através da elaboração de normas, certificação de empresas, oficinas, escolas, profissionais da aviação civil, aeródromos e aeroportos e fiscalização das operações de aeronaves, de empresas aéreas, de aeroportos e de profissionais do setor e de aeroportos, com foco na segurança e na qualidade do transporte aéreo²⁷⁰. Dessa forma, quando do estabelecimento de regras para o funcionamento da aviação civil no Brasil, a ANAC revisa, atualiza e edita regulamentos técnicos e relacionados a aspectos econômicos.

As regras são dadas a partir de instruções normativas, portarias, resoluções, entre outras. No presente trabalho, analisar-se-á a recente Resolução nº 400/2016

²⁶⁶ BRASIL. Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. *Planalto*. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil.

²⁶⁷ Informações colhidas a partir do site da ANAC. Disponível em: http://www.anac.gov.br/A_Anac/o-que-fazemos Acesso em 12 jun. 2018.

²⁶⁸ Art. 4º A natureza de autarquia especial conferida à ANAC é caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes.

²⁶⁹ MAFFINI, Rafael. *Elementos do direito administrativo*: atualizado até a lei 13.303/2016 (Estatuto das Estatais). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 300.

²⁷⁰ Informações colhidas a partir do site da ANAC. Disponível em: http://www.anac.gov.br/A_Anac/o-que-fazemos Acesso em: 12 jun. 2018.

da ANAC, que dispõe sobre as condições gerais de transporte aéreo e que foi intitulada como “As Novas Regras do Transporte Aéreo”²⁷¹.

A Resolução, como já mencionado, trata das condições gerais aplicáveis ao transporte aéreo regular de passageiros, doméstico e internacional. Abarca, em síntese, as obrigações prévias à execução do contrato, o despacho do passageiro e a efetiva execução contratual, e as obrigações pós contratuais.

Para que a análise não se torne exaustiva e para o propósito da presente pesquisa, é pertinente que se explore o artigo 11 da Resolução, dado que confere ao ordenamento jurídico mais uma possível condição de desistência da compra da passagem aérea pelo passageiro, coloca o seguinte:

Art. 11. O usuário poderá desistir da passagem aérea adquirida, sem qualquer ônus, desde que o faça no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, a contar do recebimento do seu comprovante.

Paragrafo único. A regra descrita no caput deste artigo somente se aplica às compras feitas com antecedência igual ou superior a 7 (sete) dias em relação à data de embarque.

A regra, ao mesmo tempo se diferencia, se aproxima dos artigos analisados anteriormente, pois, ainda que não estipule retenção de cinco por cento por parte do transportador em caso de desistência, como faz o artigo 740 do CC, confere ao passageiro prazo diferente do disposto no artigo 49 do CDC, visto que fala em 24h, e a norma consumerista em 7 dias. É este um dos pontos centrais desse trabalho: o conflito de uma norma de natureza administrativa, mas que responsável por regular o transporte aéreo, frente a uma norma de cunho constitucional, responsável por regular as relações de consumo.

Feita a comparação do dispositivo da Resolução com as normas anteriormente mencionadas, é possível concluir que: i.) Da mesma forma que o artigo 740 do CC em comparação com o 49 do CDC, o artigo 11 da Resolução também trata de desistência ou arrependimento para qual não é necessário declinar motivo; ii.) Diferentemente do artigo do Código Civil e semelhantemente ao artigo consumerista, não confere ao passageiro qualquer ônus decorrente da sua desistência; iii.) O artigo 11 da resolução estipula o prazo de 24 horas, a contar do recebimento do comprovante para desistência da passagem adquirida, enquanto o

²⁷¹ Informações colhidas a partir do site da ANAC. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/publicacoes/publicacoes-arquivos/novas_regras_do_transporte_aereo.pdf> Acesso em: 12 jun. 2018.

artigo 49 do Código, confere o prazo de 7 dias contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço; iv.) A norma administrativa impõe condição diferenciada do artigo 49 para o exercício do arrependimento, visto que, em seu parágrafo único estipula que só é possível o exercício desse direito com relação às compras feitas com antecedência igual ou superior a sete dias em relação à data de embarque, já a consumerista relaciona esse direito às contratações realizadas fora do estabelecimento comercial; vi.) A norma do CDC coloca que “os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados”, enquanto a da Resolução não especifica como proceder-se-á a condição de desistência “sem qualquer ônus”; vii.) O artigo 11 trata de usuário, já o artigo 49, de consumidor.

Vale observar que, apesar de o artigo 11 não condicionar esse exercício às compras feitas fora do estabelecimento comercial, as compras realizadas pela internet são hoje o meio mais comum para aquisição de passagens aéreas e estariam também enquadradas na hipótese desse dispositivo, desde que preenchidos os outros requisitos (24h e até 7 dias antes da data de embarque). Ademais, a norma fala em recebimento do comprovante e não especifica se o comprovante precisa ser físico ou eletrônico.

Considerando as semelhanças e as diferenças entre esses dispositivos, cabe o questionamento de quais seriam as situações regidas por cada um deles. Como já visto, pode-se afirmar que, quando há relação de consumo, devem ser aplicadas as normas do CDC em detrimento das demais que estiverem em conflito com estas²⁷². Nesse sentido, faz-se plausível trazer a observação de Cláudia Lima Marques²⁷³ sobre a importância do diálogo das fontes referentemente à aplicação da norma mais favorável ao exercício do direito do consumidor. Tema que, segundo a autora, é assunto de extrema relevância no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que foi objeto de tentativa de valoração do artigo 7º do CDC, com a propositura, pela Comissão de Juristas do Anteprojeto, de inclusão de um parágrafo 2º, o qual definiria

²⁷² “Editada lei específica, em atenção à Constituição (art. 5.o, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer” MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 698.

²⁷³ *Idem*. 25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela Revisão de 2015 das Diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 103, p. 55-100, jan.- fev. 2016. p. 63.

que: “Aplica-se ao consumidor a norma mais favorável ao exercício de seus direitos e pretensões”²⁷⁴.

Dessa forma, é necessário verificar em quais casos está presente a figura do usuário/consumidor e em quais casos está presente apenas a figura do usuário. Conforme mencionado anteriormente, Cláudia Lima Marques coloca que: “Quanto aos contratos de transporte (definidos pelo art. 730 do CC), são sempre de consumo o transporte remunerado de pessoas ou de passageiros e suas bagagens.”²⁷⁵, o que nos leva à conclusão de que, no caso de transporte aéreo de passageiros sujeito ao pagamento de tarifa, estará sempre configurada a relação de consumo.

