

São Paulo, 15 de abril de 2019.

**Ao Ilmo. Sr. Paulo Ney da Silva Junior**  
**Coordenador de Monitoramento de Mercado do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC | Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor**  
[cgemm@mj.gov.br](mailto:cgemm@mj.gov.br)

**Assunto: Resposta ao Ofício Nº 25/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**

Ilustríssimo Coordenador de Monitoramento de Mercado,

Eminentes membros do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor,

Em razão do Ofício supra, recebido em 29/03/2019, este Instituto foi informado que a SENACON está realizando estudo sobre o modelo adotado pela ANAC na Resolução nº 400/2016, em especial sobre o tema de cobrança de franquia de bagagens, havendo solicitação de vossas senhorias para apresentação de manifestação sobre o tema por este Instituto.

Muito cordialmente, o Idec agradece a possibilidade de manifestação, tendo em vista a importância do tema para os consumidores brasileiros, em especial quando se há notícia de possível revisão das normas previstas na Resolução 400/2016 pela agência reguladora.

Como é de vosso conhecimento, o Idec - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - é uma associação de consumidores sem fins lucrativos, independente de empresas, partidos ou governos. Fundado em 1987 por um grupo de voluntários, a missão desta associação é orientar, conscientizar, defender a ética na relação de consumo e, sobretudo, lutar pelos direitos de consumidores.

A atuação deste Instituto na defesa de direitos dos consumidores brasileiros na área de transporte aéreo é efetiva, e já resultou em significativas mudanças nas práticas consumeristas. Apenas como exemplo da importância da participação do Idec na defesa dos consumidores, cita-se a **Ação Civil Pública nº 0028224-49.2006.403.6100** ajuizada na Justiça Federal de São Paulo em conjunto com outras entidades de defesa do consumidor, contra a União Federal, ANAC e diversas companhias aéreas, **na ocasião do denominado “apagão aéreo”**, quando foi pleiteado, em suma, que as empresas aéreas cumprissem as obrigações impostas no Código

de Defesa de Consumidor como o dever de assistência material e informativa, além da plena indenização pelos danos causados oriundos dos atrasos ou cancelamentos de voos.

Em recente atuação no setor aéreo, o Idec apresentou contribuições reforçando a observância do Código de Defesa do Consumidor para a mudança das Condições Gerais de Transporte Aéreo (CGTA), ressaltando a necessária manutenção da responsabilidade objetiva, já que a alegação de ausência de culpa por parte das empresas do setor era usada de maneira irrestrita e estava positivada na minuta colocada em discussão pela ANAC.

Acrescenta-se que muitas contribuições feitas pelo Idec foram aceitas e a versão final das Condições Gerais do Transporte Aéreo tentou compatibilizar suas normas com o CDC, com algumas ressalvas, com destaque para a eliminação da franquia despachada nos voos nacionais e internacionais.

Dessa maneira, o Idec sente-se em condições, e no dever, de contribuir com os estudos desta Coordenadoria, tendo em vista a influência dessa regulamentação na vida de milhares de brasileiros, bem como de potencial violação ao Código de Defesa do Consumidor.

A presente contribuição será realizada em quatro tópicos, sendo o primeiro relacionado ao **histórico das franquias de bagagem ante a Resolução n. 400, da ANAC**; o segundo referente à **Nota Técnica nº. 5/2018/GTEC/GEAC/SAS/ANAC e ao Acórdão TC 012.750/2018-2, do Tribunal de Contas da União**; terceiro tópico referente aos **impactos do tema em relação a uma visão constitucional dos direitos do consumidor e do transporte como direito social**; além de se apresentar no tópico quarto as **conclusões** da presente análise.

## **I – HISTÓRICO DAS FRANQUIAS DE BAGAGEM ANTE A RESOLUÇÃO 400/2016 DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC)**

### **A) Atuação do Idec frente as revisões das Condições Gerais de Transporte Aéreo - CGTA.**

O Idec acompanha as revisões das Condições Gerais de Transporte Aéreo – CGTA, anteriormente previstas na Resolução 141/2010, desde dezembro/2014, quando apresentou suas contribuições à Consulta Pública nº 4/2014 aberta pela ANAC para tal fim.

Na oportunidade, ainda não se falava de cobrança de franquias de bagagens, mas já existiam temas relevantes que poderiam infringir direitos dos consumidores, como a cobrança por assento adjacente em razão de necessidades especiais do consumidor, a cobrança por reemissão de bilhete aéreo, bem como a possibilidade de responsabilização subjetiva das companhias aéreas nos casos de força maior, em detrimento da responsabilidade civil objetiva, imposta pelo CDC.

Ainda em fevereiro de 2015, o Idec realizou contribuição em audiência pública da ANAC sobre a regulação das Condições Gerais Aplicáveis ao Transporte Aéreo Doméstico e Internacional de Bagagens, não havendo, contudo, regras específicas naquela oportunidade quanto às franquias de bagagens.

Foi somente a partir de 2016 que a franquia de bagagens apareceu como tema de Audiência Pública, como parte das mudanças das Condições Gerais de Transporte Aéreo. De forma específica, na data de 08/04/2016, o Idec participou de audiência pública realizada na sede da ANAC em São Paulo, em conjunto com a Associação Proteste e o Ministério Público Federal que representaram os consumidores.

As empresas aéreas compareceram em massa, bem como as associações que as representam como a ABEAR – Associação Brasileira das Empresas Aéreas e a IATA - Associação Internacional do Transporte Aéreo.

A minuta proposta pela ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil, apresentava vários pontos que, mantidos, representavam verdadeira afronta ao Código de Defesa do Consumidor.

Dentre as violações, destacavam-se: (i) a limitação territorial da assistência material, (ii) permissão de cobrança de multa até 100% do valor pago pela passagem, (iii) limitação de indenização nos casos de perda ou extravio de bagagem, (iv) redução do direito de arrependimento de 7 (sete) dias previstos no CDC para 24 horas da data da compra, (v) eliminação da franquia de bagagem despachada, sem qualquer garantia de redução do preço das passagens e (vi) exclusão da responsabilidade das empresas nos casos de força maior imprevisível (fatores climáticos que impossibilitem a prestação do serviço, por exemplo, nevasca, tsunami, e vulcões em erupção) e caso fortuito não imputável ao operador aéreo (por exemplo, atentados terroristas).

Os pontos mais debatidos na audiência foram a **eliminação da franquia de bagagem despachada** e a **exclusão de responsabilidade nos casos fortuitos e de força maior**, lembrando que atualmente o consumidor pode transportar até 23kg nos voos nacionais e 2 bagagens de até 32kg nas viagens internacionais.

Já naquela oportunidade, a nova regulação previa a diminuição gradativa da franquia de bagagem despachada, até que em outubro de 2018 as franquias fossem livremente estabelecidas nos contratos das empresas aéreas, ponto este que foi de extrema preocupação para o Instituto, por haver indícios massivos de violações ao CDC, o que o levou a apresentar seu posicionamento institucional na Consulta Pública da ANAC sobre o tema e que se encerrou em 02 de maio de 2016.

