

Apelação Cível n. 0060203-93.2012.8.24.0023

Relator: Desembargador Stanley Braga

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DO DIREITO DA IGUALDADE ENTRE CONSUMIDORES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO. PRIORIDADE DE *CHECK-IN* E DE EMBARQUE A PASSAGEIROS FREQUENTES OU VINCULADOS A PROGRAMAS DE RELACIONAMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDANTE. ILEGITIMIDADE ATIVA SUSCITADA NO CURSO DA LIDE POR UMA DAS RÉS E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REPRESENTATIVIDADE DA AUTORA JÁ RECONHECIDA EM OUTRAS DEMANDAS QUE TRAMITARAM NESTA CORTE E QUE TIVERAM A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO OBJETO. PRELIMINAR AFASTADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA *UNITED AIRLINES INC.* ANÁLISE PREJUDICADA PELA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, NO MÉRITO. RESULTADO MAIS VANTAJOSO. JULGAMENTO ANTECIPADO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO. DISTINÇÃO CONTRATUAL ENTRE CONSUMIDORES. DECORRÊNCIA DA OPÇÃO PELA ECONOMIA DE MERCADO. AUSÊNCIA DE HIERARQUIA NORMATIVA ENTRE A IGUALDADE E A LIBERDADE DE CONTRATAR, COROLÁRIO DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA (ART. 5º, *CAPUT* E 170, *CAPUT*, IV, DA CRFB). AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO DO CONSUMIDOR NA ESPÉCIE. PASSAGEIROS FREQUENTES E PORTADORES DE CARTÃO DE RELACIONAMENTO, SEM PRIORIDADE LEGAL. CATEGORIA PREVISTA, AINDA QUE INDIRETAMENTE, NA REGULAMENTAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL (ART. 6 DA RESOLUÇÃO 280, DE 11-7-2013 E ART. 21, DA RESOLUÇÃO N. 009, DE 5-6-2007, DA ANAC). DISTINÇÃO DE ATENDIMENTO QUE NÃO IMPLICA PREJUÍZO AO SERVIÇO PADRÃO DE DIREITO DOS DEMAIS PASSAGEIROS NEM VIOLAÇÃO DA ORDEM DE ATENDIMENTO NO BALCÃO DO AEROPORTO OU DA FILA DE INGRESSO NAS AERONAVES. CAUSA DE PEDIR

QUE NÃO FOI DIRIGIDA A TODAS AS COMPANHIAS ATUANTES NESTE ESTADO E QUE NÃO APONTA SITUAÇÃO CONCRETA QUE JUSTIFIQUE A IMPOSIÇÃO DE TUTELA MANDAMENTAL OU INDENIZATÓRIA HOMOGÊNEA POR DANO MORAL COLETIVO OU INDIVIDUAL. ISONOMIA QUESTIONADA PELA PRÓPRIA DEMANDANTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0060203-93.2012.8.24.0023, da comarca da Capital (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é Apelante Instituto Liberdade e Apeladas VRG Linhas Aéreas S/A, United Airlines INC. e Tam S/A.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nessa data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Denise Volpato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. André Luiz Dacol.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Narcísio Geraldino Rodrigues.

Florianópolis, 17 de abril de 2018.

Desembargador Stanley Braga
Relator

RELATÓRIO

Nos termos da decisão de Primeiro Grau (fls. 355-360), mudando o que deve ser mudado:

"O Instituto Liberdade ajuizou a presente ação civil pública em relação a Gol Linhas Aéreas Inteligentes, Tam, United Airlines Brasil e VRG Linhas Aéreas .

Alega que as demandas discriminam seus clientes a partir de planos de fidelidade e de milhagens de cartões de crédito, o que fere a isonomia. Querem, a partir daí:

10.1) Confirmar a antecipação dos efeitos da tutela de forma definitiva ou concedê-la por ocasião da sentença, para que a Ré se abstenha em realizar qualquer tratamento preferencial em decorrência de cartão fidelidade ou de crédito, seja para check-in, embarque ou qualquer outra forma que não respeite o tratamento igualitário entre os consumidores ou a ordem de apresentação dos passageiros no balcão da empresa ou ingresso na aeronave, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) POR OCORRÊNCIA, revestidos para os fundos de que dispõe o artigo 13 da lei 7.347/85;

10.2) Condenar as Rés a indenizar todos os danos materiais sofridos aos consumidores que sofreram prejuízos pela ocorrência de *overbooking* em voos onde houve tratamento preferencial a portadores de cartão fidelidade ou de crédito, os quais serão apurados em sede de liquidação de sentença, na forma do art. 97 do CDC;