Portanto, deverão, em quaisquer hipóteses de transporte aéreo de passageiros remunerado, ser aplicadas as normas do CDC preferencialmente em relação às outras, especialmente em relação às regulamentares²⁷⁶. Sendo assim, no caso de arrependimento na compra de passagens aéreas compradas em meio virtual, deverá ser aplicado o artigo 49 do CDC, e não o artigo 11 da Resolução 400/2016 da ANAC, devendo ser respeitado o prazo de 7 dias de reflexão e não o de 24h.

Todavia, apesar dessa conclusão que preza pela proteção do consumidor, é preciso verificar uma das sugestões de modificação do CDC através do PL 3514/2015, que optaria pela aplicação do artigo 11 da Resolução para a referida situação, pois indica a inclusão do artigo 49-A, o qual dispõe o seguinte:

Art. 49-A. Sem prejuízo do direito de rescisão do contrato de transporte aéreo antes de iniciada a viagem, nos termos do art. 740, § 3o, da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), o exercício do direito de arrependimento do consumidor de passagens aéreas poderá ter seu prazo diferenciado, em virtude das peculiaridades do contrato, por norma fundamentada das agências reguladoras.

Parágrafo único. A regulamentação prevista no caput deverá ser realizada no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias após a entrada em vigor desta Lei.

²⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. 25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela Revisão de 2015 das Diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 103, p. 55-100, jan.- fev. 2016. p. 63.

²⁷⁵ *Idem*. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 528.

²⁷⁶ “(...) o conflito entre as regras legais e regulamentares se resolve pela prevalência das primeiras”: JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

O dispositivo traz a possibilidade de regulamentação do prazo de desistência, no caso da compra de passagens aéreas, pelas agências reguladoras, sob a justificativa de esse tipo de contrato ser peculiar. Entretanto, como apontado por Flávio Tartuce e Gracileia Monteiro²⁷⁷ apesar da inovação do CDC vir em boa hora, em função da inclusão de dispositivos que tratam das compras efetuadas em meio virtual, seria necessário modificar a proposição legal do artigo 49-A, visto que essa atribuição dada às agências reguladoras abriria um precedente perigoso no âmbito das relações de consumo. Ademais, complementam que, em função das referidas peculiaridades, “melhor seria que a nova norma trouxesse um prazo de arrependimento de 72 (setenta e duas) horas antes do início da viagem, o que é mais bem adaptado à realidade das passagens aéreas”²⁷⁸.

No mesmo sentido, Guilherme Magalhães Martins²⁷⁹ analisa a proposição legal e afirma que tal dispositivo aduz um retrocesso em relação ao CDC, porquanto:

Tendo em vista a principiologia constitucional do Direito do Consumidor consagrado como direito fundamental e princípio geral da ordem econômica pela CF (art. 170, V), tal norma, caso sancionada, afigura-se materialmente inconstitucional, por atentar contra o princípio da dignidade da pessoa humana, não se justificando um tratamento diferenciado nos contratos de transporte aéreo, mediante regulamento.²⁸⁰

Também é relevante considerar a observância ao direito básico do consumidor à efetiva prevenção e à reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, disposto no artigo 6º, inciso VI do CDC frente à possibilidade de retrocesso que essa proposta de implementação pode acarretar. Isto porque, conforme lecionado por Benjamin²⁸¹, principalmente para garantia desse direito no que tange à responsabilidade civil dos fornecedores, o CDC revogou tacitamente, por incompatibilidade, os privilégios estatutários da indústria. Contudo, como justificativa para implementação dessa nova regra no Código, que apenas fala em características peculiares do contrato, é possível perceber justamente a sobreposição dos interesses industriais aos consumeristas, visto que atribui à

²⁷⁷ TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracileia. A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 99, p. 307-332, mai.-jun. 2015. p. 318.

²⁷⁸ *Ibidem*. p. 318.

²⁷⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2016. p. 239-240.

²⁸⁰ *Ibidem*. p. 240.

²⁸¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.100, p. 23-37, jul.-ago. 2015. p. 106.

agência reguladora possibilidade de estabelecer um prazo desfavorável ao consumidor e favorável às companhias aéreas, em relação ao já existente.

Portanto, a possível aprovação da inclusão desse dispositivo no Código de Defesa do Consumidor, iria contra os princípios constitucionais que regem o Direito do Consumidor. Mais ainda, iria contra uma das maiores vitórias consumeristas dos últimos 25 anos²⁸², que impediu privilégio de certos setores da economia em favor da parte mais vulnerável da relação, a ADIn 2591 (ADIn dos Bancos).

Utiliza-se aqui o mesmo argumento utilizado no julgamento da ADIn, para aplicação nas normas de conduta do CDC aos Bancos, para inderrogável aplicação da norma mais favorável ao exercício dos direitos e pretensões do consumidor. Ensinou o STF que:

A proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos representam compromissos inderrogáveis que o Estado brasileiro conscientemente assumiu no plano de nosso ordenamento jurídico (...) a Assembleia Nacional constituinte, em caráter absolutamente inovador, elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental (art. 5.o, XXXII), atribuindo-lhe, ainda, a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem jurídica (CF/1988 (LGL\1988\3), art. 170, V).²⁸³

Neste interim, cabe destacar a alteração proposta pelo PL 6533/2016 de inclusão do § 3º no artigo 9º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que trata da lei aplicável para qualificar e reger as obrigações em geral. É sugerida a seguinte redação: “Quanto às relações de consumo, aplicar-se-á a lei mais favorável aos interesses do consumidor dentre as que mantiverem conexão com o caso, seja ela integrante do ordenamento normativo brasileiro, estrangeiro ou de tratados ou convenções internacionais.”.

É sabido que o Projeto de Lei está em tramitação na Câmara do Deputados, e que, por isso, ainda não tem validade normativa, porém, é importante o destaque, dado que nos leva, mais uma vez, à verificação da afirmação de um diálogo das fontes positivo para o consumidor, através dos rumos que pretende tomar o ordenamento jurídico brasileiro.

