

A Incompetência dos Órgãos de Defesa do Consumidor para Multar as Companhias de Transporte Aéreo

Márcio Vinícius Costa Pereira

Advogado no Rio de Janeiro

Com a criação das agências reguladoras brasileiras, originadas no esteio de uma reforma estrutural da Administração Pública, inspiradas em modelo de forte influência norte-americana, surgiu a controvérsia a respeito de quem teria competência para analisar os eventuais problemas envolvendo os direitos dos usuários, em decorrência da prestação dos serviços da concessionária de serviço público.

Não obstante o pouco tempo para comentar o assunto, no caso em tela, será demonstrado que os órgãos de defesa do consumidor não têm competência para multar as concessionárias de serviço público de transporte aéreo com relação às questões regulamentadas pela agência reguladora competente.

Os órgãos de defesa do consumidor calcam sua competência normativa, de controle e fiscalização, com base no art. 55 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.

O parágrafo 1º do referido diploma legal determina que a União, os Estados e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

O § 3º, também do aludido dispositivo legal, manifesta-se no sentido de que os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais

com atribuições para fiscalizar e controlar o mercado de consumo manterão comissões permanentes para elaboração, revisão e atualização das normas referidas no § 1º, sendo obrigatória participação dos consumidores e fornecedores.

Por sua vez, o § 4º, do mesmo dispositivo, dispõe que os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor.

Como se vê, de imediato, constata-se que os órgãos de defesa do consumidor não podem se socorrer dos mencionados dispositivos, com relação a questões já regulamentadas pela agência reguladora responsável por fiscalizar a concessionária de serviço público, pois haverá conflito de interesses.

Para que se tenha certeza dessa assertiva, basta se observar que, mesmo tratando-se de relação de consumidor/usuário, não há como se admitir que os eventuais pontos sejam regulamentados pela agência reguladora e, mais tarde, fiscalizados por outro órgão sem capacitação técnica.

Sem sombra de dúvidas, foge à razoabilidade imaginar que a concessionária de serviço público pratique um ato no exercício regular do direito e em consonância com o princípio da legalidade, seguindo as orientações de determinada resolução, para, mais tarde, correr o risco de sofrer algum tipo de penalidade administrativa, caso o órgão de defesa do consumidor entenda que houve violação ao CDC.

Verifiquem-se os ensinamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em seu CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, editora Malheiros, 26ª edição, página 172:

“Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns. 7 a 10), resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a aspectos de providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo VI, ns. 35-38, ao tratar dos regulamentos. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações de alçada do poder concedente (cf. capítulo XII,

n. 40-44) ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada “supremacia especial”.

Antes de tomar posse no Supremo Tribunal Federal, o Ministro LUIZ FUX, ao atuar como relator no Recurso Especial nº 806.304-RS, foi taxativo com relação à competência das agências reguladoras. Confira-se trecho da ementa que será reproduzida abaixo:

“O judiciário sob pena de criar embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços e, até mesmo, inviabilizar a sua prestação, não deve intervir para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, salvo em controle de constitucionalidade. Precedente STJ: AgRg na MC 10915/RN.

O ato normativo expedido por Agência Reguladora, criada com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produtor como principalmente para consumidor/usuário, posto urgente não autoriza que os estabelecimentos regulados sofram danos e punições pelo cumprimento das regras maiores às quais se subsumem, mercê do exercício regular do direito, sendo certo, ainda, que a ausência de nulificação específica do ato da Agência afasta a intervenção do Poder Judiciário no segmento, sob pena de invasão na seara administrativa e violação *prima facie* dos deveres do consumidor”.

A verdade é que a regulação das atividades exercida pelas agências reguladoras mediante normas secundárias, como, por exemplo, resoluções, são impositivas para as entidades atuantes no setor regulado.

Sob outro aspecto, preceitua o *caput* do art. 8º da Lei 11.182/2005 que **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”.

De acordo com o art. 11º da Lei Federal 9.784/99, que regula o processo Administrativo Federal, a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Preceituam os incisos I e II do art. 29, da Lei 8.987/95 que **incumbe ao poder concedente regulamentar o serviço concedido, fiscalizar permanentemente a sua prestação e aplicar as penalidades regulamentares e contratuais.**

Como se vê, por se tratar de um sistema jurídico específico e devidamente regulamentado, como é o caso do transporte aéreo, a defesa do usuário de serviço público não é atribuição dos órgãos de defesa do consumidor (Procons), e sim, da respectiva agência reguladora.