10.3) Condenar as Rés a indenizar todos os consumidores que demonstrarem ter sofrido tratamento discriminatório em voos onde houve tratamento preferencial aos portadores de cartão fidelidade ou de crédito, nos últimos 3 (três) anos, em danos morais, que devem ser fixados em valor correspondente a, no mínimo, 10 (dez) salários mínimos por ocorrência, ou outro valor que Vossa Excelência entenda adequado e que atenda aos critérios de

punição para a empresa e reparação para o consumidor;

10.4) Condenar as Rés a título de danos morais coletivos, em valor a ser judicialmente arbitrado, levando-se em conta o seu aspecto punitivo-educativo e suas extraordinárias condições econômicas, devendo tal importância ser revertida, ao final, para o fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85;

10.5) Condenar as Rés a publicarem às suas expensas em três jornais de grande circulação no Estado de Santa Catarina, por pelo menos três edições consecutivas, no tamanho mínimo de 20 x 15 cm, a parte dispositiva da sentença condenatória, para que os consumidores tomem ciência de seus termos e se habilitem para fins de liquidação e execução da condenação genérica;

10.6) Seja informada a ANAC, Agência Nacional de Aviação Civil dos efeitos da sentença e que proceda a devida fiscalização e promova medidas administrativas a fim de auxiliar no cumprimento da ordem;

Postergou-se a análise da liminar.

Citadas, Vrg Linhas Aéreas e Gol Linhas Aéreas apresentaram contestação comum. Requereram, a retificação do polo passivo já que Gol Linhas Aéreas não é legítima, pois é apenas holding controladora do grupo gol sendo os demais serviços prestados pela VRG e conforme legislação civil e societária após a incorporação das empresas a VRG tornou-se sucessora universal. Sucitaram, preliminarmente, a falta de interesse de agir, ante a ausência de necessidade e utilidade da tutela jurisdicional e ainda a incompetência absoluta da Justiça Estadual. Quanto ao mérito, disseram que as empresas exercem as suas atividades com obediência aos princípios da legalidade e da livre concorrência. Asseveraram, ainda, a impossibilidade de danos morais coletivos, visto que "o dano moral não deriva do ato ilícito em si, mas de suas consequências, razão pela qual deve haver prova da consequência para cada passageiro", também a carência de ação pela impossibilidade jurídica

do pedido de publicação em jornais de grande circulação e da condenação em multa a ser revertida ao fundo de defesa dos direitos difusos.

A empresa TAM também contestou o feito. preliminarmente sustentou a ilegitimidade ativa do Instituto. No mérito, destacou a inexistência de tratamento discriminatório aos passageiros, assim como da realização de venda casada.

Em seguida foi a vez da empresa United Airlines contestar o feito. Assentou, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, visto que não opera voos no Estado de Santa Catarina. No mérito, ressaltou a legalidade do programa de fidelidade e a ausência de distinção entre os Passageiros.

Houve réplica.

O Ministério Público se manifestou pela extinção do feito ante a ausência de representatividade idônea e adequada do Instituto Liberdade."

Restando o litígio assim decidido na Instância *a quo*:

"Julgo improcedente o pedido. Sem custas ou honorários.

Foi interposto recurso de Apelação Cível (fls. 364-373) pelo Instituto Liberdade, que arguiu, preliminarmente, cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide e incongruência da motivação da sentença com o pedido. No mérito, alegou, em suma, que não se opõe à disponibilização de cortesias a passageiros frequentes e portadores de cartão fidelidade de empresas aéreas ou de cartão de crédito de instituições financeiras. No entanto, entende que a prioridade de atendimento nas filas de *check-in* e de embarque nos aeroportos viola o direito de igualdade dos consumidores que não titularizam alguma prioridade legal. Requereu, em suma, a procedência dos pedidos iniciais, no sentido da condenação das rés ao pagamento de indenização coletiva e de que se garanta, em todos os aeroportos deste Estado, o atendimento de passageiros por ordem de chegada no balcão e na fila de embarque, sob pena de multa, ressalvadas as prioridades legais.

As contrarrazões foram oferecidas às fls. 377-392, pela VRG Linhas Aéreas S/A, fls. 393-408, pela United Airlines Inc., que alegou ilegitimidade passiva por não operar voos em Santa Catarina, e às fls. 394-417, pela Tam Linhas Aéreas S/A., no sentido de que é o autor quem viola a isonomia ao ajuizar a presente demanda contra as rés, apenas, e que não há lesão a direito transindividual nem individual homogêneo.

Dispensado de preparo por força do art. 18 da Lei n. 7.347/1985, a tempo e modo, o recurso ascendeu a este grau de jurisdição.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, que apresentou parecer no sentido da ilegitimidade ativa da demandante, ao argumento de que o seu objeto social prevê um infindável número de direitos a serem tutelados, circunstância que compromete a representatividade coletiva por falta de pertinência temática e adequação entre a finalidade da instituição e o objeto da ação civil pública (fls. 436-446).

