

**DECISÃO MONOCRÁTICA DE 2ª INSTÂNCIA Nº 380/2018**

PROCESSO Nº 00065.562669/2017-92

INTERESSADO: @interessados\_virgula\_espaco@

Brasília, 17 de dezembro de 2018.

**DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA**

MARCOS PROCESSUAIS												
NUP	Crédito de Multa (SIGEC)	Auto de Infração (AI)	Local	Passageira Preterida	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
00065.562669/2017-92	664542189	002500/2017	SBGL	Affonso Guimarães Junior	15/07/2017	06/11/2017	07/11/2017	27/11/2017	15/06/2018	22/06/2018	R\$ 4.000,00	19/07/2018
00065.562669/2017-92	664542189	002500/2017	SBGL	Raquel Victer	15/07/2017	06/11/2017	07/11/2017	27/11/2017	15/06/2018	22/06/2018	R\$ 4.000,00	19/07/2018
00065.562669/2017-92	664542189	002500/2017	SBGL	Sophia Victer	15/07/2017	06/11/2017	07/11/2017	27/11/2017	15/06/2018	22/06/2018	R\$ 4.000,00	19/07/2018

**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 002500/2017, 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 deixou de transportar os passageiros em seu voo originalmente contratado, configurando preterição.

1.3. O relatório de fiscalização (004880/2017 SEI nº 1228067) detalhou a ocorrência como:

a) Que às 08:16h do dia 15/07/2017 o Sr. AFFONSO GUIMARÃES JUNIOR, passageiro do voo AV 260 de 15JUL2017 de 08:00h com destino a Bogotá, registrou através do site da ANAC a manifestação nº 20170039907 contra a empresa aérea AVIANCA e em seu relato este reclama que, ao tentar fazer o *check in* para seu voo, juntamente com sua esposa e filha, foi informado de que havia *overbooking*. O destino final do passageiro era Costa Rica, com conexão em Bogotá. Que, em resposta à demanda do passageiro, a empresa alega, através do sistema STELLA, que "já na realização do atendimento de *check-in* do voo AV260, do dia 15/07/2017, o passageiro foi informado sobre a impossibilidade de embarque e as opções de acomodação nos próximos voos com assentos disponíveis para o destino, reembolso do valor pago pelo bilhete ou remarcação do trecho, para data de conveniência. Em atenção a opção do Sr. Affonso, foi providenciada acomodação no voo AV260, do dia 16/07/2017, bem como, disponibilizada assistência material (transporte, hospedagem, alimentação e facilidade de comunicação) para aguardo do embarque e crédito compensatório no valor US\$ 225,00 (duzentos e vinte e cinco dólares) para cada passageiro."

b) Que foi enviado à AVIANCA o Ofício nº 225 (SEI)/2017/GIG/NURAC/GTREG/GEOP /SFI-ANAC em 05/10/2017, solicitando à empresa a solução dada à reclamação formalizada pelo Sr. AFFONSO GUIMARÃES JUNIOR, bilhete ou localizador nº TA/4FIVJ8, informando o motivo pelo qual o passageiro e sua esposa e filha não embarcaram no voo AV260 do dia 15/07/2017), esclarecendo, ainda, caso tenha ocorrido preterição, se o passageiro e sua família foram voluntários para serem reacomodados em outro voo mediante compensação. Se houve aceitação voluntária de compensação, anexar comprovação do termo de aceitação específico por parte do passageiro (se for o caso); informar qual foi a reacomodação e assistências materiais fornecidas (anexando comprovação). E também informar, se for o caso, se houve pagamento de compensação financeira ao passageiro e sua família (data, valor e forma de pagamento), anexando comprovação de tal pagamento, atentando ao disposto na Resolução ANAC nº 400, de 13 de dezembro de 2016.

c) Que em 16/10/2017 o setor competente recebeu a resposta da AVIANCA, informando que: "...conforme resposta enviada a Manifestação STELLA nº 2017113997, em decorrência de problemas operacionais, já na realização de atendimento de *check-in* do voo AV260, do dia 15/07/2017, o Sr. Affonso Guimarães Junior e sua família foram informados sobre a impossibilidade de embarque e as opções de acomodação nos próximos voos com assentos disponíveis para o destino, reembolso do valor pago pelo bilhete ou remarcação do trecho, para data de conveniência. Em atenção à opção do Sr. Affonso, foi providenciada acomodação no voo AV260, do dia 16/07/2017, bem como, disponibilizada assistência material (transporte, hospedagem, alimentação e facilidade de comunicação) para aguardo do embarque e crédito compensatório no valor US\$ 225,00 (duzentos e vinte e cinco dólares) para cada passageiro, conforme documentos anexos (Doc. 01)".