## **B) Posicionamento Institucional do Idec sobre as franquias de bagagem na Audiência Pública nº 03/2016.**

Sobre o tema em debate, o Idec se posicionou argumentando que o aumento da franquia da bagagem de mão para reduzir gradativamente a franquia despachada é extremamente desfavorável ao consumidor.

Pode-se dizer, neste ponto, que caso fosse aprovada a referida redução o consumidor seria colocado em situação de desvantagem excessiva (Art. 39, V do CDC), isto porque, carregar bagagens em viagens deve ser condição inerente à prestação de serviço aéreo.

É sabido que a franquia de bagagem integra o preço da passagem, entretanto, não há qualquer garantia que este custo do transporte de bagagem fosse deduzido do valor da passagem, o que pode ser considerado como aumento injustificado do preço (Art. 39, X do CDC), caso se elimine a franquia despachada e não ocorra a diminuição do preço da passagem.

Ademais, se eliminada a franquia despachada integrada ao preço da passagem, deveriam ser observados direitos básicos do consumidor como o direito à informação, para que não se consolide a prática abusiva que atualmente ocorre para a cobrança do quilo excedente de bagagem, já que o consumidor só tem acesso ao preço do quilo excedente quando faz o *check in*.

Portanto, ocorrendo a mudança sugerida pela ANAC, o consumidor ficaria sujeito a pagamento de serviço adicional (transporte de bagagem despachada), que se mantido da forma como é hoje (para o quilo excedente), deixaria o consumidor em situação de extrema vulnerabilidade, pois o valor adicional da bagagem é calculado sobre o preço normal da passagem (valor que o consumidor não tem acesso) e não sobre o valor que o consumidor pagou pela passagem, violando o direito à informação e transparência nas relações de consumo.

Com a conclusão da audiência pública, a ANAC divulgou, *a posteriori*, [o resumo das contribuições de todos os participantes, bem como seus comentários e decisões para final edição da resolução 400/2016](#). Tal questão será abordada mais à frente, quando confrontar-se o acórdão do TCU de 2018.

## **C) Aprovação da Resolução 400/2016 pela Agência Reguladora em 13/12/2016.**

Em que pese as argumentações do Idec e de diversos órgãos de defesa do consumidor sobre o tema, incluindo-se a SENACON, a ANAC anunciou no dia 13/12/2016 a aprovação de novas regras gerais sobre os direitos dos passageiros em viagens aéreas no Brasil. A resolução abarca um conjunto de normas sobre a oferta de passagens, franquia e extravio de bagagem, cancelamento da compra e multa, entre outros aspectos.

A decisão da agência já estava prevista e, na sexta-feira, 09/12/2016, o Idec reiterou que a revisão das normas deveria respeitar os direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A resolução atendeu apenas em parte o pedido. Uma das propostas inicialmente feitas pela Anac e duramente criticada pelo Idec foi retirada da norma: a limitação do direito à assistência ao passageiro em caso de problemas com o voo decorrentes de casos fortuitos ou força maior.

No entanto, a agência mudou várias outras regras e, muitas delas de forma negativa ou insuficiente. Uma das mudanças mais criticadas por ser prejudicial ao consumidor foi justamente a liberação de cobrança adicional para despachar bagagem, segundo a qual as companhias aéreas podem cobrar valores adicionais para despachar bagagem. Antes, o consumidor tinha direito a despachar até 23kg em voos nacionais e 32kg em internacionais. Para bagagem de mão, franquia aumenta de 5kg no máximo para no mínimo 10kg no mínimo.

As novas regras entraram em vigor para passagens compradas a partir de 14 março de 2017. Viagens realizadas após essa data, mas adquiridas anteriormente, continuaram seguindo as antigas normas previstas na Resolução 141/2010.

Com a edição da resolução, 04 (quatro) ações civis públicas propostas em diversos locais do Brasil questionaram tais alterações, conforme se passará a demonstrar:

#### **D) Das Ações Civis Públicas propostas contra as regras de franquias de bagagens previstas na Resolução 400/2016.**

Dias após a edição da Resolução, a mesma foi atacada por 04 (quatro) ações civis públicas que foram distribuídas em juízos diferentes ao longo do Brasil. Importante ressaltar que todas têm a mesma causa de pedir e versam sobre a ilegalidade das normas que caracterizam o transporte de bagagem como contrato acessório oferecido pelo transportador aéreo.

A **primeira ACP**, proposta pelo **Departamento Municipal de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor**, foi distribuída em 20/12/2016 à **10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará** e autuada sob o nº **0816363-41.2016.4.05.8100**. No referido processo foi proferida sentença pela qual se declarou a inexistência de ilegalidades no ato editado pela ANAC. Houve recurso de apelação apresentado pela parte autora. É importante frisar que o **Fórum Nacional de das Entidades Civis de Defesa do Consumidor** e o **Brasilcon** atuam como *amicus curiae* naquela demanda e o **Conselho Federal da OAB** foi admitido como assistente simples, aguardando-se, desde então, o julgamento do recurso pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

A **segunda ACP**, proposta pela **Gerência de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON/PE)**, foi distribuída também em 20/12/2016 à **9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco**, e autuada sob o nº **0810187-28.2016.4.05.8300**, No referido processo, houve o reconhecimento da **prevenção** que remeteu os autos para a referida **10ª Vara Federal do Ceará**, considerando a distribuição, horas antes, da ação no Ceará.

Já a **terceira ACP**, proposta pelo **Conselho Federal da OAB**, foi distribuída em 11/1/2017 à **4ª Vara do Distrito Federal** e autuada sob nº **0000752-93.2017.4.01.3400**. Nestes autos, não houve declínio de competência para a Vara Federal do Ceará, por interpretação do art. 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

Por último, porém não menos importante, a **quarta ACP**, proposta pelo **Ministério Público Federal**, foi distribuída em 07/03/2017 a **22ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo** e autuada sob o nº **0002138-55.2017.4.03.6100**, na qual houve **deferimento de liminar para suspender os artigos 13 e 14, § 2º, da Resolução 400/2016 da ANAC, em especial quanto à franquia de bagagem.**

Referida decisão, contudo, foi **reformada** pelo **TRF da 3ª Região** em grau de Agravo de Instrumento interposto pela ANAC, destacando o Relator do caso que, para que houvesse segurança jurídica nos processos que seria necessário se aguardar a definição do juízo competente para julgar as ações civis públicas propostas.

Nesse sentido, convém esclarecer que aguarda-se julgamento pelo **Superior Tribunal de Justiça do Conflito de Competência nº 151.550/CE** para definição do juízo competente para processar e julgar as demandas.

No referido Conflito, alega-se que a 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará seria o juízo competente para processar e julgar as duas ações civis públicas que hoje tramitam na Justiça Federal do Distrito Federal e de São Paulo, em especial atenção consoante aos critérios dispostos no art. 59 do CPC e pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7347/85.