Para que não parem dúvidas no sentido de que não há competência concorrente dos órgãos de defesa do consumidor para as questões regulamentadas pela ANAC, convém registrar que, no ano de 2006, a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon/SP, uma das mais respeitadas do país, ingressou, perante o Juízo da 6ª Vara Federal de São Paulo, com ação civil pública contra a União Federal, ANAC e demais companhias aéreas, objetivando que as questões concernentes aos atrasos de voos e consequente assistência material, bem como direito à informação dos usuários do serviço público fosse regulamentada.

Mais tarde, obedecendo determinação do referido Juízo, em 09 de março de 2010, a Agência Nacional de Aviação Civil criou a Resolução Nº 141 que **“dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte aplicáveis aos atrasos e cancelamentos de vôos e às hipóteses de preterição de passageiros e dá outras providências”.**

Além de regulamentar vários pontos concernentes ao transporte aéreo e direito do usuário, como, por exemplo, atraso de voo, direito a informação, auxílio-alimentação, etc., a referida resolução foi taxativa ao dizer, no art. 19, que o descumprimento configura infração às condições gerais de transporte, nos termos da alínea “u”, do inciso III, do art. 302 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Com efeito, ao analisar a questão em foco, não pode ser esquecido o princípio da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão

aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse local, diga-se estadual ou municipal.

Esse é mais um importante ponto que nos traz a noção da impossibilidade de competência concorrente dos órgãos de defesa do consumidor para apreciar questões concernentes ao transporte aéreo e que são aplicadas em todo o território nacional. Além dos problemas de ordem técnica, haveria também enorme conflito na fiscalização e aplicação de eventuais multas, na medida em que seria inevitável o conflito de metodologias.

O que daí se depreende é que os órgãos de defesa do consumidor não têm competência para aplicar multas concernentes ao serviço de transporte aéreo, sendo que tal fato torna-se ainda mais irrefragável com a atitude da Fundação Procon de São Paulo em ingressar com ação contra a ANAC, objetivando que as providências necessárias garantam os direitos dos usuários de serviço público.

Vale aqui uma indagação: Por qual motivo a fundação Procon/SP não se socorreu do Código de Defesa do Consumidor para resolver eventuais problemas decorrentes das condições gerais do transporte aéreo em vez de ingressar com ação civil pública objetivando que as questões fossem regulamentadas?

Ademais, não há razão lógica, nem muito menos jurídica, para o órgão de defesa do consumidor fiscalizar e aplicar multas às concessionárias de serviço público de transporte aéreo, na medida em que há legislação específica e devidamente regulamentada para tratar dos interesses do usuário do serviço público, mesmo que esse usuário seja considerado o chamado “usuário/consumidor”.

Como se sabe, a lei especial prevalece sobre a lei geral, dando-se preferência às disposições relacionadas mais direta e especialmente ao assunto de que se trata.

Mesmo que tenha como pano de fundo alguns pontos que também podem ser encaixados no Código de Defesa do Consumidor, a realidade é que as questões decorrentes do complexo sistema de transporte aéreo devem ser apreciadas por pessoas com qualificação técnica, sob pena de a agência reguladora perder a sua própria finalidade.

Lembre-se de que o raciocínio em tela está adstrito ao campo administrativo, cabendo, se for o caso, ao usuário/consumidor buscar

seus eventuais direitos no âmbito judicial, como ocorre, por exemplo, nos casos de extravio de bagagem, atraso de voo, etc. O que não é admissível é o órgão de defesa do consumidor se camuflar de agência reguladora para fiscalizar e aplicar sanções à companhia de serviço público de transporte aéreo.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade regulatória dos serviços públicos é conclusão que necessariamente emerge da observância do princípio da legalidade que informa a atividade dos órgãos administrativos competentes para realizá-la. O CDC estabelece em seu art. 22: “Os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

A Lei que regula a concessão do serviço público, em seu art. 30, parágrafo único, é clara ao dizer que **a fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou com entidade por ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.**

Está nítida, portanto, a preocupação do legislador em ordenar que as concessionárias de serviço público sejam fiscalizadas por pessoas com qualificação técnica e não, por curiosos.

Lembre-se de que os artigos do Código de Defesa do Consumidor são, na maioria das vezes, bastante genéricos, quando mencionam questões como deficiência na prestação do serviço, informação inadequada, atraso etc.

Não podemos admitir que o mesmo funcionário do órgão de defesa do consumidor que fiscalizou a padaria, supermercado ou qualquer loja, tenha capacidade técnica para fiscalizar e aplicar multas a uma concessionária de serviço público que desempenha o complexo serviço de transporte aéreo.