d) Que foi constatado, pelo exposto, que a empresa aérea não respondeu a todos os questionamentos da ANAC formulados no Ofício nº

225(SEI)/2017/GIG/NURAC/GTREG/GEOP /SFI-ANAC, limitando-se a informar que o não embarque do reclamante e de sua família ocorreu por "problemas operacionais". Não foi esclarecido ainda se, de fato, o motivo foi preterição e, ainda, se o reclamante foi voluntário para ser realocado em outro voo mediante compensação. Que, ainda, em consulta à base de dados de voos da ANAC (VRA) do dia 15/07/2017 verificou-se que o voo partiu às 08:31h (1228578). Segundo informações do COR (Centro de Operações RIOgaleão), o voo saiu com 251 assentos ocupados (30 na classe executiva e 221 na classe econômica), de um total de 252.

e) Que, assim, diante do relato do passageiro reclamante em sua manifestação e da resposta da empresa aérea, tanto no sistema STELLA, quanto na resposta ao ofício deste Núcleo, concluiu-se que, de fato, ocorreu a preterição do reclamante e de sua família quando estes se apresentaram para a realização do check-in do voo em questão.

1.4. Instruíram o processo, anexo ao relatório: Manifestação STELLA 20170039907 (1228458); ofício entregue por esta agência à demandada (1228513), solicitando informações acerca das reclamações do passageiro; e resposta ao ofício (1228529) pela empresa AVIANCA.

1.5. A empresa foi notificada da lavratura do Auto de Infração nº 002500/2017 em 07/11/2017.

1.6. Após, foi protocolado Defesa Prévia a esta Agência, em 27/11/2017, na qual, a ora defendente, alegou, em síntese:

a) Que a a Defendente transportou o passageiro em voo de acomodação, mediante concordância expressa do mesmo, caracterizando alteração contratual. Que já no momento da apresentação para check-in, os prepostos da Defendente informaram o passageiro a possibilidade de acomodação nos próximos voos com assentos disponíveis, próprio ou de congêneres, bem como, a disponibilização de assistência para aguardo do embarque, havendo aceitação e concordância para a transferência do voo original. Que de acordo com o entendimento desta Agência Reguladora, já explanado em decisões proferidas em processos administrativos que apuravam ocorrências caracterizadas como descumprimento ao mesmo dispositivo legal, a aceitação do passageiro em ser realocado em outro voo, ou qualquer outra transação firmada entre as partes, transportadora e passageiro, dentre as estabelecidas pela regulamentação vigente, descaracteriza o descumprimento do contrato, ocorrendo a novação.

b) Alega, ainda, que a acomodação 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.

c) Pediu, por fim, o arquivamento do presente processo.

1.7. Em seguida, foi proferida Decisão Administrativa de 1º Instância (SEI nº 1922618), que considerou a existência da circunstância atenuante, prevista no inciso II do § 1º do art. 22 da Resolução nº 25/2008, qual seja, a adoção voluntária de providências eficazes para evitar ou amenizar as consequências da infração, antes de proferida a decisão; ao qual, decidiu-se por:

que a empresa seja multada em **R\$ 4.000,00 (quatro mil reais)**, como sanção administrativa, conforme Anexo II à Resolução ANAC nº 25, de 25 de abril de 2008, e alterações, pela prática do disposto no art. 302, III, alínea "p", da Lei nº 7.565, de 19/12/1986 (CBA), ao deixar de transportar o passageiro Sr. Afonso Guimarães Junior, que possuía bilhete marcado/reserva confirmada no voo nº 260 do dia 15/07/2017, e não foi voluntário para embarcar em outro voo;

- que a empresa seja multada em **R\$ 4.000,00 (quatro mil reais)**, como sanção administrativa, conforme Anexo II à Resolução ANAC nº 25, de 25 de abril de 2008, e alterações, pela prática do disposto no art. 302, III, alínea "p", da Lei nº 7.565, de 19/12/1986 (CBA), ao deixar de transportar a passageira Sra. Raquel Victer, que possuía bilhete marcado/reserva confirmada no voo nº 260 do dia 15/07/2017, e não foi voluntária para embarcar em outro voo;

- que a empresa seja multada em **R\$ 4.000,00 (quatro mil reais)**, como sanção administrativa, conforme Anexo II à Resolução ANAC nº 25, de 25 de abril de 2008, e alterações, pela prática do disposto no art. 302, III, alínea "p", da Lei nº 7.565, de 19/12/1986 (CBA), ao deixar de transportar a passageira Sra. Sophia Victer, que possuía bilhete marcado/reserva confirmada no voo nº 260 do dia 15/07/2017, e não foi voluntária para embarcar em outro voo.