Distribuído inicialmente à Quarta Câmara de Direito Público, determinou-se a redistribuição do apelo a uma das Câmaras de Direito Civil, em razão da matéria (fls. 448-450).

Este é o relatório.

VOTO

Da admissibilidade:

Presentes os pressupostos legais, o recurso é conhecido.

Do julgamento:

Trata-se de apelação da sentença que julgou improcedente a ação civil pública movida pelo Instituto Liberdade.

Preliminares:

Legitimidade ativa do Instituto Liberdade:

Questão das mais tormentosas, em matéria de ação civil pública é a da legitimidade das associações para a defesa de interesses transindividuais.

No presente caso, verifica-se que o Instituto Liberdade, na condição de associação de direito privado, vale-se da presente ação civil pública para a defesa de direito dos consumidores de serviços de empresas aéreas.

Não age, portanto, como representante de seus associados, mas transcende-os como substituto processual da referida coletividade, com vistas à proteger, no plano transindividual, direito de que não é titular.

O art. 5º da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) prevê:

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...]

V - a associação que, concomitantemente:

- a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
- b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico."

Na mesma toada, o Código de Defesa do Consumidor dispõe:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo,

categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

E:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º (Vetado).

§ 3º (Vetado). (sem realce no original)

E:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Parágrafo único. (Vetado).

Como se vê, a Lei confere legitimidade extraordinária às associações civis e exige-lhes como pressuposto, a pertinência temática, pressuposto que, segundo bem anotou o Ministério Público, com base na lição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo, v. IV, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 215-216), impõe:

"Verificar se o legitimado coletivo reúne atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de determinado processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, mas sempre à luz da situação litigiosa deduzida em juízo" (fl. 440)

Verifica-se do Estatuto Social de fls. 49-66, que o Instituto Liberdade, que também utiliza a denominação "Bloco Liberdade", se trata de

uma associação de direito privado fundada em 22-2-1988 com ampla finalidade, que vai desde a tutela de direitos humanos, com promoção de atividades de assistência social, passa por atividades de promoção da cultura e da defesa do patrimônio histórico-cultural, da gastronomia nacional, conservação do meio ambiente, dentre outras nas quais inclui a busca da proteção do direito do consumidor, "por todos os meios, perante os órgãos públicos dos três poderes da administração direta, indireta ou fundacional, bem como empresas privadas".

Embora impressione a gama de fins para os quais o Instituto Liberdade foi constituído, sem desprezar a representatividade e eficaz atuação no que se propõe, fato é que a Lei Civil não restringe a amplitude do seu objeto, que, de fato e de direito, prevê a proteção do Consumidor, objeto desta ação civil pública.

O Código Civil, ao disciplinar a constituição das associações, dispõe apenas que o estatuto social das associações conterá a denominação, os fins e a sede da associação.

De outro vértice, é sabido que para postular em Juízo é preciso ter interesse e legitimidade (art. 17 do CPC/2015). Entretanto, a Lei Processual também não condicionou a atuação das associações à extensão do seu objeto, mas tão somente à previsão, no estatuto, do objetivo de proteger o bem material objeto da ação civil pública.

É bem verdade, conforme apontou o Ministério Público, que a amplitude do objeto não é suficiente para amparar a representatividade de uma única associação privada na defesa de todos e quaisquer direitos transindividuais ou individuais homogêneos. Assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, a partir da doutrina de Hugro Nigro Mazzilli:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. *LEGITIMATIO AD CAUSAM* DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PREJUÍZO INDEMONSTRADO. NULIDADE INEXISTENTE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 1. Os

sindicatos possuem legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se versem direitos homogêneos e mantenham relação com os fins institucionais do sindicato demandante, atuando como substituto processual (Adequacy Representation). 2. A pertinência temática é imprescindível para configurar a *legitimitio ad causam* do sindicato, consoante cediço na jurisprudência do E. S.T.F na ADI 3472/DF, Sepúlveda Pertence, DJ de 24.06.2005 e ADI-QO 1282/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 29.11.2002 e do S.T.J: REsp 782961/RJ, desta relatoria, DJ de 23.11.2006, REsp 487.202/RJ, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ 24/05/2004. 3. A representatividade adequada sob esse enfoque tem merecido destaque na doutrina; senão vejamos: "(...) A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembleia. Em outras palavras. a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado. Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limita às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses." in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Hugo Nigro Mazzilli, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 277/278

Portanto, há quem entenda:

A lei exige a finalidade específica. Seu objetivo foi estimular o nascimento

de entes da sociedade civil, que se estabilizem e se façam conhecidos em tais e quais campos e, assim, possam usar das benesses processuais, quando for o caso, das ações coletivas. O que não se quer é a montagem de associações de gaveta, que não floresçam da sociedade civil, e sim apenas para poder litigar em todos os campos com o benefício do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública.

