

Proc. n. 0816363-41.2016.4.05.8100

Apelante: DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE PROTECAO E DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Apelado: AGENCIA NACIONAL DE AVIACAO CIVIL – ANAC

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL **LEONARDO CARVALHO** (Relator): Trata-se de apelação do DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE PROTECAO E DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR e remessa oficial de sentença da 10ª Vara Federal do Ceará que julgou improcedente a “*ação civil pública ajuizada pelo Departamento Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON, órgão do Município de Fortaleza, contra a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), por meio da qual pretende o reconhecimento da invalidade de diversos dispositivos da Resolução nº 400, de 13.12.2016, quais sejam os arts. 3º, 4º, §2º, 9º, 11 e 19*”.

A sentença recorrida estipulou que: "*Deve-se ponderar, no entanto, que a mera desregulamentação da franquia de bagagem despachada, por si só, não representa violação a direitos do consumidor ou concessão de vantagem excessiva ao fornecedor. Tratando-se o transporte aéreo de pessoas, além de um serviço de interesse público, de uma atividade empresarial, ainda que exaustivamente regulada pelo Poder Público, deve proporcionar lucro às pessoas jurídicas que exploram essa atividade, de modo que quaisquer custos que venham a ser impostos à sociedade empresária devem ser repassados para o consumidor no preço final do produto ou serviço, do contrário a companhia aérea sofrerá prejuízos, o que ao longo do tempo inviabilizará a continuidade de seus serviços e a sua própria existência*". Entendeu, ainda, que não houve violação aos dispositivos da Resolução 400/2016/ANAC indicados pelo autor na inicial da ACP, por terem sido resultado de estudos técnicos e de audiência pública, estando eles dentro da esfera do poder de polícia exercido pela ANAC.

Alega o apelante DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE PROTECAO E DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR que a Resolução nº 400/2016 da ANAC viola os preceitos do CDC e que se a sentença recorrida não for alterada redundará em incremento nas despesas do usuário dos serviços de transporte aéreo. Argumenta que o consumidor terá que arcar com o custo de um serviço acessório adicional, esse anteriormente já computado no principal, sem que tenham sido apresentados elementos indicativos da não onerosidade aos consumidores com as novas regras. Afirma que o parecer do MPF foi pelo acolhimento da pretensão. Sustenta ainda que as multas são extremamente onerosas. Aduz que a retirada do benefício pertinente a franquia de bagagem nos limites estabelecidos anteriormente, aplicada em outros países consoante informado pelo MP, não trouxe a redução nos valores das passagens, ou qualquer outra melhoria na prestação. Aduz que a cobrança da bagagem despachada e o fim da franquia de bagagem importará em violação ao direito do consumidor, sem

qualquer ganho para o mesmo. Informa ainda que o prazo de desistência contratual há nítido conflito entre o texto da regulação e o Código de Defesa do Consumidor, que estabelece um prazo de 7 (sete) dias enquanto a Resolução limita em 24 horas do serviço. Requer o recebimento do recurso em ambos os efeitos e a reforma da decisão recorrida, com a suspensão da eficácia dos dispositivos oriundos da Resolução nº. 400, de 13 de dezembro de 2016, quais sejam: art. 3º, §2º e arts. 4º, 9º, 11 e 19, todos da referida Resolução.

O Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor - FNECDC e o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON ingressaram no feito na qualidade de *amicus curiae* (id: 4050000.11562462). O primeiro manifesta-se pela suspensão dos dispositivos da Resolução 400/2016, alegando que a expectativa otimista da ANAC não se concretizou nos preços das passagens. Não houve manifestação de mérito do segundo.

A ABEAR e o CFOAB ingressaram no processo como assistentes simples do apelante, havendo a ordem dos advogados postulado a concessão de tutela de urgência incidental, não conhecida por decisão monocrática deste relator (id: 4050000.11651956). Ambos os assistentes pedem pela reforma integral da sentença.

Parecer do MPF, em segundo grau, pelo desprovimento das apelações.

Contrarrazões apresentadas.

Inclua-se o feito em pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL **LEONARDO CARVALHO**

(Relator): Observa-se que o CC 151550/CE foi julgado definitivamente pelo STJ para declarar a competência do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, pelo que restaram validados os atos praticados pelo Juízo recorrido, inclusive a sentença prolatada, podendo o feito ter o seu regular processamento. (Primeira Seção, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, por maioria, Julgamento: 24/04/2019).

Registre-se que os processos envolvidos no conflito suscitado foram as Ações Cíveis Públicas nº. 0002138-55.2017.4.03.6100, em trâmite na 22ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, nº 0000752-93.2017.4.01.3400, em trâmite na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e nº. 0816363-41.2016.4.05.8100 processada na referida Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará (anteriormente distribuída à 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, sob o nº. 0810187-28.2016.4.05.8300, mas remetida ao Ceará por conexão). O STJ declarou, portanto, a competência do Juízo do Ceará para processar os feitos.

Esse Colegiado julgou anteriormente o AGTR 0804181-39.2017.4.05.0000, vinculado a ACP 0002138-55.2017.4.03.6100, distribuída na 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, conexa ao presente feito. O recurso de agravo havia sido interposto contra decisão que acolheu o pedido de reconsideração elaborado pela ANAC (pedido de tutela de urgência incidental), restabelecendo a vigência dos arts. 13 e 14, § 2º, da Resolução nº 400/2016 da ANAC. Ou seja, o agravo julgado por esta Segunda Turma está conexo a uma ação civil pública que questiona dispositivos diversos dos combatidos na presente ação civil pública.

