

DECISÃO MONOCRÁTICA DE 2ª INSTÂNCIA Nº 2034/2018

PROCESSO Nº 00058.536095/2017-96

INTERESSADO: AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A AVIANCA

Brasília, 18 de setembro de 2018.

DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

MARCOS PROCESSUAIS											
NUP	Crédito de Multa (SIGEC)	Auto de Infração (AI)	Local	Data da Infração	Lavratura do AI	Notificação do AI	Defesa Prévia	Decisão de Primeira Instância (DC1)	Notificação da DC1	Multa aplicada em Primeira Instância	Recurso
00058.536095/2017-96	663537187	002631/2017	Aeroporto Internacional de Brasília	16/09/2017	19/11/2017	22/11/2017	12/12/2017	20/02/2018	03/04/2018	R\$ 7.000,00	13/04/2018

Enquadramento: Art. 302, inciso III, alínea "p", da Lei nº 7.565, de 19/12/1986.

Conduta: Deixar de transportar passageiro, que não seja voluntário, em voo originalmente contratado, com bilhete marcado ou com reserva confirmada.

1. HISTÓRICO

1.1. Trata-se de recurso apresentado em desfavor de decisão administrativa de primeira instância no processo administrativo em epígrafe, originado a partir da lavratura do Auto de Infração nº 002631/2017, pelo descumprimento do que preconiza o art. 22 da Resolução nº 400, de 13/12/2016, c/c o art. 302, inciso III, alínea "p", da Lei nº 7.565, de 19/12/1986.

1.2. O auto de infração descreveu a ocorrência como:

A empresa aérea **Oceanair Linhas Aéreas S/A (AVIANCA)** deixou de embarcar o passageiro, não voluntário, **Manoel Baltasar Baptista da Costa, e-ticket 247-2430282217, no voo 6061** com origem em Brasília e destino São Paulo (Congonhas), no dia 16/09/2017.

1.3. O relatório de fiscalização (137/BSB/NURAC/GTREG/GEOP/SFI/2017) detalhou a ocorrência como:

a) No dia 16/09/2017, o senhor Manoel Baltasar Baptista da Costa, CPF 223.831.238-20, e-ticket 247-2430282217, registrou a reclamação no sistema Stella de nº 20170066500, conforme o seguinte relato:

O usuário Manoel Baltasar Baptista da Costa relata que adquiriu passagem de Brasília para São Paulo (Congonhas) no voo 6061 com partida prevista para as 10h20 de hoje, dia 16/09/2017. O cliente chegou ao aeroporto para fazer o check-in e foi informado de que o seu embarque no voo 6061 não será possível porque a aeronave está lotada. É importante ressaltar que o cliente não foi voluntário para viajar em voo posterior e nem recebeu compensação financeira por isso. A AVIANCA informou que tentará fazer a remarcação do bilhete para um voo durante a tarde. Por enquanto, não houve assistência material. O usuário reclama por ter sido impedido de embarcar no voo adquirido por ele.

b) Diante do relato da passageira, a ANAC encaminhou a manifestação à empresa aérea para análise e manifestação sobre o relato. Com isso, a empresa emitiu a seguinte resposta via sistema Stella:

Em atenção à manifestação registrada pelo Sr. Manoel Baltasar Baptista da Costa, cumpre esclarecer que em decorrência de problemas operacionais, já na realização do atendimento de check-in do voo 6061, do dia 16/09/2017, os prepostos da companhia ofertaram aos passageiros as opções de reacomodação nos próximos voos com assentos disponíveis para o destino, reembolso do valor pago pelo bilhete ou remarcação do trecho, para data de conveniência do passageiro. Em atenção a opção do Sr. Manoel, foi providenciada reacomodação no voo 6063, na mesma data, bem como, disponibilizado assistência material na sala VIP do aeroporto de Brasília e crédito compensatório no valor de R\$ 1.110,00 (mil cento e dez reais) nos termos da regulamentação vigente, conforme documento anexo. Sendo o que restava para o momento, a AVIANCA reitera protestos de elevada estima e consideração, colocando-se à disposição para esclarecimentos suplementares, se necessário.