[...]

Em suma, a autorização para tudo, constante do Estatuto anexado, não preenche o fim previsto em lei. O contrário é autorizar um monstro com tentáculos perigosos, e, como afirmou famoso jurista, em breve tais associações vão estar separando e divorciando casais, sem que os interessados o saibam.

Por isto é impositiva a extinção do feito. Mais ainda, e aqui o ponto nodal: essas associações, várias vezes, surgem como máscaras para a criação de fontes arrecadoras, que, sem perigo da sucumbência, buscam indenizações com somatório milionário, mas sem autorização do interessado, que depois é cobrado de honorários. (TRF2, Apelação Cível n. 20008.51.01.024695-0, rel. Des. Fed. Guilherme Couto de Castro, j. 16-8-2010)

Contrapõe-se a essa visão, posicionamento mais liberal fundado no direito comparado:

No outro lado do Oceano Atlântico, Portugal, de forma mais simples e objetiva, positivou a tutela dos direitos coletivos. Nesse País, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, bem como as associações e fundações, que incluam entre os seus objetivos estatutários a defesa dos seus interesses e direitos difusos, podem propor a chamada "ação popular" (art. 52, nº3 da Constituição de Portugal).

Por sua vez, a ação popular é regulamentada pela lei 83/95 e a legitimidade ativa é aferida através de elementos exclusivamente objetivos: basta ser supra-individual o interesse que se pretenda tutelar. Ou seja, a identificação subjetiva do autor com o direito material questionado é elemento accidental e não fundamental.

Ademais, o artigo 1º da referida lei abrange não só os interesses difusos como ainda inclui os interesses individuais homogêneos.

Outra questão relevante no sistema Português, diz respeito ao art. 14 da lei de ação popular, que prevê a representação do autor por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa de todos os titulares dos direitos que não tenham exercido o direito de "auto-exclusão".

Nota-se ainda, que a lei portuguesa não distingue as categorias dos interesses supra-individuais, valorizando a previsão constitucional do direito de qualquer cidadão propor a ação popular e evitando o desalinhamento processual existente no Brasil. (Terlizzi, Luigi. Tutela coletiva dos direitos individuais. disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252982,101048-Tutela+coletiva+dos+direitos+individuais+Brasil+e+Portugal>, acesso em 10-4-2018)

Não obstante a divergência apontada, não escapa a premissa de que a aferição da legitimidade se dá caso a caso.

Nesse norte, em que pese a conclusão do Ministério Público no sentido da ilegitimidade ativa do Instituto Liberdade, fato é que esta Corte, em Primeira e em Segunda Instância, em diversos casos de ações civis públicas no campo do Direito do Consumidor e também no do Direito Público, tem reconhecido a representatividade/legitimidade adequada do referido instituto.

Colhem-se os seguintes precedentes:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA CONSUMERISTA (ART. 1º, II DA LEI N. 7.347/1985) AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL CONTRA CONSTRUTORA. EMPREENDIMENTO QUE SUPOSTAMENTE TERIA OMITIDO A EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA RESOLUTIVA DE INADIMPLENTO AOS ADQUIRENTES DE SALAS COMERCIAIS. ALEGADA VIOLAÇÃO ÀS REGRAS LEGAIS DE PROTEÇÃO AOS CONSUMIDORES, PRINCIPALMENTE, ÀQUELAS RELATIVAS À TRANSPARÊNCIA, PUBLICIDADE, INFORMAÇÃO E BOA-FÉ. PRESERVAÇÃO DE INTERESSES E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEMANDA QUE OBJETIVA A PARALISAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DAS UNIDADES IMOBILIÁRIAS E A CONDENAÇÃO DA CONSTRUTORA AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS COLETIVOS. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO DAS PARTES. REMESSA NECESSÁRIA. INCABÍVEL O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO NA HIPÓTESE. AÇÃO COLETIVA QUE VERSA EXCLUSIVAMENTE ACERCA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS (ARTIGO 81, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR). RELAÇÃO QUE SE CARACTERIZA POR TER SUJEITOS DETERMINADOS, OBJETO DIVISÍVEL E ORIGEM COMUM FÁTICA E JURÍDICA. RECENTE POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA TEMÁTICA QUE DEVE SER ADOTADO AO CASO. REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA. Impõe-se observar os novos paradigmas delimitados pelo Tribunal Superior, a saber: "Não se admite o cabimento da remessa necessária, tal como prevista no art. 19 da Lei n. 4.717/65, nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos". (REsp. 1.374.232/ES, Mina. Rel(a). Nancy Andrighi. J. em: 26-9-2017). (Reexame Necessário n. 0032333-73.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 27-2-2018).