Considerando-se, contudo, o teor do artigo 55, §1º, CPC e da Súmula 235/STF segundo as quais a conexão não determina a reunião dos processos se um deles já foi julgado, é possível que o STJ defina a competência a uma das duas outras varas federais (DF e SP) em que não houve julgamento da lide, tendo em vista a sentença pretérita da ACP proposta no Juízo Federal do Ceará e o reconhecimento da prevenção pelo juízo de Pernambuco.

Ademais, de se informar que o julgamento do referido **Conflito de Competência** foi reiniciado no dia 10/04/2019 e, conforme informações do sítio eletrônico do STJ, a sessão de julgamento foi suspensa e será retomada em 24/04/2019.

De se anotar que as ações civis públicas adotam linhas argumentativas complementares, sendo essencial, o deslinde e normal prosseguimento do feito o mais rápido possível, a fim de que se possa garantir direitos dos consumidores violados pela agência e companhias aéreas, posto que evidente que não houve justificativa plausível para se desregular a franquia de bagagens e quiçá melhorias na oferta do serviço conforme se demonstrará em tópico apropriado.

Por sua vez, o Idec, apesar de não ter entrado com ação civil pública, tem prestado suas contribuições com o tema após a edição da resolução, conforme se passará a demonstrar.

### **E) Histórico dos últimos dois anos após a edição da Resolução - A atuação do Idec**

A partir da entrada em vigor da Resolução 400/2016, em março/2017, preocupado com as dificuldades que os consumidores pudessem sentir com as mudanças trazidas pela alteração das normas, este Instituto elaborou a cartilha "[Direitos na Aviação](#)" de forma a educar e informar os consumidores sobre seus direitos, bem como para atuar de forma preventiva à reparação de eventuais danos causados na prestação do serviço.

Já em maio de 2017, o Idec foi convidado a participar de [audiência pública](#) sobre o tema no Senado Federal, aberta pela Comissão Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor - CTFC, para discutir a legalidade do artigo 13 da Resolução 400/16-ANAC.

Na oportunidade da audiência pública em questão, diversas entidades de defesa do consumidor, apresentaram [Manifesto](#) pela Aprovação do Decreto Legislativo 89/2016 do Senado Federal que visa sustar as regras de franquia de bagagens. Referido ato foi assinado pelo Idec, Ordem dos Advogados do Brasil, Brasilcon, ADECCON, Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor, Movimento das Donas de Casa de Minas Gerais, CODECON de Porto Alegre, MP do Consumidor e Movimento Edy Massai de Defesa do Consumidor e demonstra que os órgãos e entidades de defesa dos consumidores são uníssonos quanto à ilegalidade do referido artigo.

O Idec defendeu no Senado a falta de incompatibilidade da extinção da franquia de bagagem despachada com o CDC, bem como o dever de evitar ameaça aos direitos tão duramente conquistados pelos consumidores brasileiros e requereu que a ANAC suspendesse espontaneamente os efeitos do referido artigo 13, como medida de autotutela, com base na vedação ao retrocesso dos direitos dos consumidores e do nítido apoio dos Senadores membros da CTFC.

A audiência pública contribuiu muito para o convencimento dos senadores presentes, Ataídes Oliveira (PSDB/TO), presidente da mesa, Humberto Costa (PT/PE), Jorge Vianna



(PT/AC), que sugeriram enviar um requerimento com urgência para a Câmara dos Deputados para que o Decreto Legislativo 89/16 fosse pautado.

Com a forte atuação das entidades de defesa do consumidor, o Decreto Legislativo foi aprovado no Senado e seguiu para a Câmara dos Deputados, onde foi registrado como [PDC 578/2016](#). Já na Câmara, o rito estabelecido determinou o PDC passasse pela **Comissão de Defesa do Consumidor (CDC)**, **Comissão de Viação e Transportes (CVT)** e **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)**.

Assim, o PDC 578/2016 recebeu [parecer favorável na Comissão de Defesa do Consumidor](#) e agora está na Comissão de Viação e Transportes (CVT), tendo recebido recentemente novo relator na CVT, o Dep. Altineu Côrtes (PR-RJ), aguardando-se parecer.

Noutro passo, no final de julho de 2017, o Idec ainda participou [da Blitz nos Aeroportos](#) para verificar os casos de desrespeito ao CDC e informar os consumidores sobre seus direitos, através da entrega de de [flyers](#) aos consumidores. A operação aconteceu em 26 Estados e contou com a participação das **Comissões de Defesa do Consumidor** das seccionais da **Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**, membros da **Comissão Especial Defesa do Consumidor (CEDC)**, **Ministério Público** e PROCONs Estaduais.

Em agosto de 2017, o Idec ainda realizou [matéria em sua revista bimestral](#) (Revista do Idec, jun-ago 2017) sobre as franquias de bagagens, informando os preços que estavam sendo praticados pelas principais companhias aéreas e os abusos decorrentes dessa prática

Inconformada com a atuação conjunta das entidades de defesa do Consumidor, a ABEAR fez lançar na mídia informações que [as franquias de bagagens estariam reduzindo em até 30% o preço das passagens aéreas](#).

Referido fato chamou atenção das entidades de defesa do consumidor, oportunidade na qual [este DPDC, através da Nota Técnica nº 111/2017/CSA, abriu procedimento de averiguação preliminar em face da ABEAR](#) e das principais companhias aéreas que ela representa, a fim de que apurar em procedimento administrativo se as informações eram de fato verdadeiras ou enganosas. Não se tem notícia, contudo, da finalização do referido procedimento até a presente data.

Em 2018, o tema continuou em alta, considerando não só a cobrança das franquias de bagagens, mas também, a falta de padrão para bagagens de mão, o que acaba gerando custos extras aos consumidores, pois cada companhia acaba por utilizar o padrão que melhor lhe convém, de modo que o consumidor, em muitos casos, tem que arcar com valores extras ou despachar a mala e pagar pela franquia de bagagem no ato do check in. [O IPÉM chegou a](#)



RUA DESEMBARGADOR GUIMARÃES, 21  
ÁGUA BRANCA SÃO PAULO-SP 05002-050  
55 11 3874.2150

Junte-se à luta pelos direitos dos consumidores.  
O Idec é feito por pessoas como você. Associe-se  
[www.idec.org.br](http://www.idec.org.br)

[notificar as companhias aéreas sobre tal irregularidade](#), diante da necessidade de uniformização de tais padrões e seguimento das regras de metrologia sobre o assunto.

Interessada pelo tema, a mídia brasileira fez levantamentos sobre os preços cobrados pelas aéreas pela cobrança das franquias de bagagens. Na média, [constatou-se que houve um aumento de 6% a 7% ao invés de reduções dos valores](#).

Desde o início da vigência das medidas da ANAC, companhias como [Gol](#) e [Azul](#) aumentaram o valor cobrado pelas franquias de bagagem em 67% e 33%, respectivamente.