O que seria direito de informação na relação obrigacional privada para a venda de produto ou serviço, não seria o mesmo direito de informação para a hipótese de transporte aéreo. Há uma série de peculiaridades técnicas que devem ser avaliadas, como, por exemplo, qual informação deveria ser prestada, de que forma essa informação seria prestada e se realmente tal informação chegou às mãos da companhia aérea.

Para corroborar o que foi dito, convém transcrever a lição de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, em sua obra DIREITO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS, editora Forense, páginas 519/520:

“O direito positivo brasileiro adotou, a nosso ver acertadamente, uma posição mista em relação à categorização jurídica do usuário de serviço público.

Não há dúvidas, com efeito, quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC, aos serviços públicos em razão de dispositivos expressos nesse sentido: por um lado, o art. 7º, *caput*, da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos – Lei 8.987/95 – faz remissão genérica à aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos; por outro lado, o CDC os contempla expressamente nos arts. 4º, inciso II (referência à melhoria dos serviços públicos como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo); 6º, X (prestação adequada dos serviços públicos como direito dos consumidores); e 22 (obrigação do Estado e de seus delegatários pela prestação de serviços adequados).

O STJ vem expressamente identificando as relações das quais participam usuários de serviços públicos específicos e remunerados como relações de consumo. Já há decisões nesse sentido em relação aos usuários pagantes de pedágio pela manutenção de rodovias (Resp. nº 467.883), aos usuários de serviços de distribuição domiciliar de água potável (Resp nº 263.229) e de correios (Resp nº 527.137), entre outros.

Todavia, o CDC não pode ser aplicado indiscriminadamente aos serviços públicos, já que eles não são atividades econômicas comuns, sujeitas à liberdade de empresa e desconectadas da preocupação de manutenção de um sistema prestacional coletivo.

Os serviços públicos, ao revés, constituem atividades de prestação de bens e serviços muitas vezes titularizadas pelo Estado com exclusividade, só podendo ser prestados por particulares enquanto delegatários (*res extra commercium*). A razão para tais atividades econômicas serem retiradas da

livre iniciativa e submetidas a um regime jurídico tão especial se explica pelo fato de visarem a assegurar os interesses dos cidadãos enquanto integrantes de uma mesma sociedade, não como pessoas individualmente consideradas”.

Na mesma linha de raciocínio, manifesta-se MARÇAL JUSTEN FILHO, em sua TEORIA GERAL DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO, editora DIALÉTICA, página 560:

“Isso significa reconhecer a preponderância do regime de Direito Administrativo sobre o Direito do Consumidor. A disciplina do Direito do Consumidor apenas se aplicará na omissão do Direito Administrativo e na medida em que não haja incompatibilidade com os princípios fundamentais norteadores do serviço público. Em termos práticos, essa solução pode gerar algumas dificuldades. O que é certo é a impossibilidade de aplicação pura e simples, de modo automático, do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos serviços públicos”.

Observe-se, ainda, a opinião de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, em seu MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 21ª edição, páginas 454/455:

“Agências Reguladoras. A qualificação legal expressa voltou a tona mais recentemente quando da instituição das autarquias de controle ou, se preferir, das agências reguladoras.....

A competência decisória da agência abrange tanto os conflitos surgidos no âmbito de concessionários, permissionários ou outras sociedades empresariais entre si (todas evidentemente sob seu controle), como também aqueles decorrentes da relação entre tais pessoas e os usuários dos serviços e atividades por elas executados. No caso de irresignação contra decisão administrativa final, firmada pela instância máxima da entidade, deve o interessado buscar no judiciário a satisfação do seu interesse.

A despeito desse aspecto especial das citadas entidades, tem havido entendimento no sentido da possibilidade de os Ministérios exercerem poder revisional de ofício ou por pro-

vocação (recurso hierárquico impróprio), sobre os atos das agências quando ultrapassados os limites de sua competência ou contrariadas políticas públicas do governo central”.

Há que se ter em mente que os órgãos de defesa do consumidor não foram criados para fiscalizar concessionárias de serviço público, valendo a pena lembrar também que se o funcionário não tiver qualificação técnica, o auto de infração será inteiramente nulo por deficiência de fundamentação. O requisito básico da fundamentação é que aquele que pratica o ato tenha condições técnicas para fundamentá-lo, não sendo, por esse motivo, admissível que qualquer cidadão profira decisão judicial.

Portanto, mais uma vez, é importante frisar o raciocínio de que, além de ter alcance nacional, a operação de transporte aéreo tem suas peculiaridades próprias e necessita de pessoal com conhecimento técnico para dirimir os eventuais problemas.