Ainda:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROPAGANDA QUE EXPÕE O CONSUMO DE REFRIGERANTE DIRETO DO INVÓLUCRO - COCA-COLA. SUPOSTO INCITAMENTO DE HÁBITOS ANTI-HIGIÊNICOS NOS CONSUMIDORES. HIPERPROTEÇÃO DESARRAZOADA, PORÉM. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, DE BOA LAVRA, MANTIDA. A ação civil

pública tem status constitucional por um único motivo: sua relevância para a proteção do meio ambiente, do consumidor, dos bens e interesses de valor artístico, estético, histórico, paisagístico e turístico. Como define a Constituição Federal: interesses difusos e coletivos. Com o advento do CDC, o campo de incidência da ação civil pública foi aumentado em razão dos dispositivos que possibilitam a defesa de, além destes, outros interesses difusos (art. 110 do CDC e art. 1º da Lei nº 7.347/85), bem como dos interesses individuais e homogêneos (arts. 91 a 100 do CDC). O Microsistema Protetivo, com efeito, elenca em seu art. 6º um rol de direitos básicos do consumidor, dentre os quais está o de divulgação sobre o consumo adequado dos produtos ou serviços (inciso II) e a proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (inciso IV). Campanhas publicitárias de indústria multinacional, ao veicular adultos ou jovens bebendo refrigerante - coca-cola - diretamente nas garrafas ou nas latas de condicionamento, não são abusivas e não violam, por tal simples fato, o dever de informação, pois não se pode culpá-la, assim como qualquer outra empresa do ramo de alimentos, ainda que diverso, pelo mau hábito de consumo da população - isso em um panorama geral -, pois os hábitos sadios, de higiene e boa educação, são aprendidos em casa. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Apelação n. 0048496-31.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 24-5-2016).

E:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUPRESSÃO DE SERVIDÃO INSTITUÍDA POR LEI MUNICIPAL. AVANÇO DE CERCA DE DEMARCAÇÃO DE TERRENO PARTICULAR, QUE INVADIRIA ÁREA PÚBLICA, CAUSANDO DIFICULDADES DE LOCOMOÇÃO E PASSAGEM NA VIA. RECURSO DE APELAÇÃO DA PARTE AUTORA QUE ATACA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. ERRO GROSSEIRO. DECISÃO QUE DESAFIA AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. "[...] O manejo de apelação contra decisão de cunho eminentemente interlocutório traduz-se em erro grosseiro, impossibilitando a aplicação do princípio da fungibilidade e o consequente conhecimento do recurso interposto". (Apelação Cível n. 2006.034092-6, de Timbó, Rel. Des. Orli Rodrigues, j. 06/03/2007)." (Apelação Cível n. 2010.034135-4, de Rio do Sul, Rel. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 09/12/2014). RECURSO DE APELAÇÃO DA PARTE RÉ. ILEGITIMIDADE ATIVA DO INSTITUTO PARA PROPORÇÃO CIVIL PÚBLICA, A UMA, POR DEFENDER DIREITOS DE PARTICULARES, A DUAS, POR AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. INSUBSISTÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. ART. 5º DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO COM O FIM DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO MEIO AMBIENTE E DA ORDEM URBANÍSTICA. INVASÃO DA VIA PÚBLICA DEMONSTRADA. CADERNO PROCESSUAL CAPAZ DE CONFERIR A CERTEZA NECESSÁRIA PARA O LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. SENTENÇA MANTIDA. "[...] Não configura o cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o feito está devidamente

instruído com a prova documental necessária para formar o livre convencimento motivado do Julgador, especialmente quando outras provas se mostram inúteis ou desnecessárias (TJSC, AC n. 2008.020107-7, Rel. Des. Raulino Jacó Brüning, j. 5.10.12)." (TJSC, Apelação Cível n. 2013.081979-1, da Capital, Rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 18/08/2015). RECURSO DO INSTITUTO AUTOR NÃO CONHECIDO E RECURSO DO RÉU DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2015.064884-4, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 17-11-2015).