1.8. A partir da referida decisão foi originado um único crédito de multa (CM) de número 664542189 no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), no sistema de gestão de créditos (SIGEC) da ANAC, correspondente às três infrações apuradas nos autos.

1.9. Devidamente notificado a respeito da decisão condenatória em 22/06/2018, conforme faz prova o AR (1983112), o interessado interpôs **RECURSO** (2036029), em 19/07/2018, considerado tempestivo, nos termos do Despacho (SEI nº 2241979) no qual, em síntese, alega:

I- [DOS FATOS E DOS FUNDAMENTOS PARA REFORMA DA DECISÃO PROFERIDA] - Reitera que transportou os passageiros ao destino contratado, no voo de preferência, mediante concordância expressa dos mesmos, caracterizando alteração contratual. Que, conforme exposto na peça de impugnação ao Auto de Infração, quando da apresentação para atendimento de check-in, os prepostos da Recorrente questionaram aos passageiros sobre a possibilidade de acomodação nos próximos voos com assentos disponíveis, próprios ou de congêneres, bem como, a disponibilização de assistência para aguardo do embarque e que não é possível transportar um passageiro sem sua expressa declaração de vontade em ser transportado naquele voo, e quando realizou o embarque e ocupou seu assento, concordou com a alteração contratual, não havendo possibilidade de enquadrar referida transação jurídica como descumprimento de contrato.

II - Alega, ainda, que anexou em resposta ao Ofício nº 225(SEI)/2017/GIG/NURAC/GTREG/GEOP/SFI-ANAC, documentos que comprovam a acomodação dos passageiros no voo por eles escolhidos e o pagamento da compensação financeira acordada, além da assistência material ofertada, arguindo, por fim que a acomodação foi ofertada como opção, sendo providenciada somente mediante aceitação e consentimento dos passageiros, não havendo que se falar em descumprimento do contrato de transporte, mas sim, em alteração contratual realizada em comum acordo entre as partes.

III - Pede, por fim, o provimento do Recurso, o cancelamento da penalidade aplicada e consequente arquivamento do processo sancionador.

1.10. Ato contínuo, os autos foram distribuídos para análise (2241979).

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 (1922618).

3.2. O presente processo foi originado após lavratura do **Auto de Infração nº 002500/2017**, que retrata, em seu bojo, o fato de a autuada ter descumprido o contrato de transporte de passageiros, deixando de transportá-los no voo nº AV 260, do dia 15/07/2017, sendo que tais passageiros não foram voluntários para embarcar em outro voo, mediante o fornecimento de compensações, e possuíam bilhete marcado/reserva confirmada.

3.3. Diante da infração do processo administrativo em questão, a autuação foi realizada com fundamento na **alínea “p” do inciso III do art. 302 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 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;*

*(grifo nosso)*

3.4. A Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016, que dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte, aplicáveis ao transporte aéreo regular de passageiros, doméstico e internacional, traz, *in verbis*:

*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:*

*I - atraso de voo por mais de quatro horas em relação ao horário originalmente contratado;*

*II - cancelamento de voo ou interrupção do serviço;*

*III - preterição de passageiro; e*

*IV - perda de voo subsequente pelo passageiro, nos voos com conexão, inclusive nos casos de troca de aeroportos, quando a causa da perda for do transportador.*

*Parágrafo único. As alternativas previstas no caput deste artigo deverão ser imediatamente oferecidas aos passageiros quando o transportador dispuser antecipadamente da informação de que o voo atrasará mais de 4 (quatro) horas em relação ao horário originalmente contratado.*

*(...)*

*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;*

*II - 500 (quinhentos) DES no caso de voo internacional*

*(grifos nossos)*

3.5. 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.*

3.6. Sobre a alegação de que apresentou documentos que comprovam a reacomodação dos passageiros nos voos por eles escolhidos e o pagamento da compensação financeira acordada, além da assistência material ofertada, há de se registrar que a exegese da Resolução 400/2016 não indica que a aceitação pelo passageiro da reacomodação em caso de preterição descaracteriza o descumprimento do contrato.