Dito isto, passa-se a analisar os artigos da Resolução nº. 400/2016/ANAC, objeto da presente Ação Civil Pública (proc. n. 0816363-41.2016.4.05.8100), quais sejam, os arts. 3º, 4º, §2º, 9º, 11 e 19, abaixo transcritos:

Art. 3º. O transportador deverá oferecer ao passageiro, pelo menos, uma opção de passagem aérea em que a multa pelo reembolso ou remarcação não ultrapasse 5% (cinco por cento) do valor total dos serviços de transporte aéreo, observado o disposto nos arts.11 e 29, parágrafo único, desta Resolução.

Art. 4º. A oferta de serviços de transporte aéreo de passageiros, em quaisquer canais de comercialização, conjugado ou não com serviços de turismo, deverá apresentar o valor total da passagem aérea a ser pago pelo consumidor.

§2º O valor final a ser pago será acrescido de eventuais serviços opcionais contratados ativamente (regra *opt-in*) pelo consumidor no processo de comercialização da passagem aérea.

Art. 9º. As multas contratuais não poderão ultrapassar o valor dos serviços de transporte aéreo.

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.

Art. 19. Caso o passageiro não utilize o trecho inicial nas passagens do tipo ida e volta, o transportador poderá cancelar o trecho de volta.

A Resolução nº. 400, de 13 de dezembro de 2016, da ANAC, veio dentro de um contexto histórico de flexibilização regulatória ou desregulamentação do setor aéreo no Brasil, iniciado nos fins dos anos 80, com a Portaria 318/SPL/1989, do antigo Departamento de Aviação Civil (DAC), pertencente ao Ministério da Aeronáutica, com a implementação do regime de bandas tarifárias. Com a Quinta Conferência Nacional de Aviação Comercial (V CONAC, 1991), se estabeleceu uma nova política para o transporte aéreo no Brasil, com a eliminação de entraves e o incentivo ao ingresso de novas empresas de aviação. Buscou-se acabar com a lógica de reserva de mercado reinante no período militar, quando as tarifas eram definidas de forma rígida pelo governo federal, por meio do DAC. Em 2001, com a Portaria 248, do Ministério da Fazenda, fincou-se o regime de liberdade tarifária para os voos domésticos, com as empresas aéreas definindo suas próprias tarifas e rotas. Tal regime ganhou status legal com a Lei nº. 11.182/2005, de iniciativa da ANAC. Tal mudança de panorama garantiu uma queda dos preços das passagens aéreas (65% de queda), e um aumento no número de passageiros (quase 200% de aumento), conforme gráfico apresentado no acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU – ACÓRDÃO nº. 2955/2018). As empresas aéreas, com a liberdade tarifária, passaram a buscar a eficiência empresarial, o que levou a uma popularização dos serviços aéreos.

A Resolução da ANAC 400/2016 dispõe sobre as Condições Gerais do Transporte Aéreo de Passageiros (CGTA). A norma regulamentar foi editada após um longo período de maturação, iniciado em 2012, com debates, reuniões participativas, consulta pública (Consulta Pública 04/12) e audiências públicas (Audiência Pública 03/2013 e 03/2016), almejando permitir a oferta de mais opções de serviços e preços ao consumidor. Em razão da repercussão da desregulamentação da franquia de bagagens trazida pela aludida resolução, diversas entidades, públicas e privadas, se manifestaram sobre a medida.

Opção de passagem com multa por desistência ou remarcação limitada a 5% do valor do bilhete. Art. 3º.

O Parecer Técnico nº. 197/2016 da Secretaria de Apoio Pericial do MPF (Seap), elaborado pela assessoria para temas relativos ao consumidor e a Ordem Econômica, entendeu que, em relação à rescisão contratual e às multas, o sentido econômico pretendido pela ANAC na Resolução 400/2016 está correto, na medida em que se busca o equilíbrio entre a garantia de restituição justa quando a alteração não compromete as condições de renegociação das passagens pela empresa com a eficiência das políticas de preço. Entendeu o MPF que o art. 3º da resolução objeto da lide apenas veio compatibilizar a multa de 5% com as determinações do Código Civil Brasileiro. Isso porque o disposto no art. 740, §3º, do CC/02 prevê multa compensatória de até 5% no caso de rescisão do contrato de passagem aérea. Embora a resolução garanta apenas que um tipo de passagem deve obedecer a esse percentual, considerando o art. 11 da resolução, que prevê a desistência sem ônus ao consumidor, desde que exercida em 24h, a opção de uma passagem com multa compensatória limitada aos 5%, quando a desistência é exercida para além das 24h, é uma evolução. Entendeu o MPF, no Parecer Técnico nº. 197/2016/Seap, que: *“Tem razão a agência quando afirma que o percentual fixo de 5% para qualquer patamar de passagem pode afetar a política de formação de*

preços das empresas no sentido de inibir a oferta de passagens promocionais, se aplicado a todo e qualquer caso de remarcação ou cancelamento. Isso ocorreria porque o custo de cancelamento ou remarcação para o passageiro poderia ser extremamente baixo, trazendo imprevisibilidade para o planejamento de voo pela empresa”.

Consta, ainda, nos elementos de prova trazidos, que a receita das companhias aéreas concernentes a penalidades impostas decorrentes do contrato compõe apenas 3,6% do total auferido, conforme pesquisa realizada no segundo semestre de 2018 e constante no ACÓRDÃO TCU nº. 2955/2018.