Imagine-se que cada órgão de defesa do consumidor municipal ou estadual avoque a competência para fiscalizar as companhias de transporte aéreo. Certamente, em curto espaço de tempo, teremos sérios problemas de ordem técnica e jurídica.

Ademais, foi por essa razão que a competência designada à ANAC é específica, sendo ela, portanto, a única competente para dirimir conflitos administrativos que envolvam questões atinentes à Resolução 141/2010.

Novamente, é de bom alvitre observar os ensinamentos de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, em seus comentários à Lei 9.784/99, Lumen Juris, página 126:

“Quando a lei (ou o ato administrativo organizacional) estabelece hipótese de competência específica, não há alternativa outra senão a de ser iniciado o processo perante o órgão ou agente dotado dessa competência, como assevera o art. 11 da lei. Significa dizer que, tentada a instauração perante o órgão incompetente, deve o administrador orientar o administrado a fazê-lo junto ao órgão competente ou, se não verificada previamente a incompetência, remetê-lo ao órgão próprio tão logo constatado o fato” (grifou-se).

Considere-se, ainda, o fato de que é a ANAC quem tem competência administrativa para fiscalizar companhias aéreas, sendo que o inciso III do

art. 13 da Lei 9.784/99 é taxativo ao dizer que **não podem ser objeto de delegação as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.**

Por fim, para sedimentarmos o raciocínio em foco, vale destacar a lição de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Mirangem sobre o tema:

“..a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – que estabelece o regime jurídico das concessões e permissões de serviços públicos -, determina em seu art. 30, parágrafo único, que “a fiscalização do serviço será feita através de órgão técnico do poder concedente ou com entidade por ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários”.

Do mesmo modo, a própria atividade das agências reguladoras é significativamente mais ampla do que a defesa do consumidor. Diz respeito à realização do interesse público, que, embora envolvendo diversos aspectos, é indiscutível que se compõe também da proteção do consumidor, a partir de sua matriz constitucional. **Assim, à evidência de que é função das agências a defesa dos interesses do consumidor.** Entretanto, estes se articulam com uma série de outros aspectos a serem considerados em relação à dinâmica da atividade econômica regulada.

É intuitivo que as agências reguladoras, como órgão da Administração, vinculam-se ao disposto na legislação e na própria Constituição. Assim, têm o dever de aplicação das disposições do CDC na regulação da atividade econômica de que se ocupam. Em alguns casos, como o da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, esta vinculação é explícita. Nas demais, embora isto não reste expresso nas leis que as criaram, é imposição da própria finalidade a que se propõem. Entretanto, deve ser dito que até o presente momento a atuação destas agências – sobretudo as reguladoras de serviços públicos – está muito aquém do adequado para a garantia de um nível elevado de proteção dos consumidores.

Em trabalho anterior, afirmamos que as agências reguladoras não pertenceriam ao SNDC. **Partimos** de um ponto de análise distinto, afirmando que dado o caráter de coordenação atribuído pelo Código ao DPDC e a autonomia reconhecida às agências, não existiria possibilidade de relação que permitisse mínima ingerência do órgão coordenador do sistema na atividade de regulação, sob pena de inviabilizar os diversos interesses ponderados pela atividade de regulação. Ocorre que a estrutura flexível do SNDC, tal qual vislumbramos hoje, parece afastar aquele argumento. Aproximo-me, assim, ao entendimento já defendido por Daniel Fink em seus comentários, quando distingue órgãos vinculados de modo direto e indireto à defesa do consumidor (FINK, Daniel Roberto e outros. *Comentários...*, 6.ed. Forense, 1999, p.845-847). No caso, as agências, ainda que tenham uma atividade marcadamente de ponderação, têm, na defesa do consumidor, um imperativo legal e constitucional, e por isso, desde logo, integram o SNDC.

(...)

Todas as agências reguladoras mencionadas, conforme se procurou demonstrar, incluem dentre suas atribuições, de modo mais ou menos exposto, a consideração dos interesses dos consumidores na regulação da atividade econômica de que se ocupam. Ao mesmo tempo, o próprio CDC é exposto em seu art. 22, ao incluir no seu âmbito de incidência os serviços públicos cuja prestação caracterize-se como relação de consumo, sejam eles prestados pela própria Administração, sejam prestados mediante regime de concessão e permissão. (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, ed. RT, 3ª ed., 2010, 1121/1124 – grifou-se).

Como se vê, mesmo tratando-se de questão envolvendo o Código de Defesa do Consumidor, sendo a matéria regulamentada pela Agência Nacional de Aviação Civil, resta irrefragável a incompetência dos órgãos de defesa do consumidor para fiscalizar as concessionárias de serviço público de transporte aéreo.❖