c) A Resolução ANAC nº 400/2016 dispõe em seu artigo 22 que a preterição será configurada quando o transportador deixar de transportar passageiro que se apresentou para embarque no voo originalmente contratado, ressalvados os casos previstos na Resolução nº 280/2013. Além disso, o art. 23 estabelece que sempre que o número de passageiros para o voo exceder a disponibilidade de assentos na aeronave, o transportador deverá procurar por voluntários para serem reacomodados em outro voo mediante compensação negociada entre o passageiro voluntário e o transportador. É importante destacar ainda que os §§ 1º e 2º do mesmo art. 23 dispõem que "a reacomodação dos passageiros voluntários em outro voo mediante a aceitação de compensação não configurará preterição" e que o "transportador poderá condicionar o pagamento das compensações à assinatura de termo de aceitação específico". De acordo com alínea "p" do inciso III do artigo 302 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, configura-se infração deixar de transportar passageiro com bilhete marcado ou com reserva confirmada ou, de qualquer forma, descumprir o contrato de transporte.

d) Ressaltando ainda que: A simples aceitação da reacomodação da passageira não descaracteriza a preterição de embarque, haja vista que a reacomodação é uma das alternativas que a empresa deve oferecer aos passageiros preteridos após a ocorrência da preterição; e A descaracterização da preterição, conforme §2º do art. 23, só ocorrerá se o passageiro for voluntário para ser reacomodado em outro voo, mediante a aceitação de

compensações, o que não restou comprovado pela empresa aérea ao ser questionada no encaminhamento da manifestação.

1.4. Seguem anexos ao processo: cópia da manifestação no sistema Stella pelo passageiro, juntamente com a resposta da empresa aérea. (SEI nº 1209000)

1.5. A empresa foi notificada acerca do auto de infração em 22/11/2017, como constatado na Decisão de 1ª Instância.

1.6. Devidamente notificada, protocolou Defesa Prévia (SEI nº 1348527 / fls. 1/4) em 12/12/2017, no qual alegou, em síntese:

a) Que a ora Defendente transportou o passageiro em voo de acomodação, mediante concordância expressa do mesmo, caracterizando alteração contratual, que o consentimento do passageiro em ser reacomodado, assim, descaracteriza a prática da infração em questão

b) Que, de acordo com o entendimento desta Agência Reguladora, já explanado em decisões proferidas em processos administrativos semelhantes, a aceitação do passageiro em ser reacomodado em outro voo, ou qualquer outra transação firmada entre as partes, transportadora e passageiro, descaracteriza o descumprimento do contrato, ocorrendo a novação.

c) Que a reacomodação foi ofertada como opção, sendo providenciada somente mediante aceitação e consentimento do passageiro, ou seja, não há que se falar em descumprimento do contrato de transporte, mas sim, em alteração contratual realizada em comum acordo entre as partes.

d) Requeveu, por fim, o arquivamento do presente processo administrativo sancionador.

1.7. Em seguida, foi proferida Decisão em 1ª Instância que decidiu:

Que a empresa seja multada em **R\$ 7.000,00 (sete mil reais)**, como sanção administrativa, conforme a Tabela de Infrações do Anexo II da Resolução ANAC nº 25, de 25 de abril de 2008 e alterações, pela prática do disposto no art. 302, inciso III, alínea "p", da Lei nº 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), **por deixar de embarcar o passageiro, não voluntário, Manoel Baltasar Baptista da Costa**, e-ticket 247-2430282217, no voo 6061 com origem em Brasília e destino São Paulo (Congonhas), no dia 16/09/2017.

1.8. A partir da referida decisão foi originado o crédito de multa (CM) de número 663537187, no sistema de gestão de créditos (SIGEC) da ANAC.

1.9. Devidamente notificado a respeito da decisão condenatória em 03/04/2018, conforme faz prova o AR (1729554), o interessado interpôs **RECURSO** (1718658), em 13/04/2018, considerado tempestivo nos termos do Despacho (2149793) no qual, em síntese, alega:

I - Que ora Recorrente transportou o passageiro em voo de acomodação, mediante concordância expressa do mesmo, caracterizando alteração contratual e que, já no momento da apresentação do passageiro ao check-in, este foi informado dos problemas operacionais e foram buscados voluntários, mediante a oferta de das devidas acomodações e compensações previstas na Resolução 400/2016.