Oferecimento de serviços opcionais. A cobrança da bagagem despachada como contrato acessório. Art. 4º, §2º.

A questão da bagagem, prevista nos arts. 13 e 14 da Resolução 400/2016/ANAC, apesar de não ser objeto direto da ACP nº. 0816363-41.2016.4.05.8100, foi trazida à tona em razão do pedido de suspensão de eficácia do art. 4º, §2º da resolução, que fala que o preço final dos serviços aéreos oferecidos será acrescido dos serviços opcionais. Como o art. 13 diz que o transporte de bagagem será contrato acessório oferecido pelo transportador, a leitura do art. 4º, §2º (a cobrança de serviços opcionais) acaba por coligar-se ao art. 13 (bagagem como contrato acessório)

Essa perspectiva figura, inclusive, como causa de pedir da ação civil pública. Segue os termos da inicial: *“O dispositivo acima (§2º do art 4º) trata especificamente da possibilidade de se inserir como serviço acessório o custo no transporte da bagagem, que pelas regras atuais permite ao passageiro o transporte de 23Kg, em território nacional e duas malas de 32 Kg em voos internacionais sem custo extra, além da bagagem de mão não superior a 5Kg (...) Mantida a regulação nos termos acima passaria o consumidor a custear as despesas com o transporte de sua bagagem, resultando em elevação significativa no preço final do serviço de transporte, convertendo-se em prática abusiva capitulada no art. 39, incisos V e X do Código de Defesa do Consumidor”.*

Passa-se, assim, apreciar a questão da bagagem como possível serviço opcional oferecido ao passageiro.

Antes da Resolução 400 de 2016 da ANAC, o passageiro tinha o direito de despachar uma peça de 23 kg em voos domésticos e duas de 32 kg em voos internacionais. Com a resolução, aumentou-se a franquia da bagagem de mão de 5 para 10kg e passou-se a considerar contrato acessório a bagagem despachada.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Sae/MF), a área pericial da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (3ª CCF/MPF) e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados se mostraram favoráveis à resolução 400/2016, considerando a legislação pátria e o contexto histórico da aviação comercial civil no Brasil, visto que a normativa favorece o surgimento de empresas de baixo custo no mercado. Entendeu-se, também, que a venda de passagem aérea com franquia de bagagem despachada é procedimento caracterizado

como “venda casada”, vedado pelo art. 39, I do CDC, e que vedado tal procedimento, o custo da passagem será menor aos consumidores

Por sua vez, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e a Comissão Especial de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil se posicionaram de forma contrária à norma editada pela ANAC. Assentaram que o fim das franquias mínimas de bagagem não representa efeito de benefício direto aos passageiros, com a redução dos custos revertido em diminuição do preço dos bilhetes, representando um retrocesso ao direito dos consumidores

O ACÓRDÃO do TCU nº. 2955/2018 (Proc. nº. 012.750/2018-2), com respaldo na Nota Técnica 8/2018/SAS, elaborada pela ANAC, procurou esclarecer as questões suscitadas pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados do Congresso Nacional, a respeito da Resolução 400/2016. Afirma que o objetivo da cobrança em separado da bagagem não é, necessariamente, a redução do preço da passagem, mas dar continuidade a desregulamentação do setor, dentro do princípio da liberdade tarifária, fomentando a concorrência entre as empresas aéreas com a possibilidade de uma maior oferta de serviços e tipos de passagem, evitando que os passageiros sem bagagem subsidiem os passageiros com passagem despachada. Os sem bagagem foram 35% do total de passageiros em 2015 e variou entre 30 e 42% entre 2016 e julho de 2017, ficando entre 46 e 57% a partir de 2017. O preço da passagem envolve diversos aspectos como taxa de câmbio, preço do querosene de avião, manutenção das aeronaves, despesas operacionais e outros custos. O estudo também indica que o peso da bagagem despachada vem caindo; era 12,9kg em 2008 e ficou em 8,6Kg em 2018.

O TCU aponta que o aumento da passagem constatado pelo IBGE e pela FGV derivam de metodologia de cálculo diferente em relação à ANAC, com aquelas instituições avaliando os preços a partir dos índices mensais de inflação, enquanto a ANAC compara mês do ano em referência com o mês do ano anterior, evitando os efeitos sazonais.

Com a desregulamentação da franquia da bagagem pretende-se o ingresso do capital estrangeiro no mercado de empresas aéreas, com a entrada das empresas *low cost* que operam com custo reduzido e focam na margem de lucros provenientes dos serviços oferecidos, de forma avulsa. Três dessas empresas mostraram interesse (*Norwegian Air, Avian e Sky Airline*)

O TCU concluiu que *“a edição da Resolução-Anac 400/2016, que desregulamentou a franquia de bagagem despachada, foi precedida de estudos regulatórios consistentes e de ampla discussão com os interessados, e tende a ser favorável ao consumidor, assim como as demais medidas de flexibilização regulatória setorial (...) os efeitos das novas medidas implementadas pela Resolução-ANAC 400/2016 serão acompanhados pela agência reguladora mediante relatório sobre aplicação, eficácia e resultados, a ser submetido à diretoria após cinco anos de vigência do normativo, nos termos do art. 42, não necessitando, neste momento, de medidas adicionais”*.