²⁸² MARQUES, Claudia Lima. 25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela Revisão de 2015 das Diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 103, p. 55-100, jan.- fev. 2016. p. 60.

²⁸³ Trecho do voto do Min. Celso de Mello, do STF, no julgamento da ADI 2591, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142 RTJ VOL-00199-02 PP-00481, citado por *ibidem*. p. 60.

Destarte, pode-se concluir que, uma vez que todos os contratos não gratuitos de transporte aéreo de passageiros são considerados contratos jurídicos de consumo, que aos contratos de consumo devem ser aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor em detrimento das demais normas e que sempre deve ser aplicada a regra mais favorável ao exercício do direito do consumidor, deve incidir, no caso de arrependimento de compra eletrônica de passagem aérea, o disposto no artigo 49 do CDC. Isso pois, claramente, a norma mais benéfica ao consumidor vem a ser aquela que confere prazo maior para sua reflexão e, conseqüente, dá oportunidade de realização de uma compra consciente.

3.2.2 Síntese de argumentos contrários e favoráveis à aplicação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor em caso de arrependimento na compra eletrônica de passagens aéreas.

Dada a constatação de aplicação do artigo 49 do CDC frente ao artigo 11 da Resolução da ANAC, em caso de arrependimento do passageiro nas compras virtuais de passagens aéreas, é pontual que se faça um apanhado dos argumentos favoráveis e desfavoráveis ao emprego desse dispositivo a estas situações. No tocante à primeira parte do presente estudo, serão trazidos esses argumentos sobre a aplicação ou não do artigo na compra eletrônica, especialmente de passagens aéreas, então, em um segundo momento, serão analisadas as justificativas para utilização ou não do artigo 49 em vez do artigo 11.

Como ponto favorável principal para esta aplicação, encontra-se a condição específica de vulnerabilidade na qual figura o consumidor em meio virtual, que, em razão da imaterialidade do meio de contratação, “representa claro obstáculo de acesso ao fornecedor para exercício de qualquer pretensão, seja reclamação por vícios ou o exercício do direito de arrependimento”²⁸⁴. Para mais, porque quando este ingressa no mundo virtual, tem sua capacidade de controle diminuída, links e

²⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. Aspectos Característicos da Disciplina do Comércio Eletrônico de Consumo: Comentários ao Dec. 7.962, de 15.03.2013. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.86, p. 287-299, mar. – abr.2013. p. 291.

conexões o guiam, recebe propagandas que não requereu e tem poucas possibilidades de proteger seus dados e, conseqüentemente, sua privacidade.²⁸⁵

Englobado nessa condição de vulnerabilidade encontra-se outro aspecto positivo ao exercício do direito de arrependimento nas compras feitas pela Internet, a compra irrefletida em função de estratégias agressivas de *marketing*. Consoante ao que já foi demonstrado, quando o usuário acessa o ambiente eletrônico, fica exposto aos mais diversos tipos de oferta e, na maior parte das vezes, essa oferta é recebida sem a solicitação do consumidor, através do chamado *spam*²⁸⁶ e está relacionada a alguma pesquisa anteriormente feita pelo internauta, o que acontece em função dos programas de *cookies*²⁸⁷.

Outro ponto a favor é o entendimento, por parte da doutrina²⁸⁸, de que compras eletrônicas se dão, em consonância ao artigo 49, fora do estabelecimento comercial. Considera-se assim pois, com os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, considera-se aqueles decorrentes de um efeito surpresa, ou seja, quando o consumidor é surpreendido por técnicas agressivas de venda²⁸⁹.

Ademais, acerca desse posicionamento, como mais um argumento favorável à aplicação do dispositivo está, como já visto, o caráter *numerus apertus* do artigo 49, tratando-se de rol exemplificativo e não taxativo²⁹⁰. Sendo possível, assim, incluir os contratos celebrados pela internet entre essas possibilidades.

Mais um ponto é a sugestão de alteração do Código de Defesa do consumidor em tramitação na Câmara dos Deputados, o PL 3514/2015, que, entre as mudanças propostas está a inclusão do parágrafo segundo no artigo 49, o qual diz o seguinte: “Por contratação a distância entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento ou sem a presença física simultânea do consumidor e do

²⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 72.

²⁸⁶ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 392.

²⁸⁷ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre o banco de dados eletrônicos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 46, p. 77-119, abr.-jun. 2003. p. 93.

²⁸⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 416; KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 218; FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito do comércio eletrônico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 256; MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2016. p. 138.

²⁸⁹ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 218.

²⁹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Da proteção contratual*. In GRINOVER, Ada Pellegrini et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 563.

fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, por reembolso postal ou por meio eletrônico ou similar.”. Essa proposta é favorável, pois demonstra os caminhos que o nosso ordenamento jurídico pretende trilhar e, dessa forma, evidencia a aplicação do dispositivo com o fim social para qual foi criado, de abranger a compra e venda contemporânea em decorrência dos riscos aos quais o consumidor está exposto.²⁹¹

Além destes, como já analisado, está o próprio entendimento jurisprudencial brasileiro²⁹², que tem se posicionado favoravelmente à tutela do consumidor, através do direito de arrependimento, nos contratos formalizados através da Internet. Por fim, e que torna a aplicação do artigo 49 do CDC às compras eletrônicas estreme de dúvidas, está o Decreto nº 7.962/2013. Isto por que trata da regulamentação do CDC para dispor da contratação no comércio eletrônico e, entre os principais aspectos tutelados, está o direito de arrependimento do consumidor.

Por outro lado, como ponto desfavorável, está a necessidade de distinção entre as compras de bens e serviços que o consumidor pode ou não pode se arrepender. Isto porque há determinadas compras, como a de filmes e a de músicas, por exemplo, que poderiam acarretar abuso de direito por parte de alguns consumidores imbuídos de má-fé, dado que ele poderia vir a usufruir do produto e desistir depois apenas para ter o valor reembolsado.²⁹³

No entanto, não é possível negar essa faculdade de arrepender-se de compras realizadas na internet a todos os consumidores em função de, em alguns casos, poder haver fraude. Sendo necessário, então, que seja verificado caso a caso a natureza do produto e do serviço que está sendo comprado, para aplicação do instituto ao caso concreto²⁹⁴.

Outro argumento desfavorável seria a necessária verificação da existência de déficit de informação ou déficit de reflexão para o a revogação unilateral do contrato,

²⁹¹ TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracileia. A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 99, p. 307-332, mai.- jun. 2015. p. 318.