II - A Recorrente invoca um trecho do art. 23, §1º, da Resolução ANAC nº 400/16 para alegar que a reacomodação dos passageiros voluntários em outro voo mediante a aceitação de compensação não configurará preterição, reiterando que a aceitação do passageiro ao novo voo configura-no como voluntário, nos termos da legislação,

III - Defende que a reacomodação não foi imposta ao passageiro, foi negociada antes de que este realizasse seu check-in para o voo anteriormente contratado. O fato de a reacomodação em outro voo, uma das opções mandatórias em caso de preterição, ter sido ofertada ao passageiro, não pode ser tido como fundamento para punição por descumprimento de contrato.

IV - Pediu, por fim, o conhecimento, provimento, reforma da Decisão recorrida, anulação da aplicação da pena de multa e, por conseguinte, o arquivamento do presente processo.

1.10. Ato contínuo, os autos foram distribuídos para análise (2149793).

1.11. É o relato. Passa-se à análise.

2. PRELIMINARES

2.1. Recurso recebido em seu efeito suspensivo, vez que apresentado na vigência do art. 16 da Res. ANAC 25/2008.

2.2. Ressalto, ainda, que embora a Resolução nº 472/2018 tenha revogado a Resolução ANAC nº 25/2008 e IN ANAC nº 8, de 2008, estabeleceu em seu artigo 82 que suas disposições não prejudicam atos já praticados e da aplicação das normas vigentes à época dos fatos, inclusive no que concerne às sanções aplicáveis.

2.3. **Da regularidade processual** - Considerados os marcos apontados no início desta análise, acuso regularidade processual no presente feito, eis que preservados todos os direitos constitucionais inerentes ao interessado, bem como respeitados os princípios da Administração Pública, em especial contraditório e ampla defesa.

2.4. O processo teve movimentação regular, respeitados os prazos legais, em especiais os prescricionais estabelecidos pela Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999.

2.5. Julgo, pois, o processo apto para receber a decisão de segunda instância administrativa por parte desta Assessoria de Julgamento de Autos em Segunda Instância (ASJIN).

3. FUNDAMENTAÇÃO: MÉRITO E ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES DO INTERESSADO

3.1. **Da fundamentação da matéria e da materialidade infracional** - Com fulcro no art. 50 da Lei nº 9.784/1999, ratifica-se e adota-se, na integralidade e como parte integrante desta análise, os fundamentos regulatórios, fáticos e jurídicos esposados nas decisões anteriores, em especial a decisão de primeira instância (1536417).

3.2. Diante da infração do processo administrativo em questão, a autuação foi realizada com fundamento na alínea "p" do inciso III do art. 302 do CBA, Lei nº 7.565, de 19/12/1986, que dispõe o seguinte:

Art. 302 - A multa será aplicada pela prática das seguintes infrações:

(...)

III – infrações imputáveis à concessionária ou permissionária de serviços aéreos:

(...)

p) deixar de transportar passageiro com bilhete marcado ou com reserva confirmada ou, de qualquer forma, descumprir o contrato de transporte;

3.3. No âmbito infraregular, dispõe a Resolução ANAC nº 400/2016:

Art. 21. O transportador **deverá** oferecer as alternativas de reacomodação, reembolso e execução do serviço por outra modalidade de transporte, devendo a escolha ser do passageiro, nos seguintes casos:

(...)

III - preterição de passageiro;

(...)

Art. 22. A preterição será configurada quando o transportador deixar de transportar passageiro que se apresentou para embarque no voo originalmente contratado, ressalvados os casos previstos na Resolução nº 280, de 11 de julho de 2013.

Art. 23. Sempre que o número de passageiros para o voo exceder a disponibilidade de assentos na aeronave, o transportador deverá procurar por voluntários para serem reacomodados em outro voo mediante compensação negociada entre o passageiro voluntário e o transportador.

§ 1º A reacomodação dos passageiros voluntários em outro voo mediante a aceitação de compensação não configurará preterição.