Registre-se, ainda, que o Poder Legislativo tentou modificar a redação da Lei nº. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), com o objetivo de isentar a

cobrança de bagagens e estabelecer uma franquia mínima obrigatória na compra das passagens aéreas. A iniciativa do Legislativo recebeu veto do Poder Executivo. O Projeto de Lei de Conversão nº. 06 e 12, de 2019, de autoria do Senador Roberto Rocha e oriundo da Medida Provisória nº. 863/2018, recebeu veto presidencial, no que diz respeito ao regime de bagagens proposto (isenção da cobrança pelas bagagens). Na razão presidencial do veto constou que: “(...) *ao estabelecer a franquia mínima obrigatória de bagagens, inclusive do consumidor que não necessite desse serviço, o dispositivo proposto contraria o interesse público, tendo em vista que o mercado de transporte aéreo é concentrado e carece de maior nível de concorrência. Ocorre que a obrigatoriedade da franquia de bagagem limita a concorrência, pois impacta negativamente o modelo de negócios das empresas aéreas de baixo custo, cuja principal característica é a venda em separado de diversos itens que compõem o serviço de transporte aéreo*”.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) manifestou-se de forma contrária ao referido projeto de lei, endossando o veto presidencial, por considerar que a volta da franquia da bagagem prejudicará o ingresso das empresas *low cost* no mercado nacional, prejudicando os próprios consumidores (Nota Técnica nº. 11/2019/DEF/CADE).

As multas contratuais limitam-se ao valor da passagem aérea. Art. 9º.

Esse dispositivo foi abordado sucintamente pela parte autora. Alegou o postulante que fazer o consumidor arcar com multa equivalente ao valor pago pela prestação do serviço atenta contra os “*princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade dentre outros, regramento de pronto acintoso aos ditames preconizados em nossa Carta Magna, distante inclusive da própria razão da existência das Agências no seu papel regulador de não desprezar os aspectos pertinentes à proteção do consumidor*”.

O fato da cláusula penal ou multa não poder superar o valor da obrigação principal, o que significa também que pode alcançá-lo, decorre de texto expresso de lei, conforme se verifica no art. 412 do CC/02: “*O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal*”. Havendo a agência reguladora de aviação civil editado resolução com texto quase idêntico ao permissivo legal, não há maiores ponderação a se fazer a respeito.

Desistência. Art. 11.

O ACÓRDÃO nº. 1241/2018 do TCU (proc. n. 012.744/2017-4), decorrente de uma solicitação de auditoria da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados do Congresso Nacional (CDC/CD), concluiu que a Resolução 400/2016 da ANAC assegurou garantia certa ao consumidor de poder desistir de seu contrato, sem qualquer ônus, no prazo de 24 horas, a partir da aquisição do serviço (desde que o serviço seja executado em prazo igual ou superior a sete dias), e que essa regra valerá não só para a compras de passagem aérea realizadas a distância, mas também para àquelas que se realizem nas loja físicas das empresas. Entendeu o TCU que tal medida foi um ganho ao consumidor, visto que a jurisprudência pátria, em sua maioria, não

aplica o direito de arrependimento de até 7 dias para as compras *online* previsto no art. 49 do CDC.

Cancelamento do trecho de volta. Art. 19.

Não se vislumbra qualquer ilegalidade no dispositivo que permite o cancelamento do trecho de volta quando o trecho inicial não seja utilizado. O passageiro continua com a possibilidade de remarcação ou reembolso, não havendo o enriquecimento ilícito das companhias aéreas com tal medida. Ademais, o parágrafo único do dispositivo estipula que: “*Não se aplica a regra do caput deste artigo caso o passageiro informe, até o horário originalmente contratado para o trecho de ida do voo doméstico, que deseja utilizar o trecho de volta, sendo vedada a cobrança de multa contratual para essa finalidade*”.

A Nota Técnica 19 (SEI) 2016/GCON/SAS da ANAC assentou que a prática do *non-show* pelo passageiro libera o transportador para comercializar novamente o espaço não utilizado, sem que isso signifique eventual enriquecimento sem causa, apropriação indébita ou venda dupla do assento, pois o passageiro não estava presente para usufruir seu direito, que foi devidamente disponibilizado a ele, e que o parágrafo único da norma buscou criar um meio para que o passageiro possa manter seu voo de retorno mediante comunicação ao transportador.

O poder de polícia da ANAC foi exercido dentro de seus naturais matizes, tanto que a resolução objeto da controvérsia foi precedida de estudos e debates em audiência pública, e que seu art. 42 prevê que a Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos – SAS, deverá submeter à Diretoria, após 5 (cinco) anos de vigência da Resolução 400/2016, relatório sobre sua aplicação, eficácia e resultados, com a indicação de possíveis pontos para revisão. Tal dispositivo denota que o poder de polícia de regulamentar a política tarifária da aviação no Brasil, dentro do espectro do princípio da liberdade tarifária, disposta no art. 49, §1º da Lei nº. 11.182/05, foi exercido corretamente pela ANAC. Nesse sentido, seus atos normativos gozam de presunção de veracidade e legitimidade.

Manutenção da sentença quanto à isenção de custas e honorários advocatícios, nos termos dos arts. 18 da Lei nº 7.347/1985 e 87 do Código de Defesa do Consumidor.

Diante do exposto, nego provimento à apelação e remessa oficial.

É como voto.