²⁹² Apelação Cível Nº 70049155534, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 16/08/2012; Acórdão n.825356, 20100112169790APC, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Revisor: ANGELO PASSARELI, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 08/10/2014, publicado no DJE: 16/10/2014. Pág.: 87.

²⁹³ BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi da. O direito de arrependimento nas relações de consumo: desafios hermenêuticos e casos controvertidos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.105, p. 203-235, maio-jun. 2016. p. 213.

²⁹⁴ *Ibidem*. p. 213.

pois são essas as duas principais justificativas para o direito de arrependimento²⁹⁵ e, caso não estivessem presentes no momento da compra, invalidariam a possibilidade de desistência. Porém, como se trata de um direito legítimo, não depende de nenhuma justificativa por parte do consumidor²⁹⁶, como anteriormente demonstrado.

As consequências econômicas decorrentes da utilização do instituto são certamente um contra-argumento à aplicação do artigo 49 às compras realizadas pela Internet, pois como afirmado por Cesar Santolim, “a amplitude desnecessária do “direito de arrependimento” importará em custo de transação adicional, que, fatalmente, será suportado por todos os consumidores, mesmo aqueles que não o exercerem.”²⁹⁷

Quanto a compra eletrônica de passagens aéreas, tem-se como ponto negativo o fato de o consumidor saber o que está sendo adquirido, ou seja, difere-se das compras de bens passíveis de desistência pelo fato de o consumidor receber o produto em casa e ser algo diferente do que ele imaginou, ou seja, por déficit de informação. No entanto, como restou demonstrado, o problema reside na forma que essa contratação se deu, em função dos possíveis motivos que fizeram o consumidor acessar o site da companhia aérea e efetuar o pagamento, em função da possibilidade de déficit de reflexão ocasionado pela publicidade invasiva.

Ademais, como argumento positivo para a desistência da compra de passagens aéreas, está o reconhecimento pela própria ANAC dessa possibilidade, que, através do dispositivo da Resolução 400/2016, conflitante com o do CDC, conferiu ao usuário a faculdade de desistência da compra. Fora a aplicação pela jurisprudência²⁹⁸ nas situações em que foram compradas passagens por meio

²⁹⁵ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor na parte referente ao comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 83, p. 73-82, jul.- set. 2012. p. 78.

²⁹⁶ TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracieleia. A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 99, p. 307-332, mai.- jun. 2015. p. 315/316.

²⁹⁷ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos, *op. cit.* p. 78.

²⁹⁸ “Alguns julgados do TJRS que reconhecem o direito de arrependimento do consumidor no caso de compra de passagens aéreas pela Internet: RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais. Recurso Inominado 71003177185, da 3.a T. Recursal Cível. Recorrente: Decolar.com Ltda. Recorridos: Adriana Grace Mônaco e Norberto Poersch Frigo. Relatora: Juíza Adriana da Silva Ribeiro. Porto Alegre, 15.12.2011._____. Turmas Recursais. Recurso Inominado 71003131323, da 2.a T. Recursal Cível. Recorrente: Decolar.com Ltda. Recorridos: Marcio Callegari e Cristiane Maria Dias Natálio. Relatora: Juíza Maria Cláudia Mércio Cachapuz. Porto Alegre, 23.05.2012._____. Tribunal de Justiça. ApCiv 70049155534, da 12.a Câm. Civ. Apelante: Salete Coradi Costa. Apelada: VRG Linhas Aéreas S.A. Relatora: Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebut. Porto Alegre, 16.08.2012._____. Turmas Recursais. Recurso Inominado 71004007704, da 3.a T. Recursal Cível. Recorrente: Mariana Candal Soares. Recorridos: Saraiva e Siciliano S.A. e Webjet. Relator: Juiz Luís

virtual. Não restando dúvidas quanto à incidência do dispositivo nos casos de compras virtuais de passagens aéreas.

Com relação à utilização do dispositivo do CDC frente ao da Resolução, pode-se perceber, como argumento favorável, o fato de que, quando existente relação de consumo, devem ser aplicadas as normas mais benéficas ao consumidor. Conforme demonstrado, no caso de contrato de transporte aéreo de passageiros, há sempre relação de consumo. Assim, em decorrência da origem constitucional do CDC, da sua força valorativa resultante dessa “ancoragem” e do seu efeito horizontal, uma vez que tutela direitos fundamentais, bem como de o consumidor ser sujeito de direitos fundamentais, deve ser aplicado o Código através de um diálogo das fontes sempre em prol da defesa do mais vulnerável da relação.²⁹⁹

Já como um dos únicos pontos negativos principais para incidência do artigo 49 na compra de passagens aéreas, está a forma que se dá a precificação destas, visto que tem como um dos fatores a quantidade de assentos comercializados. Isto ocorre em função de um indicador de rentabilidade da demanda, intitulado como Yield, utilizado pelas empresas aéreas para verificar o valor que precisa ser cobrado para cobrir custos relacionados com decolagem, aterrissagem, atendimento em terra aos passageiros, entre outros gastos da manutenção da companhia.³⁰⁰

Suscintamente, o Yield é calculado através do valor da Tarifa Média, que corresponde ao valor médio pago por passageiro em ligação aérea (independentemente das escalas e conexões realizadas) e que é calculada por meio da média ponderada da tarifa aérea comercializada, conforme a correspondente

Francisco Franco. Porto Alegre, 14.03.2013._____. Turmas Recursais. Recurso Inominado 71005435227, da 1.a T. Recursal Cível. Recorrente: Leônidas Soster. Recorrido: TAM Linhas Aéreas S.A. Relator: Juiz Pedro Luiz Pozza. Porto Alegre, 23.04.2015.” KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Comentário à Ap 20100112169790: compra de passagem aérea pela internet. Aplicação do art. 49 do CDC (LGL\1990\40). Direito de arrependimento. Prazo de reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 100. ano 24. p. 549, jul.-ago. 2015; “(...)outras tantas ementas aplicam com justiça o art. 49 do CDC para as compras de passagens aéreas pela Internet ou telefone, pois o fim social da norma é justamente a de abranger a hipótese de compra e venda contemporânea”: TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracieleia. A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 99, p. 307-332, mai.- jun. 2015. p. 318.