§ 2º O transportador poderá condicionar o pagamento das compensações à assinatura de termo de aceitação específico.

Art. 24. No caso de preterição, o transportador deverá, sem prejuízo do previsto no art. 21 desta Resolução, efetuar, imediatamente, o pagamento de compensação financeira ao passageiro, podendo ser por transferência bancária, voucher ou em espécie, no valor de:

I - 250 (duzentos e cinquenta) DES, no caso de voo doméstico; e

II - 500 (quinhentos) DES, no caso de voo internacional.”

3.4. Por fim, a reacomodação de passageiros cujos voos foram cancelados não justifica a preterição de passageiros com contratos de transporte já firmados, como dispõe o art. 28 da Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016, in verbis:

Art. 28. A reacomodação será gratuita, não se sobreporá aos contratos de transporte já firmados e terá precedência em relação à celebração de novos contratos de transporte, devendo ser feita, à escolha do passageiro, nos seguintes termos:

I - em voo próprio ou de terceiro para o mesmo destino, na primeira oportunidade; ou

II - em voo próprio do transportador a ser realizado em data e horário de conveniência do passageiro.

3.5. Pelo exposto, a norma define a preterição como deixar de transportar o passageiro que se apresentou para embarque no voo originalmente contratado. Portanto, sempre que a empresa deixar de fazê-lo, incorrerá em infração à norma e estará passível de multa administrativa, nos termos da alínea “p” do inciso III do art. 302 do CBA, Lei nº 7.565.

3.6. A busca por passageiros **voluntários** para embarque em voo diverso, **mediante o oferecimento de compensações**, constitui uma exceção à preterição, prevista na Resolução nº 400/2016.

3.7. Sobre a alegação de que a reacomodação do passageiro não foi imposta, mas houve concordância expressa o que caracterizaria alteração contratual, vejamos.

3.8. Dentro da topografia normativa existem contextos distintos: i) no primeiro caso (incidência do artigo 21), é dever da empresa oferecer as alternativas do caput quando as hipóteses dos incisos já estiverem consumadas; ii) no segundo (incidência do artigo 23) a preterição por exceder a disponibilidade de assentos na aeronave ainda não está consumada, dado que em fase de negociação entre empresa e passageiro para possível composição que permita a incidência do §1º daquele artigo, se exitosa, e, ainda; iii) no caso de exceder a disponibilidade de assentos na aeronave, o passageiro não tem mais a opção de ir em seu voo original, frustrada(s) a(s) tentativa(s) de reacomodação com o(s) voluntário(s) (ou estes não existiram), cabendo obrigatoriamente à empresa o pagamento de compensação financeira prevista no artigo 24.

3.9. É dizer que existe uma sequência a ser seguida quando da observância das regras resolução. A incidência da excludente do artigo 23 (negociação com os voluntários para embarcarem em voo distinto do originalmente contratado) deve ocorrer **antes** de a preterição propriamente dita ter-se consumado. Significa que, infrutífera a negociação, o passageiro ainda teria a opção de seguir no voo original, para o qual tinha bilhete emitido e reserva confirmada. A diferença pode parecer sutil, mas a ilustração a baixo evidencia grande distinção no comportamento da empresa.

- overbooking / exceder a disponibilidade de assentos → procura por voluntários → incidência da preterição → reacomodação → pagamento de compensação do art. 24 = impossibilidade de incidência do artigo 23, dado que a preterição já está consumada
- overbooking / exceder a disponibilidade de assentos → procura por voluntários → voluntários + aceite → pagamento da compensação com assinatura do termo → reacomodação = possibilita a incidência do artigo 23 como excludente da preterição

3.10. Quando do cumprimento do artigo 24, significa que a preterição já está consumada, dado que a etapa anterior não foi exitosa. Daí a obrigatoriedade de pagar a indenização dos incisos I e II (conforme a natureza do voo) ao passageiro cuja preterição já estava consolidada. Noutras palavras, a ocorrência da preterição implica a obrigação de cumprimento do artigo 24 e, caso este não ocorra, se sujeitaria a empresa à sanção por não cumprimento do dito dispositivo. Por conseguinte, o pagamento da DES pressupõe a consumação da preterição. Logo, se houve o pagamento, tem-se confirmada a ocorrência da infração prevista na alínea “p”, inciso III, do artigo 302 do CBA, uma vez que o caput do artigo 24 inicia com a condição “no caso de preterição”.