3.7. 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 acomodação com o(s) voluntário(s) (ou estes não existirem), cabendo obrigatoriamente à empresa o pagamento de compensação financeira prevista no artigo 24.

3.8. 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 → acomodação → 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 → acomodação = possibilita a incidência do artigo 23 como excludente da preterição

3.9. 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".

3.10. Quanto ao argumento da Recorrente de que transportou os passageiros ao destino contratado, nos voos de preferência de cada um, mediante concordância expressa dos mesmos, tem-se que a acomodação dos passageiros constitui em obrigação da empresa assim que constatada a preterição, e não exime a Recorrente da prática infracional já caracterizada (item 3.8 supra), qual seja, a preterição de embarque, fato, inclusive, confirmada pela preposta da Recorrente, quando questionada sobre a situação descrita pelo passageiro através da manifestação nº 20170039907 no sistema Stella (1228458), ao qual responde da seguinte forma: "*Em atenção à manifestação registrada pelo Sr. Affonso Guimarães Junior, cumpre esclarecer que já na realização do atendimento de check-in do voo AV260, do dia 15/07/2017, o passageiro foi informado sobre a impossibilidade de embarque e as opções de acomodação nos próximos voos com assentos disponíveis para o destino, reembolso do valor pago pelo bilhete ou remarcação do trecho, para data de conveniência...*".

3.11. A recorrente, portanto, mostra que houve a impossibilidade de embarque, razão pela qual fica caracterizada a preterição de embarque, vez que os passageiros foram impossibilitados em terem os seus contratos originais de transporte aéreo cumprido, por parte da empresa aérea.

3.12. Sobre o argumento de o que houve foi uma alteração consentida do contrato, não merece prosperar. Como já fundamentado pela autoridade competente de primeira instância, houve imposição da mudança do contrato pela empresa aérea aos passageiros, em que, quando estes se apresentam para o embarque, são surpreendidos com o fato da não possibilidade de embarque no voo original programado, por fato alheio a suas vontades, caracterizando, assim, a preterição. Mesmo podendo-se, remotamente, admitir que no campo do Direito Civil tenha havido uma novação contratual, no campo Regulatório a empresa não observou os preceitos da Resolução ANAC 400/2016, em especial aquelas que dizem respeito à isenção de responsabilidade pela ocorrência da preterição insculpida no art. 22 da citada resolução e sobre a sua comprovação, não havendo que se falar, também, em alteração contratual consentida como forma de ilicção da infração imputada.

3.13. É o reiterado entendimento da Agência em casos análogos:

**00065.015140/2018-65**

Logo não há que se falar em simples alteração contratual, visto que houve uma imposição unilateral da empresa por alteração do acordado em contrato, não restando alternativa ao passageiro senão aceitar outro voo ou ter reembolsado integralmente o valor pago pelo bilhete. Ainda que remotamente possa-se se admitir que no campo do Direito Civil tenha havido uma novação contratual, no campo regulatório a empresa infringiu os preceitos da Resolução ANAC 400/2016, em especial aquelas que diz respeito à isenção de responsabilidade pela ocorrência da preterição insculpida no § 1º, art. 23 da citada resolução.

**00066.503357/2017-37**

Por fim, a Recorrente afirma que não houve descumprimento do contrato, mas sim uma alteração. Sobre isso, não é possível afirmar que a concordância do passageiro no caso (sequer comprovada nos autos) configuraria interesse em realizar uma alteração contratual, visto que ela só foi levada a tal decisão por não ter mais como opção o voo originalmente contratado, o que pode ser constatado em resposta da empresa à manifestação no Sistema Focus. Demonstram os autos, portanto, que a empresa cometeu o que determina o art. 12 da Res. 141/2010, oferecendo as alternativas obrigatórias quando do caso de preterição consumada. Logo não há que se falar em simples alteração contratual. Ainda que remotamente possa-se se admitir que no campo do Direito Civil tenha havido uma novação contratual, no campo regulatório a empresa não observou os preceitos da Resolução ANAC 141/2010, em especial aquelas que diz respeito à isenção de responsabilidade pela ocorrência da preterição insculpida no art. 11, §2º da citada resolução, e dado a sua natureza objetiva, tem-se que a infração a norma regulatória é o suficiente para a caracterização da infração e da aplicação da sanção administrativa.