A ANAC, por sua vez, responde às demandas da imprensa informando que [o impacto sobre a cobrança das franquias de bagagens pode demorar até 05 anos](#) para ser avaliado com precisão.

Referidas notícias [levaram o TCU a abrir auditoria para verificar o impacto da cobrança das franquias de bagagens](#) e os motivos de não redução dos preços das passagens aéreas.

Já no fim de julho de 2018, [a Blitz nos aeroportos teve nova edição](#) e foi comandado pela OAB e por representantes de outras entidades de defesa consumidor. Ao todo, 20 entidades, incluindo-se o Idec, participaram da Blitz. No [Rio](#) e em [Goiás](#), os Procons chegaram a autuar as companhias aéreas por diversas irregularidades.

Em dezembro de 2018 [o TCU concluiu o processo de auditoria](#) e não constatou irregularidades no aumento das cobranças pelas franquias de bagagens, levando em consideração as altas do dólar e dos custos com o querosene de aviação no período.

No início de 2019, as [companhias aéreas internacionais divulgaram novas políticas de franquias de bagagens](#) para se adequar melhor às regras da Resolução 400/2016 da ANAC.

Em abril deste ano, em iniciativa conjunta da ABEAR e das companhias aéreas, haverá o início, de forma gradativa, de um [aumento na fiscalização sobre as medidas das bagagens de mãos](#) em pelo menos 15 aeroportos brasileiros. Essa fiscalização ocorrerá antes zona de raio-x, na qual os consumidores terão que verificar se suas bagagens estão de acordo o gabarito permitido pelas aéreas.

No último dia 11 de abril, o jornal [Valor Econômico](#) divulgou matéria na qual informa que a [receita das companhias aéreas aumentou consideravelmente desde a liberação da cobrança das franquias de bagagens](#). De acordo com a notícia, o faturamento com das empresas aumentou em 126% até o final de 2017 e de 120% de janeiro a setembro de 2018, resultando em uma receita de R\$511,7 milhões de reais.

## II - DA NOTA TÉCNICA Nº. 5/2018/GTEC/GEAC/SAS/ANAC e ACÓRDÃO TC 012.750/2018-2 DO TCU.

### A) NOTA TÉCNICA Nº. 5/2018/GTEC/GEAC/SAS/ANAC

A **ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil**, por meio de suas gerências técnicas de Análise Econômica e de Acompanhamento de Mercado, editou, em 08 de outubro de 2018, a **Nota Técnica nº. 5/2018/GTEC/GEAC/SAS**, com vistas a subsidiar a defesa em juízo da Agência Reguladora acerca do pedido de concessão de tutela de urgência no curso da Apelação nº.: 0816363-41.2016.4.05.8100, interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em trâmite perante o Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cujo objeto da controvérsia reside na desregulamentação da franquia de bagagem despachada efetuada por meio da Resolução nº. 400, de 13 de dezembro de 2016.

Com efeito, buscando responder aos questionamentos objetivos elaborados pela Douta Procuradoria Geral Federal, o Órgão Regulador constrói sua análise sobre qual seria a *mens legis* da sobredita Resolução e sua correta interpretação, sustentando, sob seu ponto de vista, que os reais propósitos da norma seriam, *ipsis litteris*:

- *promover a **concorrência**, a inovação e a eficiência;*
- *propiciar a oferta de mais **opções** de serviços e preços para a **escolha** dos passageiros, de acordo*
- *com as suas diferentes necessidades, preferências e disposição de pagamento;*
- *ampliar a **transparência** nas relações de consumo;*
- *implantar as **práticas regulatórias mais modernas** já adotadas no restante do mundo;*
- ***reduzir o intervencionismo** estatal na atividade econômica.*

Assevera que se trata de uma medida em prol dos consumidores, muito embora a redução dos preços das passagens aéreas, em tese, não se encontraria entre os propósitos elencados pela ANAC para edição da Resolução, porque, sob sua ótica, possuíra um sem número de variantes propensas a influenciar na composição, e conseqüentemente, definição do preço pelas companhias aéreas, sendo que “a bagagem transportada é apenas mais um dos itens que podem influenciar os preços das passagens aéreas”.

Traça, ainda, uma análise histórica do modelo regulatório ao longo dos anos, notadamente no Brasil e no mundo, comparando os países em desenvolvimento aos desenvolvidos, e fundamenta a adoção da liberdade tarifária pelas companhias aéreas à luz dos princípios da teoria econômica, incluindo a livre determinação dos produtos ofertados, a

otimização dos serviços e o equilíbrio dos preços, este último ao argumento de que os preços ajustam-se até que o total que as pessoas demandam seja igual ao total ofertado.

Em outras palavras, embora afirme a ANAC que a redução dos preços das passagens aéreas não se encontraria entre os propósitos elencados para a edição da Resolução, à luz da teoria econômica, noutro giro, de maneira bastante implícita, envereda o seu posicionamento em sentido contrário, porque, em referência aos princípios da demanda e oferta, tece as seguintes considerações, *in verbis*:

11. Naturalmente, **caso os ofertantes passassem a cobrar um valor pela passagem e pela bagagem acima do que os consumidores estão dispostos a pagar, haveria duas alternativas possíveis. A primeira seria o consumidor alterar seu comportamento e deixar de levar bagagem despachada, caso não considerasse necessário. E isso é bastante razoável, já que nem todos consumidores fazem questão de levar bagagem. Note que, para deixar de levar bagagem, ele teria que ter um incentivo, o que, em geral, é feito via preços. Alguns consumidores somente viajariam caso o valor da passagem sem bagagem despachada fosse inferior ao que se pagava antes. No entanto, há outros que estariam dispostos a pagar o mesmo cobrado anteriormente, mesmo que sem bagagem.**

12. A **segunda alternativa é o consumidor que necessita levar bagagem despachada deixar de viajar por não haver produtos com preços adequados às suas preferências. Isso, por si, forçaria a empresa a baixar seus preços até captar novamente aquela fatia da demanda. Cumpre destacar que a literatura afirma que o tempo em que esses ajustes ocorrem varia e podem demorar[3]**. (grifos nossos)

A ANAC não tece uma conclusão clara a respeito do tema, inclusive apresenta a ressalva de que **“a teoria econômica, contudo, não tem o poder de afirmar taxativamente o que irá ocorrer”**, nada obstante, ainda que contraditoriamente, indicar de maneira bastante sutil que, após a edição da Resolução nº. 400/2016, esperasse um cenário de redução na fixação dos preços das tarifas de passagem aérea em virtude da desregulamentação da franquia de bagagem despachada (cf. par. 14).