Proc. n. 0816363-41.2016.4.05.8100

Apelante: DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE PROTECAO E DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Apelado: AGENCIA NACIONAL DE AVIACAO CIVIL – ANAC

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESOLUÇÃO Nº. 400/2016 DA ANAC. DECISÃO FINAL NO CC Nº. 151.550/CE. COMPETÊNCIA DA 10ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO CEARÁ. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DOS ARTS. 3º, 4º, §2º, 9º, 11º E 19º DA RESOLUÇÃO Nº. 400/2016 DA ANAC. PODER REGULAMENTAR EXERCIDO DENTRO DO MOVIMENTO DE DESREGULAMENTAÇÃO DO SETOR INICIADO NOS FINS DOS ANOS 80 E EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE TARIFÁRIA. REALIZAÇÃO PRÉVIA DE ESTUDOS TÉCNICOS E AUDIÊNCIA PÚBLICA. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DENTRO DAS LIMITAÇÕES LEGAIS. LEGALIDADE DOS DISPOSITIVOS OBJETO DA ACP. IMPROVIMENTO.

1. Apelação do DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE PROTECAO E DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR e remessa oficial de sentença da 10ª Vara Federal do Ceará que julgou improcedente a *“ação civil pública ajuizada pelo Departamento Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON, órgão do Município de Fortaleza, contra a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), por meio da qual pretende o reconhecimento da invalidade de diversos dispositivos da Resolução nº 400, de 13.12.2016, quais sejam os arts. 3º, 4º, §2º, 9º, 11 e 19”*.
2. A sentença recorrida estipulou que: *"Deve-se ponderar, no entanto, que a mera desregulamentação da franquia de bagagem despachada, por si só, não representa violação a direitos do consumidor ou concessão de vantagem excessiva ao fornecedor. Tratando-se o transporte aéreo de pessoas, além de um serviço de interesse público, de uma atividade empresarial, ainda que exaustivamente regulada pelo Poder Público, deve proporcionar lucro às pessoas jurídicas que exploram essa atividade, de modo que quaisquer custos que venham a ser impostos à sociedade empresária devem ser*

repassados para o consumidor no preço final do produto ou serviço, do contrário a companhia aérea sofrerá prejuízos, o que ao longo do tempo inviabilizará a continuidade de seus serviços e a sua própria existência". Entendeu, ainda, que não houve violação aos dispositivos da Resolução 400/2016/ANAC indicados pelo autor na inicial da ACP, por terem sido resultado de estudos técnicos e de audiência pública, estando eles dentro da esfera do poder de polícia exercido pela ANAC.

3. Alega o apelante DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE PROTECAO E DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR que a Resolução nº 400/2016 da ANAC viola os preceitos do CDC e que se a sentença recorrida não for alterada redundará em incremento nas despesas do usuário dos serviços de transporte aéreo. Argumenta que o consumidor terá que arcar com o custo de um serviço acessório adicional, esse anteriormente já computado no principal, sem que tenham sido apresentados elementos indicativos da não onerosidade aos consumidores com as novas regras. Afirma que o parecer do MPF foi pelo acolhimento da pretensão. Sustenta ainda que as multas são extremamente onerosas. Aduz que a retirada do benefício pertinente a franquia de bagagem nos limites estabelecidos anteriormente, aplicada em outros países consoante informado pelo Ministério Público, não trouxe a redução nos valores das passagens, ou qualquer outra melhoria na prestação. Informa ainda que o prazo de desistência contratual há nítido conflito entre o texto da regulação e o Código de Defesa do Consumidor, que estabelece um prazo de 7 (sete) dias enquanto a Resolução limita em 24 horas do serviço. Requer o recebimento do recurso em ambos os efeitos e a reforma da decisão recorrida, com a suspensão da eficácia dos dispositivos oriundos da Resolução nº. 400, de 13 de dezembro de 2016, quais sejam: art. 3º, §2º e arts. 4º, 9º, 11 e 19, todos da referida Resolução.
4. O Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor - FNECDC e o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON ingressaram no feito na qualidade de *amicus curiae* (id: 4050000.11562462). O primeiro manifesta-se pela suspensão dos dispositivos da Resolução 400/2016, alegando que a expectativa otimista da ANAC não se concretizou nos preços das passagens. Não houve manifestação de mérito do segundo.
5. A ABEAR e o CFOAB ingressaram no processo como assistentes simples do apelante, havendo a ordem dos advogados postulado a concessão de tutela de urgência incidental, não conhecida por decisão monocrática deste relator (id: 4050000.11651956). Ambos os assistentes pedem pela reforma integral da sentença.
6. Observa-se que o CC 151550/CE foi julgado definitivamente pelo STJ para declarar a competência do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, pelo que restaram validados os atos praticados pelo Juízo recorrido, inclusive a sentença prolatada, podendo o feito ter o seu regular processamento. (Primeira Seção,

Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, por maioria, Julgamento: 24/04/2019).