Também:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INCORPORAÇÃO DO BANCO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (BESC) PELO BANCO DO BRASIL - ALEGADO DESCUMPRIMENTO DO "5º TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES" - UNIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS BANCÁRIOS E FECHAMENTO DE AGÊNCIAS DA INSTITUIÇÃO INCORPORADA - INSTITUTO AUTOR QUE NÃO FIGUROU COMO PARTE CONTRATANTE - NECESSIDADE, PORTANTO, DE QUE A DEMANDA SEJA APRECIADA APENAS SOB A ÓTICA DE EVENTUAL LESIVIDADE A DIREITOS DOS CONSUMIDORES - ART. 4º, III, DO CÓDIGO CONSUMERISTA - HARMONIZAÇÃO ENTRE OS POSTULADOS DO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA E DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR - DANO NÃO VERIFICADO NA HIPÓTESE - ADOÇÃO, PELO BANCO INCORPORADOR, DE MEDIDAS COMPATÍVEIS COM A INCORPORAÇÃO EMPRESARIAL - RECURSO DESPROVIDO. A arguição de eventual descumprimento de compromisso decorrente de contrato de compra e venda, sob a ótica obrigacional (ramo do direito privado), somente poderá ser aventada pelas partes contratantes. Em se tratando, contudo, de ação civil pública proposta em defesa de direitos dos consumidores, necessária a demonstração de lesividade em detrimento aos interesses de tais tutelados, sob pena de não acolhimento da pretensão. No caso, embora alegue o autor que o fechamento antecipado de agências do BESC ocasionou danos aos usuários, este não logrou êxito em comprovar os efetivos prejuízos sofridos, precipuamente porque não evidenciada irregularidade na continuidade dos serviços prestados, bem como a diminuição na rede de atendimento. (Apelação Cível n. 2012.087927-5, da Capital, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 14-10-2014).

De mais a mais, não se verifica, da parte da referida associação, uma litigância desarrazoada ou de má-fé que vá de encontro com as prerrogativas que lhe são concedidas pelo art. 18 da Lei n. 7.347/1985, tais como a desnecessidade do adiantamento de custas e a isenção de honorários de sucumbência.

Por tais razões, afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa.

Ilegitimidade passiva

Conforme bem anotado na sentença, a confirmação da sentença, no mérito, aproveita mais a quem alega ilegitimidade passiva. Por essa razão, fica prejudicada a análise da preliminar suscitada pela United Airlines INC., ainda que notoriamente não preste serviços de transporte aéreos no Estado de Santa Catarina, ao qual ficam restritos os efeitos desta Ação Civil Pública.

Preliminar afastada.

Cerceamento de defesa

Não há que se falar em cerceamento de defesa.

Em primeiro lugar, saliente-se que a associação demandante, na sua causa de pedir, adotou a notoriedade fática como premissa.

Sobretudo, não apontou um caso concreto específico capaz de justificar, com provas além daquelas acostadas aos autos, seus pedidos mandamental e condenatório.

Logo, à vista da máxima "pas nullité sans grief", não pode alegar prejuízo em razão do julgamento antecipado da lide.

Afasta-se, assim, a nulidade aventada.

Incongruência da sentença com os pedidos iniciais

Não se verifica nenhuma incongruência da sentença com o pleito autoral, a ponto de caracterizá-la sem motivação, *ultra*, *infra* ou *extra petita*. O Magistrado *a quo* decidiu os pedidos formulados pelo Instituto Liberdade nos limites em que foram propostos.

Frise-se que o Juiz se manteve adstrito às alegações iniciais e à dialética do presente caso, rejeitando a demanda no mérito, por completo (art. 459 do CPC/1973, atual art. 490 do CPC/2015).

A sentença, ademais, não incidiu em nenhuma das hipóteses do § 1º, do art. 489, do Código de Processo Civil vigente. Vale frisar, neste aspecto,

que o fato de adotar fundamentação diversa ou contrária à tese do não configura violação ao princípio da motivação das sentenças, insculpido no art. 93, IX, da Constituição da República.

Por tais razões, rejeita-se a preliminar.

Mérito:

Suposta violação da igualdade entre consumidores

A questão é singela mas não menos instigante.

A associação demandante questiona a prioridade de atendimento, no balcão de *check-in* (emissão de cartão de embarque) e no embarque de passageiros frequentes ou de portadores de cartões de fidelidade das companhias aéreas (ou de instituição financeiras).

Ao que se vê, a discussão não diz respeito a passageiros com prioridade legal, mas em relação à ordem de chegada dos passageiros comuns na fila do aeroporto.

Segundo a apelante, não seria possível a concessão de prioridade no plano contratual, baseada em discriminação econômica. No seu entender, ela violaria a isonomia entre os que não gozam de alguma prioridade legal.

Sem razão.

A Constituição Federal de 1988 garante a igualdade (formal) aos sujeitos de direito, no seu artigo 5º, *caput*, nos seguintes termos:

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.

Ao mesmo tempo, o povo também decidiu pela economia de livre mercado:

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:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003);

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995);

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O permissivo para a distinção no atendimento, está, portanto, na convivência dos princípios da igualdade formal e da livre concorrência nas relações de comércio e consumo, esta que decorre da livre iniciativa e que necessariamente leva a uma distinção material entre os contratantes, no caso, os clientes consumidores de serviços de transporte aéreo.

Como bem salientou o Magistrado de Primeira Instância, a garantia de isonomia, aqui, não prevalece sobre a economia de mercado, que permite serviços distintos a quem, de um modo ou de outro, paga a mais por eles.