Em ato contínuo, a ANAC apresenta ressalvas quanto aos dados apurados e divulgados, bem como questiona a metodologia empregada para aferir tais dados, periodicamente, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) e pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) no que concerne ao aumento dos preços das passagens aéreas, após a desregulamentação da franquia de bagagem com a Resolução nº. 400. Diz que **“a metodologia empregada pelo IBGE**

*não é apropriada para uma correta avaliação de impactos da medida, se fossem considerados os números divulgados pelo instituto como parâmetros de sucesso da norma”.*

Indica que possui metodologia própria para medir periodicamente a variação dos preços das passagens aéreas, **sem, contudo, indicar de forma clara e precisa, os parâmetros utilizados para o cálculo de verificação dos preços do modal.**

A Nota Técnica editada pela ANAC prossegue, ainda, dizendo inexistir indícios, até o presente momento, de abuso no aumento de preços das bagagens despachadas por parte das companhias aéreas, uma vez que “o mercado de transporte aéreo é competitivo e está inserido em ambiente de liberdade tarifária”, o que, supostamente, na visão do Órgão Regulador “traz benefícios ao consumidor” e “o fato de duas empresas [Azul e Gol] **terem aumentado os valores cobrados por bagagem despachada não significa necessariamente que haja abuso ou qualquer infração contra a ordem econômica**”.

Atribui ao **Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**, a incumbência de verificar indícios de aumento abusivo de preço das passagens aéreas após a edição da Resolução nº. 400/2016, porque eventual “*infração à ordem econômica não invalidaria o mérito da desregulamentação das franquias de bagagem despachadas*”.

Finalmente, sustenta que as variáveis que impactam nos valores das tarifas são diversas, além da bagagem despachada, não podendo esperar que a diferença de preços seja explicada por um único fator isoladamente.

E conclui:

*“A associação de oscilações nos preços a qualquer possível causa, como o transporte de bagagem, depende necessariamente de uma série temporal robusta com diversos indicadores, para que seja possível isolar os impactos de cada variável considerada”.*

## **B) ACÓRDÃO TC 012.750/2018-2 – TCU.**

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União, proferiu o Acórdão TC 012.750/2018-2 no expediente de solicitação de fiscalização encaminhada pelo presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, em que requereu a realização de auditoria na Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC com o objetivo de examinar a regularidade dos atos da entidade quanto à liberação de cobranças por bagagem despachada permitida às empresas aéreas assim com as demais determinações contidas na Resolução nº. 400 de 13 de dezembro de 2016.

O Ministro Bruno Dantas, eminente Relator do expediente, para fundamentar o seu voto, colheu subsídios junto à SeinfraRodoviaAviação, que realizou reuniões técnicas com os seguintes órgãos e entidades:

- 1) Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos (SAS), unidade da Anac responsável pela elaboração da Resolução-Anac 400/2016;
- 2) Secretaria de Aviação Civil do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (SAC/MTPA);
- 3) Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), do Ministério da Justiça;
- 4) Ordem dos Advogados do Brasil; e
- 5) Associação Brasileira de Empresas Aéreas (Abea).

Além disso, analisou o processo administrativo acerca da edição da Resolução-Anac 400/2016, estudos e pareceres de outros órgãos e entidades, processos judiciais envolvendo o normativo, bem como notícias jornalísticas sobre o tema.

Em sua fundamentação, o Ministro Relator analisou as condições contratuais gerais do transporte aéreo de passageiros, doméstico e internacional, implementadas pela Resolução da Anac nº. 400/2016.

Ressaltou que a normativa trouxe inovações significativas do ponto de setorial, sobretudo a desregulamentação da franquia de bagagem despachada, objeto do presente expediente, pois antes da referida resolução, o passageiro tinha o direito de despachar uma peça de 23 kg em voos domésticos e duas peças de 32 kg em voos internacionais, contudo, os arts. 13 e 14 da Resolução 400/2016 ampliaram a franquia de bagagem de mão de 5 kg para 10 kg e consideraram como contrato acessório o transporte de bagagem despachada, cujo preço será determinado pelo transportador e estará sujeito às obrigações estabelecidas nos arts. 32 a 34 da resolução e ao disposto no art. 734 do Código Civil.

Na mesma linha argumentativa da ANAC, exarada por meio da Nota Técnica nº. 5/2018/GTEC/GEAC/SAS, explana o Ministro que *“a citada desregulamentação não se baseou na premissa de que haveria imediata redução dos preços ofertados aos passageiros. (...) essa foi apenas mais uma medida de um processo amplo de flexibilização gradual da regulação econômica no transporte aéreo”*.

Prossegue defendendo a teoria da liberdade econômica, consignando que

*“A **premissa** utilizada pela agência reguladora foi de que **o mercado de transporte aéreo é competitivo** – sem falhas de mercado significativas a serem corrigidas – **de tal modo que a interferência desnecessária do Estado deve ser evitada**. A específica medida de desregulamentação da franquia de bagagem **tinha como propósito estimular a concorrência, propiciar maior diferenciação de serviços e preços, convergir com práticas regulatórias internacionais** (já que o Brasil era um dos poucos que ainda regulava o assunto), **ampliar a transparência nas relações de consumo, corrigir distorções existentes** (preços iguais independentemente de ter bagagem despachada), bem como **facilitar a entrada de novas empresas aéreas no mercado**”. (grifos nossos)*

O ponto nodal enfrentado pelo v. Acórdão do TCU reside no fato de que com a desregulamentação do serviço aéreo através da Resolução 400/2016, deveria surgir, para o consumidor, vantagem econômica imediata no preço das passagens, visto que a franquia de bagagem despachada seria cobrada à parte e, logicamente, pagariam somente os consumidores que usufruíssem deste serviço, beneficiando, com o barateamento, os consumidores que não lho utilizasse.

Todavia, mais uma vez na linha argumentativa da ANAC, o Ministro sugere que o preço das passagens aéreas é afetado por múltiplos fatores, flutuantes, tornando difícil atribuir ganhos ou perdas econômicas unicamente à mudança na regulação de bagagem despachada, entendendo que os efeitos da desregulamentação da franquia de bagagem se farão sentir com mais precisão após decorrido o prazo de cinco anos ora previsto na sobredita Resolução, considerando despiendo qualquer medida adicional.

Ressalta que além da desregulamentação da franquia de bagagem despachada, a resolução, em tese, seria benéfica ao consumidor brasileiro porque permitiria uma maior concorrência setorial, viabilizando a entrada de inúmeras outras empresas, sobretudo estrangeiras, no mercado brasileiro e, mais uma vez em tese, uma maior opção de escolha ao consumidor de passagens aéreas com precificação mais atraente, sob o pálio da competitividade, sendo, na visão do Ministro Relator, o principal mecanismo para incrementar a oferta e a qualidade dos serviços, bem como reduzir os preços das passagens aéreas.

Em seu voto, entendeu o nobre Ministro que com avanço legislativo no sentido de garantir tratamento igualitário, com a edição da Resolução nº. 400 de 2016, além de se adequar a inúmeros pressupostos constitucionais, tende a proporcionar ao Brasil elevados benefícios econômicos e sociais.