²⁹⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.409.

³⁰⁰ Dados coletados no Relatório de Yield Tarifa do site da ANAC. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/arquivos/relatorio-de-yield-tarifa-versao-007.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

quantidade de passageiros transportados, dividido pelos quilômetros rodados³⁰¹. São fatores que influenciam no seu valor a concorrência, nível da demanda, oferta, quilometragem, perfil do usuário e câmbio, assim, uma vez que se tem alteração em qualquer um desses fatores, tem-se o valor do Yield alterado e, conseqüentemente, da passagem aérea também. Digamos, por exemplo, que, quando um determinado número de usuários compra um número “x” de passagens, o valor das passagens restantes pode aumentar ou diminuir.³⁰²

Então, o problema da aplicação do artigo 49 reside no fato de que, quando o consumidor tem sete dias para refletir sobre a compra feita, o valor da passagem já pode ter variado diversas vezes, podendo o fornecedor ter que vir a arcar com custos decorrentes da devolução, dado que o usuário pode ter adquirido o bilhete aéreo por determinado valor e, quando desistiu, o valor da passagem já havia baixado, tendo esta que retornar ao mercado por um valor menor do que havia sido vendida anteriormente.

Dessa forma, certamente seria mais adequada, nesses casos, a aplicação do artigo 11 da Resolução da ANAC, pois, como o prazo conferido é de 24h, as chances de que a passagem aérea tenha tido seu valor modificado é muito menor do que quando conferido o prazo de 7 dias, fazendo com que a companhia aérea corra menos riscos de ter algum prejuízo. Ademais, o artigo da Resolução 400/2016, como já visto, diferentemente do artigo 49, coloca a condição de 7 dias antes da data do embarque para o exercício desse direito, para que não haja possibilidade de nenhuma surpresa perto da data da viagem.

Contudo, como já mencionado, por mais que o fornecedor tivesse que arcar com alguns custos decorrentes da desistência do consumidor, não existe a possibilidade de que os interesses da indústria sejam colocados a frente dos interesses dos consumidores³⁰³. Ademais, como também falado, claro que é necessário que sejam observadas as situações nas quais encontram-se consumidores de má fé, mas, no caso das passagens aéreas, seria improvável que

³⁰¹ Dados coletados no Relatório de Yield Tarifa do site da ANAC. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/arquivos/relatorio-de-yield-tarifa-versao-007.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

³⁰² Dados coletados no Relatório de Yield Tarifa do site da ANAC. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/arquivos/relatorio-de-yield-tarifa-versao-007.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

³⁰³ BENJAMIN, Antônio Herman V. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.100, p. 23-37, jul.-ago. 2015. p. 106.

isso ocorresse, visto que não se vislumbra benefício algum na hipótese de um usuário que compra um bilhete com intenção de posterior desistência.

Restando claro que esse argumento desfavorável à aplicação do artigo do CDC não é suficiente, cabe tratar aqui, então, de fator que viria a autorizar o disposto no artigo 11. Mesmo sendo a sugestão da reforma do CDC positiva para a regulamentação dos direitos dos consumidores nas compras feitas pela internet, deve-se atentar, ao disposto no artigo 49-A do Decreto nº 3514/2015, apresentado no capítulo anterior, que confere às agências reguladoras a possibilidade de fundamentar norma que confira prazo diferenciado para desistência da compra de passagens aéreas.

Acontece que, como dito, essa atribuição dada às agências reguladoras abriria um precedente perigoso no âmbito das relações de consumo.³⁰⁴ Isto porque, da forma como está colocado o dispositivo da Resolução, pode-se afirmar, como será visto a seguir, que não é apropriado, mas, com o advento desse artigo, ter-se-ia a possibilidade de regulamentação de assunto consumerista, conseqüentemente, constitucional, por agências que não são dotadas desse tipo de poder.

Para tanto, é indispensável falar do poder normativo das agências reguladoras. Como lecionado por Marçal Justen Filho, “A competência normativa consiste no poder de produzir normas de conduta, em virtude da qual são gerados comandos destinados a regular a conduta intersubjetiva (...) é o poder estatal de produzir atos de cunho vinculante para a conduta humana.”³⁰⁵ Complementa o autor afirmando que as categorias de atos normativos são destituídas de condição de inovação e apresentam cunho secundário, decorrentes de lei, que é o instrumento de inovação primária na ordem jurídica.³⁰⁶

É fato que é conferido, pela Constituição, à administração pública o poder regulamentar, mesmo que, muitas vezes, de forma implícita, ou seja, não decorrente de lei ordinária. Todavia, essas atribuições devem ser interpretadas através do princípio “*implied powers*”³⁰⁷, em função do seguinte: “Se, por exemplo, a

³⁰⁴ TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracileia. A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 99, p. 307-332, mai.- jun. 2015. p. 318.

³⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Diáletica, 2002. p. 485.

³⁰⁶ *Ibidem*. p. 485.

³⁰⁷ “legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais”: ARAGÃO, Alexandre Santos. O poder

Constituição estabelece que a Administração Pública deve prestar determinado serviço público (fim), não teria sentido que ela, independentemente da existência de lei ordinária, não pudesse regulamentar a sua prestação (meio)".³⁰⁸

Entende-se, portanto, que a CF atribuí à administração pública do dever de promover o interesse público, mas deve-se ter em mente que não é possível extrair dessa atribuição alguma competência normativa determinada e autônoma³⁰⁹. O que nos leva ao questionamento acerca de quais seriam então os limites desse poder normativo.

Para responder a esta pergunta, segundo Rafael Maffini³¹⁰, precisamos primeiramente ter em mente respostas para quatro indagações:

- a) Pode a Administração Pública, na sua atividade normativa, criar normas gerais e abstratas para a explicação de regras previstas em leis em sentido formal?
- b) Pode a Administração Pública, na sua atividade normativa, criar normas gerais e abstratas que contrariem regras previstas em leis em sentido formal?
- c) Pode a Administração Pública, na sua atividade normativa, criar normas gerais e abstratas para explicação de conceitos (ou standards) contidos em lei em sentido formal?
- d) Pode a Administração Pública, na sua atividade normativa, criar normas gerais e abstratas sem que estejam embasadas em leis em sentido formal?