Nesse contexto, ainda que dentro de um mercado altamente controlado, como o da aviação, há espaço para a liberdade contratual, da qual André Ramos Tavares tece valiosas considerações:

A liberdade de contratar envolve: 1) a faculdade de ser parte em um contrato; 2) a faculdade de se escolher com quem realizar o contrato; 3) a faculdade de escolher o tipo do negócio a realizar. 4) a faculdade de fixar o conteúdo do contrato segundo as convicções e conveniências das partes; e, por fim 5) o poder de acionar o Judiciário para fazer valer as disposições contratuais (garantia estatal da efetividade do contrato por meio da coação) [...] (Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003. p. 249)

A distinção de categorias de clientes de companhias aéreas, além de nítida e presumidamente constitucional, é perfeitamente lícita no plano da liberdade contratual. Ora, qual é o consumidor que não deseja ter incentivos e ser valorizado em razão da lealdade manifestada na compra de produtos ou

serviços de determinada empresa? Ademais, a adesão aos programas de fidelização está disponível a todos os clientes, o que os coloca em pé de igualdade de acesso aos serviços que lhes são disponibilizados por seguimento.

Saliente-se que a distinção de categorias encontra previsão, de modo indireto, no regramento dos serviços de transporte aéreo.

Tomem-se dois exemplos:

I - A Resolução n. 280, de 11 de julho de 2013, que dispõe sobre os procedimentos relativos à acessibilidade de passageiros com necessidade de assistência especial ao transporte aéreo e dá outras providências. No seu art. 6º, dispõe:

Art. 6º O PNAE tem direito aos mesmos serviços que são prestados aos usuários em geral, porém em condições de atendimento prioritário, em todas as fases de sua viagem, **inclusive com precedência aos passageiros frequentes**, durante a vigência do contrato de transporte aéreo, observadas as suas necessidades especiais de atendimento, incluindo o acesso às informações e às instruções, às instalações aeroportuárias, às aeronaves e aos veículos à disposição dos demais passageiros do transporte aéreo.

E:

II - A Resolução n. 009, de 5-6-2007, da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, que aprova a Norma Operacional de Aviação Civil – Noac, a qual dispõe sobre o acesso de passageiros que necessitam de assistência especial. De acordo com o art. 21 da normativa:

Art. 21. O embarque dos passageiros que necessitam de assistência especial será realizado prioritariamente em relação aos demais passageiros, visando permitir o conforto, a segurança e o bom atendimento. Parágrafo Único. O atendimento prioritário a que se refere o caput refere, inclusive, ao dos **possuidores de cartão de passageiro frequente**, (sem realce no original)

A toda vista, o demandante parte de premissa equivocada para concluir, também equivocadamente, que as companhias não poderiam distinguir passageiros frequentes, ou fidelizados, dos passageiros comuns.

Supõe que a existência de um atendimento destinado a clientes frequentes ou fidelizados impede a prestação de um serviço adequado aos demais passageiros, supostamente prejudicados por atrasos, overbooking etc.,

mesmo suportando idêntica taxa de embarque para utilização das instalações aeroportuárias.

Prioridade de Check-In

Como visto, a lei permite a distinção de passageiros (consumidores), entre classes.

No plano material, é muito simples verificar que o serviço prioritário de check-in destinado aos portadores de cartão de passageiros frequentes ou de clubes de fidelidade não leva necessariamente a um desequilíbrio ou prejuízo no atendimento dos demais sem prioridade legal.

Notadamente, porque, já à época em que deflagrada a presente ação, sequer era necessário entrar na fila, diante da possibilidade – indistinta e universal – da emissão de cartão de embarque por meios eletrônicos, dentre eles, totens (auto check-in), computadores domésticos (home e web check-in), telefones celulares, havendo estudos inclusive de desenvolvimento de check-in biométrico em todo o ambiente do aeroporto.

Prioridade de embarque

Quanto à prioridade de embarque, razão também não assiste a recorrente.

Primeiro porque a prioridade de ingresso em uma aeronave não é necessariamente uma vantagem em qualquer situação (tome-se, por exemplo, casos de atraso ou de cancelamento de voos em razão de pane ou mau tempo que acarretam a necessidade de desembarque).

De mais a mais, a aviação tem diversos métodos de acomodação de passageiros em aeronaves como forma de agilizar o embarque, variando a prioridade de entrada dos passageiros de acordo com a posição do assento, com o que não se insurge a apelante. Sobre o assunto, colhe-se interessante reportagem disponível em <https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/05/17/Qual-a-maneira-mais-eficiente-de-embarque-em-avi%C3%B5es>, acesso em

13-4-2018.

Ademais, as companhias, justamente para manter a uniformidade e o padrão regulamentar no atendimento dos clientes em geral, destinaram filas específicas para dar atenção a prioridades legais e a passageiros frequentes ou portadores de cartão de relacionamento que, conforme prevê o art. 21 da Resolução n. 009, de 5-6-2007, da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, podem ingressar na aeronave depois da prioridade legal.