**00065.527934/2017-96**

No campo regulatório, diferente das regras do direito particular, tem-se que houve clara ocorrência da conduta descrita no artigo 302, III, alínea p, da Lei 7.565/1986. A esse respeito, importante destaque de que as esferas não se confundem, cabendo à atuante, enquanto outorgada para prestação de serviço público, observar as normas do setor. Isso porque "a norma de Direito Público, pois, tende sempre a regular um interesse, direto ou indireto, do próprio Estado, em que tem vigência, seja para impor um princípio de caráter político e soberano, seja para administrar os negócios públicos, seja para defender a sociedade, que se indica o próprio alídice do poder público" DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, RJ: Forense, 2001, verbete *Direito Público*.]. Diógenes Gasparini bem leciona que os campos do Direito Público e do Direito privado são comunicáveis entre si, embora formados por princípios distintos – *os princípios de direito público e os princípios de direito privado* [GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 7ª edição, SP: Saraiva, 2002. P.1.]. Daí não podermos considerar uma suposta novação contratual, ainda que existente, como excludente de

responsabilidade pela violação de uma norma de direito público, de aplicação erga omnes e caráter objetivo. Assim, pode até ser considerada uma mudança contratual para fins estritamente de Direito Civil, entretanto, para o Direito Administrativo, a mera mudança, sem a comprovação de que o passageiro foi voluntário ao não embarque mediante aceitação de compensação é a única razão abarcada pela Resolução nº 141/2010, vigente à época dos fatos, para afastar a incidência da preterição.

[destacamos]

3.14. Nota-se, assim, que o passageiro só embarcou no voo que lhe foi oferecido, tendo em vista ser a única opção no que desrespeito a não haver mais a possibilidade do embarque em voo original, como o acordado entre as partes originalmente, restando ao passageiro a opção menos danosa a si. O que foi oferecido posteriormente pela empresa aérea, como alega, constitui em obrigação normativa, 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.

3.15. Somando-se ao já exposto, verifica-se a própria documentação acostada pela autuada, na Carta Resposta, comprovando que ofereceu assistência material ao embarque, que já constituía em sua obrigação e em nada a exime da prática infracional (vide itens 3.4/3.9), constata-se no campo: "*Motivo/Reason/Razão: DENIED BOARDING INVOLUNTÁRIO*" (1228529 / fls. 7/11), ou seja, a própria recorrente tratava a situação como um embarque negado e que os passageiros se declaravam como involuntários, tratando-se, portanto, de preterição de embarque, fato esse apurado ao qual deve-se incidir o artigo 22 da Res. nº 400/2016 ANAC c/c art. 302, inciso III, alínea "p" do CBA sobre a conduta da autuada.

3.16. Assim, dado que a autuada não demonstrou objetivamente os requisitos do art. 23, §1º (passageiros voluntários a não embarcar no voo originalmente contratado, mediante compensação), à luz do artigo 36 da Lei 9.784/1999, faliu a Recorrente em desconstituir a ocorrência da infração.

3.17. Diante dos fatos e motivos expostos, conclui-se que as alegações da empresa não possuem o condão para afastar a sanção aplicada à Empresa, eis que ficou caracterizada a infração administrativa, não havendo que se falar em insubsistência ou arquivamento do auto de infração.

3.18. Portanto, conclui-se que não deve haver a imposição da mudança do contrato, como se verificou no presente caso. Assim, dado que a autuada não demonstrou nos autos que os passageiros eram voluntários a não embarcar, única hipótese que a escusaria da prática descrita no artigo 22 da Resolução 400/2016, temos que, à luz do artigo 36 da Lei 9.784/1999, a Recorrente não comprova o feito. Considera-se, assim, que Sr. Affonso Guimarães Junior; **Sra. Raquel Victor; e Sra. Sophia Victor foram preteridos no voo AV260, do dia 15/07/2017.**

#### 4. DOSIMETRIA

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. Quanto a Dosimetria da sanção, A Decisão Administrativa de Primeira Instância argumentou da seguinte forma:

Considerando, conforme consta do Relatório de Fiscalização, que a empresa ofereceu aos passageiros um crédito compensatório no valor de US\$ 255,00, entende-se que tal fato configura-se como "adoção voluntária de providências eficazes para evitar ou amenizar as consequências da infração, antes de proferida a decisão", caracterizando a circunstância atenuante prevista no art. 22, § 1º, II, da Resolução ANAC nº 25/2008, razão pela qual sugere-se seja a sanção de multa aplicada no patamar mínimo.