Primeiramente, vale ressaltar que, como leis em sentido formal entende-se como aquelas produzidas de acordo com o processo legislativo previsto nos arts. 59 a 69 da CF.³¹¹ Seguindo às respostas dos questionamentos, tem-se que, com relação à primeira pergunta, a resposta é afirmativa, pois, como já mencionado, é exatamente esse o papel da Administração Pública, sendo a edição de normas *secundum legem*,³¹²

normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a.37, n. 148, p. 275-299, out.-dez. 2000. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf>>. Acesso em: 24 jun.2018. p. 288.

³⁰⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a.37, n. 148, p. 275-299, out.-dez. 2000. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf>>. Acesso em: 24 jun.2018. p. 287.

³⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Diáletica, 2002. p. 493.

³¹⁰ MAFFINI, Rafael. *Elementos do direito administrativo: atualizado até a lei 13.303/2016 (Estatuto das Estatais)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 89-90.

³¹¹ *Ibidem*. p. 88.

³¹² *Ibidem*. p. 89.

Quanto à segunda indagação, a resposta também parece óbvia, no sentido negativo, dado que a Administração Pública não poderia editar normas administrativas *contra legem*.³¹³ Já a resposta à terceira pergunta, segundo o autor, merece maiores cuidados³¹⁴. A justificativa para isso está no fato de que poder-se-ia pensar que se trata de hipótese de norma administrativa independente ou autônoma, mas fala-se aqui de regras jurídicas *intra legem*, as quais explicitam o que está posto em normas gerais e abstratas, e isso é, desde que respeitados os limites de incumbência de explicitação de matérias que são absolutamente reservadas à lei em sentido formal³¹⁵, tais como as de direito do consumidor (art. 5º, XXXII; art. 24, VIII, art. 150, § 5º; e art. 48 da CF³¹⁶), papel da Administração Pública.

Sobre o último questionamento, leciona Maffini “(...) como regra geral, não poderia a Administração Pública criar normas administrativas autônomas ou independentes de leis em sentido formal”³¹⁷, ou *praeter legem*, mas pontua que há discussão na doutrina acerca da possibilidade de exceção à esta regra.³¹⁸

Isto posto, conclui-se que as normas administrativas não podem estar vinculadas à inovação na ordem jurídica, como explica Justen Filho³¹⁹:

As agências reguladoras dependem de lei para sua instituição, mas também para seu funcionamento. Os poderes a elas atribuídos deverão estar previstos em lei. A atuação normativa que lhes pode reservar é aquela de complementar as normas legislativas, desenvolvendo os princípios, o espírito e o conteúdo das normas legais.

³¹³ MAFFINI, Rafael. *Elementos do direito administrativo*: atualizado até a lei 13.303/2016 (Estatuto das Estatais). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 89.

³¹⁴ *Ibidem*. p. 89.

³¹⁵ *Ibidem*. p. 90. No mesmo sentido: “não se admite que o regulamento ultrapasse os limites, o espírito ou conteúdo da lei” JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 508.

³¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: § 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços; Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

³¹⁷ MAFFINI, Rafael, *op. cit.* p. 90.

³¹⁸ *Ibidem*. p. 91.

³¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 521.

Assim, tendo em vista que o direito do consumidor não é uma possibilidade de exceção do último questionamento, mas é uma das restrições da terceira pergunta, e que: “É admissível que a lei apenas delineie a configuração da norma e delegue a uma entidade administrativa o poder de promover sua complementação.”³²⁰, não é possível que uma resolução de uma agência reguladora, no caso da ANAC, disponha de assuntos relacionados à contratação entre consumidor e fornecedor.

Portanto, entende-se que o artigo da Resolução 400/2016 da ANAC, bem como o artigo 49-A do Decreto nº 3514/2015, não podem considerados válidos dentro dos moldes do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o primeiro é norma administrativa que trata de assunto sobre o qual não tem competência, e o segundo confere à agência reguladora um poder que não pode ser conferido por lei ordinária. Sobre este último argumento, tem-se como base a questão de que o artigo 11 contraria o princípio constitucional de defesa do consumidor (art. 170, V, da CF) e, sendo assim, conforme entendimento de Justen Filho “as exigências de uma nova ordem mundial ou de novos modelos regulatórios, se incompatíveis com a disciplina constitucional, somente poderão ser incorporadas ao Direito brasileiro mediante uma alteração da Constituição brasileira.”³²¹

Dessa forma, por ser necessário através do diálogo das fontes sempre aplicar aquela norma mais favorável ao consumidor, considerando o prazo de 7 dias para reflexão mais benéfico do que o prazo de 24 horas, e em função da afirmação de que “o conflito entre as regras legais e regulamentares se resolve pela prevalência das primeiras.”³²², bem como a possibilidade de invalidade do artigo 11 da Resolução 400.2016 da ANAC, deve-se aplicar, sem dúvidas, o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor nas situações de compra eletrônica de passagens aéreas.

O que poderia ocorrer, no entanto, caso os possíveis prejuízos decorrentes da desistência do consumidor fossem de grande relevância, seria a elaboração de um meio termo, em observância da defesa e proteção da parte mais vulnerável da relação. Conferindo assim, ao consumidor, o prazo de 7 dias para reflexão sobre a compra feita, desde que houvesse certo prazo antes da data de embarque, como

³²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Diáletica, 2002. p. 542.

³²¹ *Ibidem*. p. 542.

³²² *Ibidem*. p. 505.

trazido por artigo 11 da Resolução, de até 7 dias antes da data de embarque ou, como trazido por Tartuce e Monteiro, de até 72 horas antes do início da viagem³²³.

Somente através dessa ponderação, seria possível que os interesses das indústrias dialogassem com a proteção do consumidor com observância ao princípio constitucional de defesa da parte mais vulnerável da relação de consumo. E, dessa forma, ter-se-ia uma norma de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro que defenderia esses interesses dentro dos limites necessários.

³²³ TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracileia. A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 99, p. 307-332, mai.- jun. 2015. p. 318.

4 CONCLUSÃO

A implementação de uma nova realidade contratual decorrente do surgimento e da expansão da Internet, na qual é possível que contratos sejam celebrados à distância através de meio eletrônicos, merece especial atenção da legislação consumerista. Uma vez que, se essas relações virtuais, por um lado facilitam a comunicação e a contratação entre as partes, por outro, colocam o consumidor em uma situação específica de vulnerabilidade, pois é este é atraído através do *marketing* agressivo a realizar compras impensadas, bem como compra produtos e serviços muitas vezes despidos de toda informação necessária.