Logo, não se verifica nenhuma conduta ilícita por parte das empresas aéreas.

Dano moral

Ainda que se admitisse uma potencial lesividade da conduta, entende-se:

Não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde dos limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem patrimonial coletiva. (REsp 1.221.756-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 2-2-2012)

Fosse, ainda, hipótese de violação de direitos individuais homogêneos, ou seja, de uma coletividade ou de grupo que, de algum modo, se sentisse prejudicado, sua análise exigiria a verificação de um evento específico, sequer mencionado na petição inicial do demandante.

Segue idêntico raciocínio, *mutatis mutandis*, o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DO CONSUMIDOR. HIPÓTESE DE DESCABIMENTO DE CONDENAÇÃO EM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO.

Não cabe condenação a reparar dano moral coletivo quando, de cláusula de contrato de plano de saúde que excluiu a cobertura de próteses cardíacas indispensáveis a procedimentos cirúrgicos cobertos pelo plano, não tenham decorrido outros prejuízos além daqueles experimentados por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou teve de desembolsar os valores ilicitamente sonegados pelo plano.

Como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com os tradicionais atributos da pessoa humana relativos à

dor, sofrimento ou abalo psíquico, é possível afirmar-se cabível o dano moral coletivo. Além disso, embora o mesmo direito não pertença, a um só tempo, a mais de uma categoria de direito coletivo (direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer.

No entanto, na hipótese não se vislumbra dano de ordem coletiva, cujas vítimas seriam os atuais contratantes do plano de saúde, nem de ordem difusa, cujas vítimas seriam os indetermináveis futuros contratantes do plano. Os prejuízos, na hipótese, dizem respeito a direitos individuais homogêneos. Na verdade, a cláusula contratual restritiva permanece inoperante até que algum contratante venha a pleitear o serviço por ela excluído. Antes disso, é mera previsão contratual abstrata, incapaz de gerar qualquer efeito fora da idealização normativa avençada. Aplica-se a antiga - e cotidianamente repetida - ideia segundo a qual a responsabilidade civil requer, de regra, ilegalidade da conduta (salvo exceções de responsabilização por ato lícito), dano e nexo causal. Se é certo que a cláusula contratual em apreço constitui reconhecida ilegalidade, não é menos certo que nem toda ilegalidade se mostra apta a gerar dano, circunstância essa que se faz presente no caso em exame. REsp 1.293.606-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 2-9-014).

No caso, o autor não apontou nenhuma situação concreta de embarque prioritário de classe de passageiros que tenha levado outra a grave constrangimento por aflição, atraso de voo ou *overbooking*.

Nesse ponto, aliás, tem razão a United Airlines INC. ao asseverar que "não há relação alguma entre uma fila de passageiros para embarque e suposto *overbooking*, fenômeno este causado pela venda de passagens em número maior do que se pode ser oferecido" (fl. 246).

Logo, no plano individual ou coletivo, não há que se falar em dano moral, na espécie. Nessa toada, merece destaque a sentença:

Inimaginável, desse modo, supor que as empresas aéreas viessem a ser expostas a um sancionamento porque meramente estão inseridas em uma economia de mercado, dando algum, reconhecimento a quem, de alguma forma, lhe dá um retorno financeiro.

Não consta nenhuma situação de humilhação a consumidores. Se fosse assim, aliás, deveríamos punir os donos de restaurantes caros ou hotéis sofisticados por apenas permitirem que, excetuados aqueles com potencial para suportar contas destacadas, as pessoas possam mirar os abonados ingressando nos tais estabelecimentos. Os camarotes em campos de futebol haveriam de ser nivelados com as arquibancadas. (fl. 359)

Por fim, saliente-se que a intervenção judicial proibitiva, tal como

pleiteada pelo acionante, ganha contornos de intervenção estatal tipicamente regulatória e por isso exige "respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170 (RE 422.941, rel. min. Carlos Velloso, j. 5-12-2005). No caso, o próprio Instituto Liberdade pe quem flagrantemente viola o princípio da igualdade na medida em que propôs a presente Ação Civil Pública apenas contra três companhias aéreas.

Ainda que se acolhesse a hipótese defendida pela parte autora, não há dúvida de que a tutela judicial pleiteada não alcançaria todas as empresas que operam voos no Estado de Santa Catarina, circunstância que evidencia discriminação por parte da demandante e importaria grave desequilíbrio de concorrência em favor das aéreas que não foram demandadas, violando, assim, princípio consagrado no art. 170, IV, da CRFB.

Por todas essas razões, mantém-se a sentença de improcedência da presente demanda, em todos os seus termos.

Conclusão

Ante o exposto, conhece-se do apelo e nega-se-lhe provimento.

Este é o voto.