7. Registre-se que os processos envolvidos no conflito suscitado foram as Ações Cíveis Públicas nº. 0002138-55.2017.403.6100, em trâmite na 22ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, nº 0000752-93.2017.4.01.3400, em trâmite na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e nº. 0816363-41.2016.4.05.8100 processada na referida Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará (anteriormente distribuída à 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, sob o nº. 0810187-28.2016.4.05.8300, mas remetida ao Ceará por conexão). O STJ declarou, portanto, a competência do Juízo do Ceará para processar os feitos.
8. Esse Colegiado julgou anteriormente o AGTR 0804181-39.2017.4.05.0000, vinculado a ACP 0002138-55.2017.4.03.6100, distribuída na 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, conexa ao presente feito. O recurso de agravo havia sido interposto contra decisão que acolheu o pedido de reconsideração elaborado pela ANAC (pedido de tutela de urgência incidental), restabelecendo a vigência dos arts. 13 e 14, § 2º, da Resolução nº 400/2016 da ANAC. Ou seja, o agravo julgado por esta Segunda Turma está conexo a uma ação civil pública que questiona dispositivos diversos dos combatidos na presente ação civil pública.
9. Dito isto, passa-se a analisar os artigos da Resolução nº. 400/2016/ANAC, objeto da presente Ação Civil Pública (proc. n. 0816363-41.2016.4.05.8100), quais sejam, os arts. 3º, 4º, §2º, 9º, 11 e 19, a seguir transcritos: Art. 3º. *“O transportador deverá oferecer ao passageiro, pelo menos, uma opção de passagem aérea em que a multa pelo reembolso ou remarcação não ultrapasse 5% (cinco por cento) do valor total dos serviços de transporte aéreo, observado o disposto nos arts. 11 e 29, parágrafo único, desta Resolução (...)”* Art. 4º. *A oferta de serviços de transporte aéreo de passageiros, em quaisquer canais de comercialização, conjugado ou não com serviços de turismo, deverá apresentar o valor total da passagem aérea a ser pago pelo consumidor. §2º O valor final a ser pago será acrescido de eventuais serviços opcionais contratados ativamente (regra opt-in) pelo consumidor no processo de comercialização da passagem aérea (...)”* Art. 9º. *As multas contratuais não poderão ultrapassar o valor dos serviços de transporte aéreo (...)”* 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 (...)”* Art. 19. *Caso o passageiro não utilize o trecho inicial nas passagens do tipo ida e volta, o transportador poderá cancelar o trecho de volta.*
10. A Resolução nº. 400, de 13 de dezembro de 2016, da ANAC, veio dentro de um contexto histórico de flexibilização regulatória ou desregulamentação do setor aéreo no Brasil, iniciado nos fins dos anos 80, com a Portaria 318/SPL/1989, do antigo Departamento de Aviação Civil (DAC), pertencente ao Ministério da Aeronáutica, com a implementação do regime de bandas tarifárias. Com a Quinta Conferência Nacional de Aviação Comercial (V CONAC, 1991), se

estabeleceu uma nova política para o transporte aéreo no Brasil, com a eliminação de entraves e o incentivo ao ingresso de novas empresas de aviação. Buscou-se acabar com a lógica de reserva de mercado reinante no período militar, quando as tarifas eram definidas de forma rígida pelo governo federal, por meio do DAC. Em 2001, com a Portaria 248, do Ministério da Fazenda, fincou-se o regime de liberdade tarifária para os voos domésticos, com as empresas aéreas definindo suas próprias tarifas e rotas. Tal regime ganhou status legal com a Lei nº. 11.182/2005, de iniciativa da ANAC. Tal mudança de panorama garantiu uma queda dos preços das passagens aéreas (65% de queda), e um aumento no número de passageiros (quase 200% de aumento), conforme gráfico apresentado no acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU – ACÓRDÃO nº. 2955/2018). As empresas aéreas, com a liberdade tarifária, passaram a buscar a eficiência empresarial, o que levou a uma popularização dos serviços aéreos.

11. A Resolução da ANAC 400/2016 dispõe sobre as Condições Gerais do Transporte Aéreo de Passageiros (CGTA). A norma regulamentar foi editada após um longo período de maturação, iniciado em 2012, com debates, reuniões participativas, consulta pública (Consulta Pública 04/12) e audiências públicas (Audiência Pública 03/2013 e 03/2016), almejando permitir a oferta de mais opções de serviços e preços ao consumidor. Em razão da repercussão da desregulamentação da franquia de bagagens trazida pela aludida resolução, diversas entidades, públicas e privadas, se manifestaram sobre a medida.
12. Opção de passagem com multa por desistência ou remarcação limitada a 5% do valor do bilhete. Art. 3º. O Parecer Técnico nº. 197/2016 da Secretaria de Apoio Pericial do MPF (Seap), elaborado pela assessoria para temas relativos ao consumidor e a Ordem Econômica, entendeu que, em relação à rescisão contratual e às multas, o sentido econômico pretendido pela ANAC na Resolução 400/2016 está correto, na medida em que se busca o equilíbrio entre a garantia de restituição justa quando a alteração não compromete as condições de renegociação das passagens pela empresa com a eficiência das políticas de preço. Entendeu o MPF que o art. 3º da resolução objeto da lide apenas veio compatibilizar a multa de 5% com as determinações do Código Civil Brasileiro. Isso porque o disposto no art. 740, §3º, do CC/02 prevê multa compensatória de até 5% no caso de rescisão do contrato de passagem aérea. Embora a resolução garanta apenas que um tipo de passagem deve obedecer a esse percentual, considerando o art. 11 da resolução, que prevê a desistência sem ônus ao consumidor, desde que exercida em 24h, a opção de uma passagem com multa compensatória limitada aos 5%, quando a desistência é exercida para além das 24h, é uma evolução. Entendeu o MPF, no Parecer Técnico nº. 197/2016/Seap, que: *“Tem razão a agência quando afirma que o percentual fixo de 5% para qualquer patamar de passagem pode afetar a política de formação de preços das empresas no sentido de inibir a oferta de passagens promocionais, se aplicado a todo e qualquer caso de remarcação ou cancelamento. Isso ocorreria porque o custo de cancelamento ou*

remarcação para o passageiro poderia ser extremamente baixo, trazendo imprevisibilidade para o planejamento de voo pela empresa”.