Com relação aos dados apurados e divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) e pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) no que concerne o aumento dos preços das passagens aéreas, após a desregulamentação da franquia de bagagem, registra o Ministro Relator que aspectos metodológicos não permitem a comparação com os números registrados pela Anac na Nota Técnica 13/2017/GTEC/GEAC/SAS, não obstante reconhecer a existência de diferenças significativas entre os números apurados pelo IBGE e FGV e pela ANAC. Confira-se, *verbis*:

**43. De fato, existem diferenças significativas entre as pesquisas realizadas pelo IBGE e FGV e o estudo consolidado pela Anac na referida nota técnica.** *Os trabalhos têm enfoques distintos, este objetivando apurar o impacto da desregulamentação da franquia de bagagem e aqueles objetivando apurar índices mensais de inflação.*

No entanto, o Ministro Bruno Dantas esclarece que a atuação da ANAC, na fiscalização e publicidade das tarifas praticadas pelas empresas aéreas foi objeto de recente auditoria do TCU, decorrente de solicitação da mesma Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, concluindo o Pleno Tribunal procedimentos adotados pelo ente regulador são aderentes à competência que lhe foi atribuída pela Lei 11.182/2005 (Acórdão 1.241/2018-TCU-Plenário), *in verbis*:

*O mercado aéreo, conforme dito anteriormente, é concorrencial e utiliza-se de diferentes instrumentos para obter lucro, que é, como não pode deixar de ser, o objetivo do negócio do ponto de vista empresarial. Inegável que a liberdade tarifária trouxe aos consumidores preços mais atraentes às passagens aéreas e conseguiu promover importante inclusão social. A flexibilização regulatória nesse setor, incrementada pela Resolução 400/2016, contempla o princípio constitucional da livre concorrência e tende, a médio prazo, a dar resultados positivos à sociedade.*

O Pleno do Tribunal de Contas da União, resolveu por bem **informar à Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados que a edição da Resolução-Anac 400/2016**, que desregulamentou a franquia de bagagem despachada **tende a ser favorável ao consumidor**, assim como as demais medidas de flexibilização regulatória setorial e que os efeitos das novas medidas implementadas pela regulamentação objeto de análise 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 seu art. 42, não necessitando, neste momento, de medidas adicionais.

### III - IMPACTOS DO TEMA EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

O tema é de extrema relevância para as entidades de proteção e defesa do consumidor, sendo certo que a cobrança pela franquia de bagagens impactou diretamente na vida e nos direitos dos consumidores brasileiros.

Conforme demonstrado no tópico anterior, as principais justificativas da ANAC para a aprovação das franquias de bagagens, segundo a Nota Técnica nº 5/2018/GTEC/GEAC/SAS e no Acórdão do TCU, são as seguintes:

- 1) promover a **concorrência**, a inovação e a eficiência;
- 2) propiciar a oferta de mais **opções** de serviços e preços para a **escolha** dos passageiros, de acordo com as suas diferentes necessidades, preferências e disposição de pagamento;
- 3) ampliar a **transparência** nas relações de consumo;
- 4) implantar as **práticas regulatórias mais modernas** já adotadas no restante do mundo;
- 5) **reduzir o intervencionismo** estatal na atividade econômica
- 6) que **nunca houve promessa de redução de custo das passagens aéreas** a partir da desregulamentação das franquias de bagagem, em razão de fatores econômicos como a alta do dólar e do combustível.

Merecem destaque, contudo, algumas justificativas apresentadas pela ANAC para aprovação do artigo 13 da resolução 400/2016, [conforme Relatório Final da audiência pública nº 3 de 2016, na qual foram compiladas as participações e contribuições dos consumidores e das empresas aéreas](#). Confira-se:

- 1) a franquia de bagagem já era um custo agregado ao transporte de pessoas antes da resolução, ou seja, o preço estava incluso no serviço principal, mesmo que o passageiro não o utilize.
- 2) não existe espaço para a volta da regulação tarifária e estabelecimentos de tetos para as passagens aéreas, que se mostra modelo plenamente superado (tanto em razão da lei, como da queda de preços que a liberdade promoveu).
- 3) É esperado, com a desregulamentação da franquia, que sejam ofertadas tarifas em que os passageiros paguem somente pelo serviço de transporte aéreo, garantido apenas o transporte da bagagem de mão.
- 4) Referidas tarifas tenderão a ser mais baratas do que as atualmente praticadas, assumindo-se que, em maior ou menor grau, os custos correspondentes ao direito à franquia de bagagem despachada sejam considerados na precificação dos valores das tarifas aéreas.

5) **A redução tarifária seria uma decorrência lógica: sem o custo obrigatório do transporte de bagagem, há margem para que as empresas aloquem melhor o transporte de cargas e passem a oferecer passagens mais baratas**, desde que o dólar e o combustível não sofram significativas variações, o que também influencia diretamente no custo do serviço, ocasião em que os passageiros que não despacham bagagem serão os maiores beneficiados.

Da leitura das justificativas acima elencadas, é possível verificar certa antinomia na justificativa da falta de redução dos preços das passagens aéreas, pois **enquanto na Nota Técnica Nº 5/2018** a Agência diz claramente que a redução dos preços não estava elencada como propósito para alteração da norma, no **Relatório da Audiência Pública nº 3/2016**, **há relato que a redução tarifária seria decorrência lógica da cobrança de franquia de bagagens**.

Não se nega que em ambos os casos a Agência considerou exceções relativas aos fatores econômicos como a alta do dólar e do combustível. Contudo, se a franquia de bagagem já era um custo agregado ao transporte de pessoas antes da resolução é nítido que as variações do dólar, do combustível e qualquer outro fator econômico relevante para a determinação do preço do serviço também assim já o eram antes da sobredita resolução.

Logo, a justificativa econômica não pode prevalecer por estar em confronto com o Código de Defesa do Consumidor, já que **há repasse do risco da atividade comercial ao consumidor e, portanto dupla prática abusiva**: aumento injustificado do preço (art. 39, inciso X, do CDC) e exigência de vantagem manifestamente excessiva contra o consumidor (art. 39, inciso V, CDC), considerando principalmente a falta de exceções plausíveis a determinar a desregulação das franquias, com a conseqüente cobrança de tais preços aos consumidores.

Por outro espeque, ao longo da vigência da resolução, as matérias jornalísticas trazidas à colação no tópico anterior denotam que nos últimos dois anos houve, em verdade, aumentos expressivos dos valores cobrados pelas empresas aéreas pelas bagagens o que, como conseqüência lógica, elevou em demasia o lucro do setor.

Ainda que se argumente a promoção da concorrência para justificar tais lucros, do ponto de vista consumerista, o que se verificou foram diversos abusos aos direitos do consumidor, principalmente, porque **a liberdade econômica e tarifária das empresas aéreas não podem ser tratadas como base da ordem econômica, sem se respeitar os direitos dos consumidores**.