3.11. Por conseguinte, sempre que se configurar uma preterição, e quando o motivo for o excesso de passageiros em relação à quantidade de assentos disponíveis, no voo original, a empresa poderá afastar a preterição procurando por voluntários para embarcar em outro voo, mediante a concessão de compensação negociada.

3.12. No caso em questão, verifica-se que o passageiro **Manoel Baltasar Baptista da Costa, e-ticket 247-2430282217** foi impedido de embarcar no voo original devido à troca de aeronave, para um modelo menor, por problemas técnicos. Tem-se que a legislação é clara quanto a hipótese que exclui a prática da infração ora analisada, sendo quando o passageiro se voluntaria em não embarcar, mediante o

oferecimento do previsto nos dispositivos legais acima esposados. Com isso, caberia à empresa a comprovação de que o passageiro se considerou voluntário, entretanto, o próprio relatório de fiscalização menciona que a autuada preteriu o passageiro e, ainda, não o compensou com o previsto no inciso I do art. 24 da Resolução ANAC 400/2016.

"O cliente chegou ao aeroporto para fazer o check-in e foi informado de que o seu embarque no voo 6061 não será possível porque a aeronave está lotada. É importante ressaltar que o cliente não foi voluntário para viajar em voo posterior e nem recebeu compensação financeira por isso"

3.13. Verifica-se ainda que, o passageiro, além de não ter tido o contrato original cumprido pela empresa, tendo em vista que não embarcou no voo original, restou-lhe, apenas, a opção que menos lhe causaria prejuízos. E com isso, o passageiro não foi considerado como voluntário para embarque em outro voo. Presente a materialidade presente no caso.

3.14. Confirmada a materialidade, vejamos os demais argumentos recursais.

3.15. Quanto ao argumento da Recorrente de que transportou o passageiro em voo de acomodação, mediante sua concordância expressa, verifica-se no processo que o que houve não foi uma alteração contratual consentida do contrato, tendo em vista que há, de fato, como constata a autoridade competente de primeira instância, uma imposição da mudança de contrato pela empresa aérea aos passageiros, em que, quando este se apresenta para o embarque, é surpreendido com o fato da não possibilidade de embarque no voo original programado por fato alheio a sua vontade, caracterizando, assim, a preterição. O que foi oferecido posteriormente pela empresa aérea, como alega, constitui em sua obrigação aos passageiros, não havendo que se falar em excludente da infração. O oferecimento de compensação, do transporte em próximo voo disponível, bem como da assistência até o embarque, são de obrigação da empresa aérea, como mostra, de forma clara, os artigos 21 inciso III e artigo 24 inciso I da Resolução 400/2016, como já demonstrados acima. Portanto, afasto este argumento do Recurso administrativo.

3.16. Quanto ao argumento da autuada, sobre o art. 23, §1º, da Resolução ANAC nº 400/16, alegando que a acomodação dos passageiros voluntários em outro voo mediante a aceitação de compensação não configurará preterição, a Recorrente não acosta aos autos qualquer comprovação de que, de fato, tenha oferecido a compensação ao passageiro.

3.17. Por fim, a Recorrente alega que a acomodação não foi imposta ao passageiro, foi negociada antes de que este realizasse seu check-in para o voo anteriormente contratado. Ora, se de fato houve a negociação, caberia à Recorrente essa comprovação à luz do artigo 36 da Lei 9.784/1999. Contudo, note-se que dentro do processo restou claro pelos relatos da fiscalização, em apuração à reclamação do passageiro no sistema Stella da ANAC, os elementos que caracterizam a prática da preterição, dado que o o passageiro não foi voluntário para a acomodação que ocorreu no caso.

3.18. Afasto, assim, todos os argumentos do Recurso. A decisão de primeira instância deve ser mantida.

4. **DA DOSIMETRIA DA SANÇÃO**

4.1. À luz do art. 36, §6º, da Resolução 472/2018, que entrou em vigor a partir de 04/12/2018, "para fins de aferição da dosimetria deve-se considerar o contexto fático existente quando do arbitramento da sanção em primeira instância".