Nesse interim, buscou-se na presente pesquisa delinear a aplicação do direito de arrependimento do consumidor nas compras realizadas virtualmente, especialmente com relação às de passagens aéreas. Houve delimitação do objeto de estudo em função de dois motivos: a.) em função de haver uma expressiva utilização do comércio eletrônico para a compra de passagens aéreas no contexto atual do mercado e b.) principalmente, em função de haver uma norma da Resolução 400/2016 da ANAC que conflita com o disposto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, visto que confere prazo menor para desistência do bilhete adquirido.

Dessa forma, em um primeiro momento, buscou-se firmar o entendimento da aplicação do direito de arrependimento, de forma geral, aos contratos celebrados em meio virtual. Para tanto, foram estudadas questões atinentes à modalidade de contrato de consumo celebrado pela Internet, através dos elementos da formação e da extinção do contrato eletrônico de consumo e do respeito aos direitos básicos do consumidor.

Verificou-se que, em decorrência da vulnerabilidade agravada do consumidor no ambiente virtual, frente às técnicas de publicidade e ao excesso ou à falta de informações, pode ele vir a fazer compras sem o necessário tempo de reflexão. Ademais, foi possível constatar que, dependendo do que vier a ocorrer na fase pós-contratual, no caso de insatisfação com a compra por motivo que não precisa ser justificado, pode o consumidor querer vir a exercer o seu direito de arrependimento.

Então, como há dúvidas acerca da sua aplicação com relação às comprar feitas virtualmente, apurou-se a natureza jurídica do direito de arrependimento

disposto do Código de Defesa do consumidor para verificar a possível intenção do legislador ao incluir tal dispositivo na legislação consumerista. Além disso, fez-se uma interpretação do artigo 49 do CDC e, em decorrência disso, uma interpretação à expressão “estabelecimento comercial”.

Constatou-se que o direito de arrependimento do CDC tem como fim social justamente a abrangência de hipóteses de compra e venda contemporânea, dado à posição de vulnerabilidade na qual se encontra o consumidor e, sendo o contrato eletrônico uma dessas hipóteses, deve ser aplicado o artigo 49 às compras online. Nesse sentido, como conclusão da primeira parte do trabalho e para que não restassem dúvidas quando à aplicação do instituto nessa seara, foi trazida a implementação do Decreto nº 7.962 de 2013, que tratou do direito de arrependimento do consumidor como um dos principais aspectos abrangidos pela contratação no comércio eletrônico.

Em um segundo momento, tratou-se do conflito existente entre o artigo 11 da Resolução 400/2016 e o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. Para isso, fez-se, primeiramente, uma abordagem através do caráter horizontal do Código, pois decorrente da Constituição Federal, e da necessária utilização do diálogo das fontes que são aplicáveis ao contrato de transporte aéreo de passageiros. Percebeu-se, assim, que, sempre que houver conflitos entre essas normas, quando configurada relação de consumo, deve-se aplicar aquela disposição mais favorável ao consumidor, a qual, na grande maioria das vezes, advém do CDC.

Relacionado ao ponto anterior, fez-se uma análise da possibilidade de aplicação do CDC aos contratos de transporte aéreo de passageiros, visto que é um serviço público utilizado por usuários, que nem sempre podem ser equiparados a consumidor. Para este fim, estudou-se o conceito relação jurídica de consumo, através da compreensão do conceito de fornecedor, consumidor, bens e serviços, e concluiu-se que, tratando-se da venda de bilhetes de passagens aéreas para o transporte de pessoas, sempre vai estar configurada a relação de consumo e, portanto, deverá ser aplicado o CDC para a proteção dos usuários enquadrados como consumidores.

Assim, adentrando na última parte do presente trabalho, foi feita uma comparação dos institutos que regem a compra de passagens aéreas e que se assemelham ao direito de arrependimento do artigo 49 do CDC, seja pela possibilidade de desistência do consumidor seja pela possibilidade de reembolso

dos valores pagos. Foram interpretados artigos do CC, do CBA, do PLS 313/2013 e da Resolução 400/2016 da ANAC.

Quanto a esse último, que é o que apresenta conflito com o disposto no CDC, fez-se observações quanto a sua natureza, por meio da verificação da sua origem e da sua função. Constatou-se que é norma de caráter administrativo, dado que decorrente de resolução de agência reguladora. Logo, foi feita uma minuciosa confrontação entre esse instituto, a norma que regula a rescisão do contrato de transporte disposta no CC e a norma que regula do direito de desistência do consumidor.

Diante disso, concluiu-se que, sem dúvida, a norma que melhor tutela os direitos e interesses dos consumidores é a do artigo 49 do CDC. Outrossim, em que pese tenha-se chegado a essa conclusão, analisou-se a possibilidade de implementação do artigo 49-A ao Código consumerista através do PL 3514/2015 anteriormente mencionado, dado que excetua a compra de passagens aéreas da dimensão do artigo anterior, e averiguou-se que essa modificação seria uma afronta a ordem constitucional de defesa dos direitos dos consumidores ao conceder às agências reguladoras possibilidade de estabelecimento de prazo diferenciado em função das peculiaridades do contrato de transporte aéreo de passageiros.

Dessa forma, em um último momento, foi feita uma síntese de argumentos contrários e favoráveis à aplicação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor em caso de arrependimento na compra eletrônica de passagens aéreas. Isto se deu através de um apanhado de todos argumentos anteriormente trazidos no trabalho juntamente com questões que não tiveram espaço para serem debatidas antes.

Entre estas estão, como ponto negativo para incidência da norma, as consequências econômicas decorrentes da utilização do instituto que poderiam gerar custos que precisariam ser suportados por todos os outros consumidores, e que, em função da forma que se dá a precificação das passagens aéreas, poderia causar prejuízos às companhias aéreas. Assim, após a compreensão de como se dá a definição do preço, entendeu-se que, mesmo que pudessem gerar algumas perdas para a indústria, o interesse desta jamais pode ser posto a frente dos interesses dos consumidores.