Para chegar-se a esta conclusão, não é necessário grande esforço argumentativo, mas somente correlacionar as normas e preceitos envolvidos no tema, conforme se passará a demonstrar de forma rápida:

Em primeiro lugar, temos o preceito fundamental da defesa do consumidor insculpido no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

**XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;**

Também, na Constituição Federal, a defesa do consumidor está garantida como princípio de ordem econômica.

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

(...)

**V – defesa do consumidor;**

Para dar cumprimento ao comandos constitucionais, foi editada a Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que logo em seu artigo 1º denota a importância do CDC junto à CF. Confira-se:

Lei 8.078/90 (CDC):

Art. 1º O presente Código estabelece **normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social**, nos termos dos art. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Por sua vez, a lei que instituiu a ANAC (Lei n. 11.181/2005) também previu em seu artigo 8º, como função precípua da agência **o necessário atendimento do interesse público** e a repressão às infrações à legislação e direitos do usuário.

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

(...)

XXXV: reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários, e aplicar as sanções cabíveis;

Não é à toa que este interesse público deve ser entendido como interesse social. A intenção do legislador é clara nesse sentido, pois deve haver harmonização dos **direitos sociais** previstos na Constituição, com os **motivos e funções principais da agência reguladora**, sem o qual o transporte não estaria inserido naquele patamar de direito social, conforme dispõe o art. 6º da CF. Não é demais lembrar que a Emenda Constitucional n. 90, de 2015, definiu de modo expresso que o transporte é um direito social do cidadão brasileiro:

Art. 6º, CF: **São direitos sociais**, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, **o transporte**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Da rápida leitura dos artigos em comento, verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil, além de alçar o direito do consumidor a direito fundamental, protegido por cláusulas pétreas e princípio da ordem econômica, o mesmo está intimamente ligado aos direitos e interesses sociais, sendo inerente a estes o direito ao transporte. Portanto, pode-se concluir deste modo que a defesa do consumidor está intrinsecamente ligada à prestação dos serviços de transporte.

No caso das franquias de bagagens, além do art. 13 da Resolução 400/2016 estar em conflito com os preceitos constitucionais acima elencados, ao transferir para o consumidor os custos do serviço, sem que haja qualquer benefício efetivo ao consumidor, sobredita resolução também fere frontalmente as disposições do Contrato de Transporte previstos no Código Civil, como também, os princípios e direitos básicos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, o artigo 734 do Código Civil Brasileiro é claro ao determinar que o transporte de pessoas engloba o da sua bagagem. Logo, não há justificativas para haver cobranças em separado, sem que haja uma pronta compensação no preço ao consumidor.

Pelo viés consumerista, o **Código de Defesa do Consumidor**, ao trazer em seu bojo o princípio relativo à **boa-fé objetiva**, insculpido no **artigo 4º, inciso III, do CDC**, trata justamente

da **harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo** e visa compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na **boa-fé** e **equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores**.

Este princípio vai além da mera expectativa de um direito ou de sua possível perda pela ignorância de fatos, mas vai de encontro à harmonização, cooperação, lealdade e probidade entre todos os participantes da relação de consumo, a fim de que haja nela equilíbrio suficiente a garantir sua proteção e paridade.

Como indivíduo vulnerável que é (**art. 4º, inciso I, CDC**), o consumidor depende que a interpretação dos contratos lhe proporcione, além de liberdade contratual e desenvolvimento econômico e técnico, informações e meios protetivos eficazes no intuito de coibir eventuais vícios ocasionados pela má-fé ou abusos de direitos por partes de tais fornecedores, sob pena do contrato que os estipula ser considerado nulo, já que estabelecem obrigações abusivas e em total desacordo com o sistema de proteção do consumidor (Art. 51, incisos IV e XV, CDC).

Portanto, ainda que existam ganhos em concorrência e livre iniciativa do mercado, a cobrança pela bagagem sem qualquer contraprestação ou informação adequada e clara que onera excessivamente o consumidor, acaba por ser não ser compatível com a Constituição Federal, com o Código Civil e com o Código de Defesa do Consumidor, sendo vedado pela Constituição Federal que os atos do poder público apresentem retrocessos sociais, como de fato acaba ocorrendo com a Resolução 400/2016 da ANAC.

Nesse sentido, a vedação ao retrocesso social ganha destaque na exata medida em que no Estado Social e Democrático de Direito, através da União ou de seus entes, tal como ANAC, veda a criação de legislações ou regras que venham a causar retrocessos ao que foi garantido constitucionalmente.

De acordo com Carla Rosane Pesegoginski<sup>1</sup>, citando Canotilho, “o “efeito *cliquet*” dos direitos humanos significa que os direitos não podem retroagir, só podendo avançar na proteção dos indivíduos. Significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios”.

---

<sup>1</sup> Pesegoginski, Carla Rosane. *Princípio da vedação do retrocesso: “efeito cliquet”*. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/carlaadvogada/artigos/principio-da-vedacao-do-retrocesso-efeito-cliquet-436> - acessado em 11/04/2019.

Assim, seria desarrazoado permitir-se que o ato administrativo que culminou na edição da Resolução 400/2016 da ANAC fosse revestido de legalidade, já que a franquia de bagagens somente onera uma das partes e afronta direitos básicos garantidos pelas demais legislações supra aos consumidores dos serviços aéreos, haja vista que permite a revisão dos contratos onerando em demasia quem mais precisa dos serviços, e portanto, não contribuirá para a estabilidade do Serviço de Transporte prestado pelas empresas aéreas.

O Ilustre Desembargador e Nobre Jurista Ingo Wolfgang Sarlet<sup>2</sup>, ilustra bem a falta de reconhecimento da vedação ao retrocesso, ainda que o ato administrativo tenha presunção de legalidade. Nesse sentido:

“Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. (...)”.

Isso é o que de fato ocorre no presente caso, já que a Resolução 400/2016 está em confronto com as normas protetivas do CDC, do Código Civil, da Lei de criação da ANAC e dos demais princípios constitucionais norteadores da relação jurídica em tela. **O transporte é um direito social e ao Estado cabe a defesa do consumidor, conforme garantido de forma expressa pela Constituição Federal.**

Não se nega que os atos praticados pela Agência Reguladora tem presunção de legalidade, seja em razão de sua natureza de autarquia especial ou de sua autonomia administrativa (Art. 4º, da Lei 11.182/2005). Porém, quando se fala em presunção de legalidade do ato administrativo, esta presunção só irá ocorrer quando o ato for praticado em respeito aos princípios da Administração Pública, assim como quando não afrontar diretamente preceitos constitucionais e legais que estejam em posição hierárquica igual ou superior.

Veja-se, por fim, que o próprio STF corrobora com a necessidade de reconhecimento da vedação ao retrocesso social, podendo-se citar o seguinte precedente:

---

<sup>2</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang in "A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro"(pg. 24) - <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e-proibicao-de-retrocesso-social-no-direito-constitucional-brasileiro> - acessado em 11/04/2019.