13. Consta, ainda, nos elementos de prova trazidos, que a receita das companhias aéreas concernentes a penalidades impostas decorrentes do contrato compõe apenas 3,6% do total auferido, conforme pesquisa realizada no segundo semestre de 2018 e constante no ACÓRDÃO TCU nº. 2955/2018.
14. Oferecimento de serviços opcionais. A cobrança da bagagem despachada como contrato acessório. Art. 4º, §2º. A questão da bagagem, prevista nos arts. 13 e 14 da Resolução 400/2016/ANAC, apesar de não ser objeto direto da ACP nº. 0816363-41.2016.4.05.8100, foi trazida à tona em razão do pedido de suspensão de eficácia do art. 4º, §2º da resolução, que fala que o preço final dos serviços aéreos oferecidos será acrescido dos serviços opcionais. Como o art. 13 diz que o transporte de bagagem será contrato acessório oferecido pelo transportador, a leitura do art. 4º, §2º (a cobrança de serviços opcionais) acaba por coligar-se com o art. 13 (bagagem como contrato acessório). Essa perspectiva figura, inclusive, como causa de pedir da ação civil pública. Segue os termos da inicial: *“O dispositivo acima (§2º do art 4º) trata especificamente da possibilidade de se inserir como serviço acessório o custo no transporte da bagagem, que pelas regras atuais permite ao passageiro o transporte de 23Kg, em território nacional e duas malas de 32 Kg em voos internacionais sem custo extra, além da bagagem de mão não superior a 5Kg (...) Mantida a regulação nos termos acima passaria o consumidor a custear as despesas com o transporte de sua bagagem, resultando em elevação significativa no preço final do serviço de transporte, convertendo-se em prática abusiva capitulada no art. 39, incisos V e X do Código de Defesa do Consumidor”.*
15. Passa-se, assim, apreciar a questão da bagagem como possível serviço opcional oferecido ao passageiro. Antes da Resolução 400 de 2016 da ANAC, o passageiro tinha o direito de despachar uma peça de 23 kg em voos domésticos e duas de 32 kg em voos internacionais. Com a resolução, aumentou-se a franquia da bagagem de mão de 5 para 10kg e passou-se a considerar contrato acessório a bagagem despachada.
16. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Sae/MF), a área pericial da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (3ª CCF/MPF) e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados se mostraram favoráveis à resolução 400/2016, considerando a legislação pátria e o contexto histórico da aviação comercial civil no Brasil, visto que a normativa favorece o surgimento de empresas de baixo custo no mercado. Entendeu-se, também, que a venda de passagem aérea com franquia de bagagem despachada é procedimento caracterizado como *“venda casada”*, vedado pelo art. 39, I do CDC, e que vedado tal procedimento, o custo da passagem será menor aos consumidores

17. Por sua vez, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e a Comissão Especial de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil se posicionaram de forma contrária à norma editada pela ANAC. Assentaram que o fim das franquias mínimas de bagagem não representa efeito de benefício direto aos passageiros, com a redução dos custos revertido em diminuição do preço dos bilhetes, representando um retrocesso ao direito dos consumidores
18. O ACÓRDÃO do TCU nº. 2955/2018 (Proc. nº. 012.750/2018-2), com respaldo na Nota Técnica 8/2018/SAS, elaborada pela ANAC, procurou esclarecer as questões suscitadas pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados do Congresso Nacional, a respeito da Resolução 400/2016. Afirma que o objetivo da cobrança em separado da bagagem não é, necessariamente, a redução do preço da passagem, mas dar continuidade a desregulamentação do setor, dentro do princípio da liberdade tarifária, fomentando a concorrência entre as empresas aéreas com a possibilidade de uma maior oferta de serviços e tipos de passagem, evitando que os passageiros sem bagagem subsidiem os passageiros com passagem despachada. Os sem bagagem foram 35% do total de passageiros em 2015 e variou entre 30 e 42% entre 2016 e julho de 2017, ficando entre 46 e 57% a partir de 2017. O preço da passagem envolve diversos aspectos como taxa de câmbio, preço do querosene de avião, manutenção das aeronaves, despesas operacionais e outros custos. O estudo também indica que o peso da bagagem despachada vem caindo; era 12,9kg em 2008 e ficou em 8,6Kg em 2018. O TCU aponta que o aumento da passagem constatado pelo IBGE e pela FGV derivam de metodologia de cálculo diferente em relação à ANAC, com aquelas instituições avaliando os preços a partir dos índices mensais de inflação, enquanto a ANAC compara mês do ano em referência com o mês do ano anterior, evitando os efeitos sazonais. Com a desregulamentação da franquia da bagagem pretende-se o ingresso do capital estrangeiro no mercado de empresas aéreas, com a entrada das empresas *low cost* que operam com custo reduzido e focam na margem de lucros provenientes dos serviços oferecidos, de forma avulsa. Três dessas empresas mostraram interesse (*Norwegian Air, Avian e Sky Airline*)
19. O TCU concluiu que *“a edição da Resolução-Anac 400/2016, que desregulamentou a franquia de bagagem despachada, foi precedida de estudos regulatórios consistentes e de ampla discussão com os interessados, e tende a ser favorável ao consumidor, assim como as demais medidas de flexibilização regulatória setorial (...) os efeitos das novas medidas implementadas pela Resolução-ANAC 400/2016 serão acompanhados pela agência reguladora mediante relatório sobre aplicação, eficácia e resultados, a ser submetido à diretoria após cinco anos de vigência do normativo, nos termos do art. 42, não necessitando, neste momento, de medidas adicionais”*.