4.3. Verifica-se do Relatório de Fiscalização (1228067)

O artigo 24, inciso II da Resolução nº 400 da ANAC, de 13 de dezembro de 2016, dispõe que: ? 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: (...) II- 500 (quinhentos) DES, no caso de voo internacional?. Portanto, no caso em tela, deveria ter sido fornecido crédito compensatório no valor de US\$ 695,17 a cada passageiro (Cotação do DES em 15/07/2017: US\$ 1.3903396361), e não de US\$ 255,00. Lavrado o Auto de Infração nº 002501/2017 (processo SEI nº 00065.562677/2017-39).

4.4. 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.

4.5. 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.

4.6. Entende-se que o pagamento do valor de US\$ 225,00 (duzentos e vinte e cinco dólares) atestado pelo Relatório de Fiscalização (1228067) não constituía obrigação da autuada, vez que sua obrigação era o pagamento de 500 (quinhentos) DES, valor correspondente a US\$ 695,17 (seiscentos e noventa e cinco reais e dezessete centavos) dólares à época, como atesta o já referido relatório. Entretanto, verifica-se que tal pagamento constitui o previsto no inciso II do § 1º do art. 22 da Resolução ANAC nº 25/2008, qual seja, "a adoção voluntária de providências eficazes para evitar ou amenizar as consequências da infração antes de proferida a decisão", sendo que possui o caráter de voluntariedade no momento em que a empresa aérea não era obrigada a pagar este valor.

4.7. 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.

4.8. 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.

4.9. **Da sanção a ser aplicada em definitivo** - Quanto ao valor da multa aplicada pela decisão de primeira instância administrativa de R\$ 4.000,00 (sete mil reais) para cada passageiro preterido, totalizando um montante de **R\$ 12.000,00 (doze 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, considerando 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 dadas pelo art. 30 do Regimento Interno da ANAC, Resolução nº 381/2016, **DECIDO**:

- **POR CONHECER DO RECURSO E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO, MANTENDO** a decisão prolatada pela autoridade competente da primeira instância administrativa em desfavor do INTERESSADO, conforme individualização abaixo:

a) QUE SEJA MANTIDA A MULTA de **R\$4.000,00 (quatro 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, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA), por deixar de transportar o passageiro **Afonso Guimarães Junior**, que possuía bilhete marcado/reserva confirmada para o voo nº AV 260 de 15/07/2017, e não foi voluntária para embarcar em outro voo, mediante o fornecimento de compensações, dado que inexistente elemento concreto nos autos para afastar a incidência do art. 23, §1º, da Res. 400/2016.

b) QUE SEJA MANTIDA A MULTA de **R\$4.000,00 (quatro 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, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA), por deixar de transportar o passageiro **Raquel Victor**, que possuía bilhete marcado/reserva confirmada para o voo nº AV 260 de 15/07/2017, e não foi voluntária para embarcar em outro voo, mediante o fornecimento de compensações, dado que inexistente elemento concreto nos autos para afastar a incidência do art. 23, §1º, da Res. 400/2016.

c) QUE SEJA MANTIDA A MULTA de **R\$4.000,00 (quatro 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, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA), por deixar de transportar o passageiro **Sophia Victor**, que possuía bilhete marcado/reserva confirmada para o voo nº AV 260 de 15/07/2017, e não foi voluntária para embarcar em outro voo, mediante o fornecimento de compensações, dado que inexistente elemento concreto nos autos para afastar a incidência do art. 23, §1º, da Res. 400/2016.

- O processo em epígrafe trata de 3 (três) condutas da autuada, que foi sancionada no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para cada conduta, estando no patamar mínimo, para cada passageiro preterido, totalizando um montante de **R\$ 12.000,00 (doze mil reais)**, constante no anexo II, tabela III da Resolução nº 25/2008, sendo lançado um único número de crédito de multa, 664542189, para as infrações apuradas nos autos, que consiste no valor da multa aplicada para as condutas individualizadas acima.

5.2. À Secretaria.

5.3. Notifique-se. 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 16/01/2019, às 17:09, 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 **2526865** e o código CRC **43A157ED**.