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – **O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.** – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, **se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.**- (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Portanto, de rigor seja afastada a presunção de legalidade do ato administrativo que culminou na edição do art. 13 da Resolução 400/2016 da ANAC, posto que a mesma afronta o texto constitucional, em especial, a dignidade da pessoa humana, o direito social ao transporte, a ordem econômica e as normas de ordem pública e de interesse social do CDC.

Por fim, em que pese a Agência relatar que a norma traz maior transparência e oferta mais adequada dos serviços, resta evidente que, na prática, não é isso que acaba ocorrendo. A resolução cria uma falsa expectativa de melhora na prestação do serviço, sendo que na realidade o que ocorre é a diminuição na liberdade de escolha do consumidor, principalmente daqueles que não têm tantas condições econômicas para se utilizar do serviço de transporte aéreo e pagar pelo despacho das bagagens.

Isso acaba ocorrendo, dada a elevação injustificada dos preços para os despachos das bagagens nestes dois anos. Este consumidor necessariamente terá que optar pela passagem mais barata, pois não terá condições financeiras de pagar por passagem com a franquia de 23kg de forma antecipada. Para muitos consumidores, a média de R\$60,00 cobrada fará falta na viagem ou até mesmo para cobrir gastos mensais básicos.

Com isso, o consumidor viaja sem poder despachar sua bagagem e terá de utilizar-se da bagagem de mão limitada aos 10kg que, apesar ter medidas regulamentadas, não apresentam um padrão correto e necessário para que o consumidor não seja surpreendido com a necessidade de despachar sua bagagem na hora do voo e acabar por pagar um preço ainda mais elevado na hora do embarque.

De se dizer, por fim, que a medida adotada pela ABEAR e pelas companhias aéreas de aumentar a fiscalização das bagagens de mão dos usuários antes do raio-x nos aeroportos, também não é medida que visa a proteção consumerista, mas sim maior lucro do Setor, pois muitos consumidores serão obrigados a despachar suas bagagens para embarcar, sob pena de não poderem viajar.

#### IV - CONCLUSÕES

Do exposto, e à luz das percepções que este Instituto tem verificado ao longo destes dois anos de vigência da Resolução Anac nº. 400/2016, evidencia-se, notadamente no caso das franquias de bagagem despachadas, que a justificativa econômica apresentada pelo Órgão Regulador contraria o que estabelece o Código de Defesa do Consumidor, já que, como alhures ressaltado, **há repasse do risco da atividade negocial ao consumidor e, portanto dupla prática abusiva.**

**A desregulamentação da franquia de bagagens, por meio da sobredita resolução, possui o condão de legitimar o aumento injustificado do preço (art. 39, inciso X do CDC) e exigência de vantagem manifestamente excessiva contra o consumidor (art. 39, inciso V, CDC), com a consequente cobrança de tais preços aos consumidores.**

Ponto digno de nota é que a liberdade econômica e tarifária das empresas aéreas não podem ser tratadas como base da ordem econômica, sem, contudo, se respeitar os direitos dos consumidores, pois flagrante seria a violação do artigo 170 da Constituição Federal. Do contrário, ao fazê-lo, a ANAC, como órgão regulador, estaria por esvaziar uma de suas mais importantes funções: **o necessário atendimento do interesse público**, que determina que sua atuação deve ser norteada pelo respeito às leis consumeristas, combatendo-se, com veemência, infrações à legislação e aos direitos do usuário.

No mais, salta aos olhos que o Tribunal de Contas da União tenha adotado o entendimento de que os efeitos das novas medidas implementadas pela Resolução Anac nº. 400/2016 devam ser acompanhados pela agência reguladora mediante relatório sobre aplicação, eficácia e resultados, a ser submetido à diretoria **após cinco anos de vigência** da norma

reguladora, porque, estar-se-á a legitimar que os maléficis efeitos do ato administrativo, demonstrados ao longo de toda a manifestação, sejam convalidados com o decurso do tempo.

Isso, porque o prazo de cinco anos é exatamente o limite para que os atos administrativos sejam anulados com base no artigo 54 da Lei 9.784/99 . De modo que a proposta de revisão na prática seria apenas pró-forma, visto que intempestivo para anulação em caso de descumprimento do que foi apontado pelo próprio Tribunal de Contas da União.

Deste modo, como resultado prático o Poder Público, que tem o poder-dever de promover a defesa dos consumidores, restaria inerte, repousando em estado de inconstitucionalidade, por incontestável violação do mandamento do inciso XXXII do Rol Fundamental da Constituição da República e do *caput* e inciso V do art. 170 da mesma Carta, face às violações do art. 1º e dos incisos V e X do art. 39, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Aliado a isto, acrescente-se, ainda, a garantia sufragada pela Constituição Cidadã que veda o retrocesso social, este entendido, entre outros aspectos, como a criação de legislações ou regras que venham a reduzir, abolir, extinguir, revogar, derogar, etc. direitos e situações que já foram garantidos constitucionalmente, causando retrocessos porquanto a diminuição do bem jurídico tutelado. Com efeito, é vedado ao Estado proteger menos no presente ou no futuro do que já protegeu no passado.

Assinale-se que **a resolução objeto de análise cria uma falsa expectativa de melhora na prestação do serviço e diminuição do preço**, sendo que na realidade **o que ocorre é a diminuição na liberdade de escolha do consumidor, principalmente daqueles que não tem tantas condições econômicas** para utilizarem o serviço de transporte aéreo e pagarem pelo despacho das bagagens. Há, verdadeira e institucionalizada quebra de equilíbrio entre o Poder Econômico e os consumidores brasileiros.

Finalmente, o **Idec - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor** - espera ter contribuído com este Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, apresentando relevantes subsídios à análise de tema tão sensível a realidade dos consumidores brasileiros que se veem, diuturnamente, prejudicados diante das práticas abusivas perpetradas pelas companhias aéreas com a desregulamentação da franquia de bagagem despachada, esperando seja a regra prevista no art. 13 da Resolução Anac nº. 400/2016 revista tão logo, a fim de estancar o flagrante desequilíbrio por ela ocasionado nas relações de consumo.

O Idec, juntamente com as demais entidades da sociedade civil organizada, integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, está e continuará vigilante para assegurar a proteção insusútil dos consumidores brasileiros, sempre na defesa intransigente da coletividade que representa.

Aberto ao diálogo e à disposição para contribuir sempre que assim for chamado, o Idec, respeitosamente, subscreve-se.

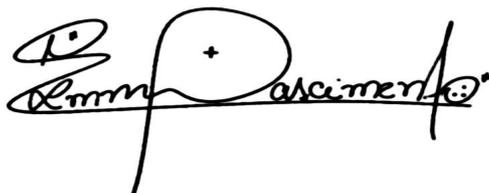
Atenciosamente,



**Teresa Liporace**  
Coordenadora Executiva



**Christian Tárík Printes**  
Advogado do Idec



**Lucas Matheus Marques do Nascimento**  
Assistente Jurídico do Idec