20. Registre-se, ainda, que o Poder Legislativo tentou modificar a redação da Lei nº. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), com o objetivo de isentar a cobrança de bagagens e estabelecer uma franquia mínima obrigatória na compra das passagens aéreas. A iniciativa do Legislativo recebeu veto do Poder Executivo. O Projeto de Lei de Conversão nº. 06 e 12, de 2019, de autoria do Senador Roberto Rocha e oriundo da Medida Provisória nº. 863/2018, recebeu veto presidencial, no que diz respeito ao regime de bagagens proposto (isenção da cobrança pelas bagagens). Na razão presidencial do veto constou que: “(...) *ao estabelecer a franquia mínima obrigatória de bagagens, inclusive do consumidor que não necessite desse serviço, o dispositivo proposto contraria o interesse público, tendo em vista que o mercado de transporte aéreo é concentrado e carece de maior nível de concorrência. Ocorre que a obrigatoriedade da franquia de bagagem limita a concorrência, pois impacta negativamente o modelo de negócios das empresas aéreas de baixo custo, cuja principal característica é a venda em separado de diversos itens que compõem o serviço de transporte aéreo*”.
21. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) manifestou-se de forma contrária ao referido projeto de lei, endossando o veto presidencial, por considerar que a volta da franquia da bagagem prejudicará o ingresso das empresas *low cost* no mercado nacional, prejudicando os próprios consumidores (Nota Técnica nº. 11/2019/DEF/CADE).
22. As multas contratuais limitam-se ao valor da passagem aérea. Art. 9º. Esse dispositivo foi abordado sucintamente pela parte autora. Alegou o postulante que fazer o consumidor arcar com multa equivalente ao valor pago pela prestação do serviço atenta contra os “*princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade dentre outros, regramento de pronto acintoso aos ditames preconizados em nossa Carta Magna, distante inclusive da própria razão da existência das Agências no seu papel regulador de não desprezar os aspectos pertinentes à proteção do consumidor*”. O fato da cláusula penal ou multa não poder superar o valor da obrigação principal, o que significa também que pode alcançá-lo, decorre de texto expresso de lei, conforme se verifica no art. 412 do CC/02: “*O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal*”. Havendo a agência reguladora de aviação civil editado resolução com texto quase idêntico ao permissivo legal, não há maiores ponderação a se fazer a respeito.
23. Desistência. Art. 11. O ACÓRDÃO nº. 1241/2018 do TCU (proc. n. 012.744/2017-4), decorrente de uma solicitação de auditoria da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados do Congresso Nacional (CDC/CD), concluiu que a Resolução 400/2016 da ANAC assegurou garantia certa ao consumidor de poder desistir de seu contrato, sem qualquer ônus, no prazo de 24 horas, a partir da aquisição do serviço (desde que o serviço seja executado em prazo igual ou superior a sete dias), e que essa regra valerá não só para a

compras de passagem aérea realizadas a distância, mas também para àquelas que se realizem nas lojas físicas das empresas. Entendeu o TCU que tal medida foi um ganho ao consumidor, visto que a jurisprudência pátria, em sua maioria, não aplica o direito de arrependimento de até 7 dias para as compras *online* previsto no art. 49 do CDC.

24. Cancelamento do trecho de volta. Art. 19. Não se vislumbra qualquer ilegalidade no dispositivo que permite o cancelamento do trecho de volta quando o trecho inicial não seja utilizado. O passageiro continua com a possibilidade de remarcação ou reembolso, não havendo o enriquecimento ilícito das companhias aéreas com tal medida. Ademais, o parágrafo único do dispositivo estipula que: *“Não se aplica a regra do caput deste artigo caso o passageiro informe, até o horário originalmente contratado para o trecho de ida do voo doméstico, que deseja utilizar o trecho de volta, sendo vedada a cobrança de multa contratual para essa finalidade”*.
25. A Nota Técnica 19 (SEI) 2016/GCON/SAS da ANAC assentou que a prática do *non-show* pelo passageiro libera o transportador para comercializar novamente o espaço não utilizado, sem que isso signifique eventual enriquecimento sem causa, apropriação indébita ou venda dupla do assento, pois o passageiro não estava presente para usufruir seu direito, que foi devidamente disponibilizado a ele, e que o parágrafo único da norma buscou criar um meio para que o passageiro possa manter seu voo de retorno mediante comunicação ao transportador.
26. O poder de polícia da ANAC foi exercido dentro de seus naturais matizes, tanto que a resolução objeto da controvérsia foi precedida de estudos e debates em audiência pública, e que seu art. 42 prevê que a Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos – SAS, deverá submeter à Diretoria, após 5 (cinco) anos de vigência da Resolução 400/2016, relatório sobre sua aplicação, eficácia e resultados, com a indicação de possíveis pontos para revisão. Tal dispositivo denota que o poder de polícia de regulamentar a política tarifária da aviação no Brasil, dentro do espectro do princípio da liberdade tarifária, disposta no art. 49, §1º da Lei nº 11.182/05, foi exercido corretamente pela ANAC. Nesse sentido, seus atos normativos gozam de presunção de veracidade e legitimidade.
27. Manutenção da sentença quanto à isenção de custas e honorários advocatícios, nos termos dos arts. 18 da Lei nº 7.347/1985 e 87 do Código de Defesa do Consumidor.
28. Apelação e remessa oficial improvidas.

[09]

ACORDAM os Desembargadores Federais da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento à

apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.