4.2. A IN ANAC nº 8/2008 determina que a penalidade de multa deve ser calculada a partir do valor intermediário constante das tabelas aprovadas em anexo à Resolução ANAC nº 25/2008, considerando-se as circunstâncias atenuantes e agravantes existentes.

4.3. Para o reconhecimento da circunstância atenuante prevista no inciso I do § 1º do art. 22 da Resolução ANAC nº 25/2008 ("o reconhecimento da prática da infração") entende-se que o ente regulado deve reconhecer não só a prática do ato, mas também o fato de que essa conduta infringiu norma de competência da Autoridade de Aviação Civil, o que não se deu nos autos do processo. Dessa forma, deve ser afastada a sua incidência.

4.4. Da mesma forma, entende-se que a interessada não demonstrou, nos autos, ter adotado voluntariamente qualquer providência eficaz para evitar ou amenizar as consequências da infração. Repare-se que nenhuma medida que configure um dever pode ser fundamento para a aplicação dessa atenuante, prevista no inciso II do § 1º do art. 22 da Resolução ANAC nº 25/2008.

4.5. Para a análise da circunstância atenuante prevista no inciso III do § 1º do art. 22 da Resolução ANAC nº 25/2008 ("a inexistência de aplicação de penalidades no último ano"), é necessária pesquisa para identificar a eventual existência de sanção aplicada ao ente regulado no período de um ano. Em pesquisa no Sistema Integrado de Gestão de Créditos (SIGEC) desta Agência, ficou demonstrado que há penalidade anteriormente aplicada à Autuada nessa situação. Deve ser afastada, assim, essa circunstância atenuante como causa de diminuição do valor da sanção.

4.6. Quanto à existência de circunstância agravante, não se vê, nos autos, qualquer elemento que configure hipótese prevista no § 2º do art. 22 da Resolução ANAC nº 25/2008.

4.7. **Da sanção a ser aplicada em definitivo** - Quanto ao valor da multa aplicada pela decisão de primeira instância administrativa de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), temos que apontar a sua regularidade, por estar dentro dos limites impostos, à época, pela Resolução ANAC nº. 25/08.

5. **CONCLUSÃO**

5.1. Pelo exposto, consideradas as atribuições a mim conferidas pela Portaria nº 3.403, de 17 de novembro de 2016 e Portaria nº 2.829, de 20 de outubro de 2016 e com lastro no **art. 42, inciso I da Resolução ANAC nº 472, de 2018**, e competências ditas pelo art. 30 do Regimento Interno da ANAC, Resolução nº 381/2016, **DECIDO:**

- **POR CONHECER DO RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO, MANTENDO-SE**, assim, todos os efeitos da decisão prolatada pela autoridade competente da primeira instância administrativa em desfavor do INTERESSADO, de multa no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), que consiste o crédito de multa disposto no quadro abaixo, pela infração descrita no AI também abaixo discriminado, que deu início ao presente processo administrativo sancionador:

NUP	Crédito de Multa (SIGEC)	Auto de Infração	Conduta	Sanção aplicada em segunda
-----	--------------------------	------------------	---------	----------------------------

				instância
00058.536095/2017-96	663537187	002631/2017	Deixar de embarcar o passageiro, não voluntário, Manoel Baltasar Baptista da Costa, e-ticket 247-2430282217, no voo 6061 com origem em Brasília e destino São Paulo (Congonhas), no dia 16/09/2017 com origem em Brasília e destino São Paulo (Congonhas).	R\$ 7.000,00 (sete mil reais)

5.2. À Secretaria.

5.3. Notifique-se.

5.4. Publique-se.

BRUNO KRUCHAK BARROS

SIAPE 1629380

Presidente Turma Recursal – BSB

Assessor de Julgamento de Autos em Segunda Instância Substituto



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Kruchak Barros, Presidente de Turma**, em 07/01/2019, às 20:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://sistemas.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **2234176** e o código CRC **A922CEFA**.

Referência: Processo nº 00058.536095/2017-96

SEI nº 2234176