Cabendo, por fim, analisar, a possibilidade de invalidade da norma do artigo 11 da Resolução e do artigo 49-A, posto que se trata de regulamentação de matéria constitucional por agências não dotadas desse tipo de poder. Assim, através de um

sucinto estudo acerca do poder normativo das agências reguladoras, compreendeu-se que, apenas cabe à Administração Pública os poderes decorrentes de lei anterior para complementação de outras normas, sendo impossível a regulamentação de assunto consumerista por parte das agências reguladoras.

Sendo assim, foi possível concluir que, quando se trata de compra eletrônica de passagens aéreas, deve-se aplicar o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, visto que é o único dispositivo válido, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que confere a possibilidade de desistência do consumidor nas compras feitas em situação de vulnerabilidade agravada com ressarcimento total dos valores. Acredita-se que, apenas através da aplicação desse dispositivo, mesmo que com alguma ponderação com relação à data de embarque, seria possível que houvesse a tutela adequada da relação consumerista a uma situação tão recorrente nos tempos atuais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALENCAR, Winston Neil Bezerra de. O direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 38. p. 287-310, jun. 2009.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 37, n. 148, p. 275-299, out.-dez. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf>>. Acesso em: 24 jun.2018.

BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi da. O direito de arrependimento nas relações de consumo: desafios hermenêuticos e casos controvertidos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 105, p. 203-235, maio-jun. 2016.

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

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Planalto*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL, Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. *Planalto*. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispôr sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm?TSPD_101_R0=247caecaea86142305c0439e6382b3c6oNI000000000000000542415c9ffff00000000000000000000000000000005ae351c7005a74b1e6](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm?TSPD_101_R0=247caecaea86142305c0439e6382b3c6oNI000000000000000542415c9ffff000000000000000000000000000005ae351c7005a74b1e6)>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL, Lei Federal nº 13.105 de 16 de março de 2015. *Planalto*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 mai. 2018.

BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Câmara dos deputados*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

CANTO, Rodrigo Eidelvein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: a reconstrução da confiança na atualização do código de defesa do consumidor*. Dissertação de mestrado em Direito. Porto Alegre, UFRGS, 2014.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre o banco de dados eletrônicos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 46, p. 77-119, abr.-jun. 2003.

Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária. *CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 28 abr. 2018.

COELHO, Fábio Ulhôa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. *Revista do advogado*. São Paulo, n. 89. p. 31-37, ano XXVI. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/89/index.asp?_ga=2.200544038.986163819.1527509884-420765851.1527086181#/31/zoomed
Acesso em: 28 mai. 2018.

CRESPO, Danilo Leme. O direito e as novas tecnologias: visão contemporânea do tribunal de justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça sobre o “direito de arrependimento” no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 100, p.101-141, jun. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Contratação refletida na sociedade de consumo: o direito de arrependimento como proteção do consentimento do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 76. p. 43-76, out.-dez. 2010.

FACEBOOK admite uso indevido de dados de 87 milhões de usuários, 433 mil no Brasil. *BBC*. 4 abr. 2018, News / Brasil. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-43646687>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito do comércio eletrônico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HERRMANN, Suzany Reck. *O direito de arrependimento do consumidor no comércio eletrônico*. Monografia do Curso de Especialização Lacto Sensu em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais. Porto Alegre, UFRGS, 2015.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni; AZEVEDO, Fernando Costa. Considerações sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrônico e o atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 85, p. 209-260, jan.-fev. 2013.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Comentário à Ap 20100112169790: compra de passagem aérea pela internet. Aplicação do art. 49 do CDC (LGL\1990\40). Direito de arrependimento. Prazo de reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 100. ano 24. p. 549, jul.-ago. 2015.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LUCCA, Newton de. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MAFFINI, Rafael; PEDROLLLO, Gustavo; RAMOS, Letícia Ayres; OLIVEIRA, Rodrigo Fuhr; HEINEN, Juliano. Serviço Público e as noções jurídicas de “usuário” e de “consumidor” – Em torno do Estatuto dos Usuários de Serviços Públicos (Lei 13.460/17) *In: MARTINI, Sandra, organização et al. O movimento do saber: uma homenagem para Claudia Lima Marques*. v.VI Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017.

MAFFINI, Rafael. *Elementos do direito administrativo: atualizado até a lei 13.303/2016 (Estatuto das Estatais)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima, coordenação et al. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; MENDES, Laura Schertel. Direito europeu muda nos contratos a distância e a domicílio: A nova diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza regime do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito

acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 81, p. 339-401, jan.- mar. 2012.

MARQUES, Claudia Lima. 25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela Revisão de 2015 das Diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 103, p. 55-100, jan.- fev. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. atual. até a emenda constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 92, de 12.7.2016, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento dos dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 102, p. 19-43, nov.- dez. 2015.

MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o marco civil da internet e o código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. v. 106. p. 37-69, jul.-ago. 2016.

MIRAGEM, Bruno. Aspectos Característicos da Disciplina do Comércio Eletrônico de Consumo: Comentários ao Dec. 7.962, de 15.03.2013. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.86, p. 287-299, mar. – abr.2013.

MIRAGEM, Bruno. *Contrato de Transporte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 104, p. 99-127, mar.-abr. 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 1, p. 130-148, jan.-mar. 1992.

PUBLICIDADE comportamental ou *behavioral advertising*. European Network and Information Security Agency – ENISA, Privacy Considerations of Online Behavioral Tracking, 19.10.2012. Disponível em: <www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/privacy-considerations-of-online-behavioural-tracking>. Acesso em: 11 mai. 2018.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *A aplicação dos princípios de proteção do consumidor ao comércio eletrônico no direito brasileiro*. Tese de doutorado em Direito. Porto Alegre, UFRGS, 2004.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor na parte referente ao comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 83, p. 73-82, jul.- set. 2012.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 55, p. 53-84, jul.- set. 2005.

SILVA, Rafael Peteffi da Silva. Direito de Arrependimento nas Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.105, p. 203-235, mai.-jun. 2016.

TARTUCE, Flávio, MONTEIRO, Gracileia. A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 99, p. 307-332, mai.- jun. 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. In: _____. *Temas de Direito Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24.10.1994, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>>. Acesso em 12 mai. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.10.2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Texto relevante para efeitos do EEE. Disponível em:

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083>>. Acesso em 20 mai. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.05.1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos a distância. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31997L0007>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva Diretiva 85/577/CEE do Conselho, de 20.12.1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31985L0577>>. Acesso em: 25 mai. 2018.