

**DECISÃO MONOCRÁTICA DE 2ª INSTÂNCIA Nº 337/2017**

PROCESSO Nº 00058.022476/2012-88

INTERESSADO: TAM LINHAS AÉREAS S.A.

Brasília, 17 de outubro de 2017.

| MARCOS PROCESSUAIS      |                          |                       |                         |   |                  |          |  |                                     |                    |                                      |                  |  |                             |                         |
|-------------------------|--------------------------|-----------------------|-------------------------|---|------------------|----------|--|-------------------------------------|--------------------|--------------------------------------|------------------|--|-----------------------------|-------------------------|
| NUP                     | Crédito de Multa (SIGEC) | Auto de Infração (AI) | Data da Lavratura do AI | Local da Ocorrência   | Data da Infração | Horário  | Notificação do AI  | Decisão de Primeira Instância (DCI) | Notificação da DCI | Multa aplicada em Primeira Instância | Envio do Recurso | Decisão de Convalidação em Segunda Instância | Notificação de Convalidação | Resposta à Convalidação |
| 1. 00058.018879/2012-22 | 640.408.141              | 000361/2012           | 06/03/2012              | Aeroporto de Natal - RN (SBNT)<br>Voo: TAM 3311             | 29/02/2012       | 15h00min | 20/03/2012   | 20/12/2013                          | 05/02/2014         | R\$ 8.000,00                         | 14/02/2014       | 30/11/2016                                   | 20/02/2017                  | 24/02/2017              |
| 2. 00058.022176/2012-07 | 640.440.145              | 000135/2012           | 19/01/2012              | Aeroporto de Manaus<br>Voo: TAM 3746                        | 08/12/2011       | 01h15min | 17/04/2012<br>(eleita a data do protocolo da defesa - cf. nos termos §5º do art. 26 da Lei 9.784/1999 e Parecer 0168/2015/DDA/PF/ANAC/PGF/AGU) | 20/12/2013                          | 05/02/2014         | R\$ 8.000,00                         | 14/02/2014       | 30/11/2016                                   | 20/02/2017                  | 24/02/2017              |
| 3. 00058.022476/2012-88 | 640.432.144              | 00128/2012            | 18/01/2012              | Aeroporto de Belém - portão de embarque 02<br>Voo: TAM 3871 | 06/12/2011       | 13h35min | 28/03/2012   | 20/12/2013                          | 05/02/2014         | R\$ 8.000,00                         | 14/02/2014       | 30/11/2016                                   | 20/02/2017                  | 24/02/2017              |

**Enquadramento:** alínea 'u' do inciso III do art. 302 do CBA c/c art. 6º da Resolução ANAC nº 130, de 08/12/2009.

**Infração:** Deixar de efetuar conciliação do documento de identificação do passageiro e dados constantes do cartão de embarque.

**Decisor:** Bruno Kruchak Barros - SIAPE 1629380 - Portaria ANAC nº 2026/DIRP/2016

**1. INTRODUÇÃO E HISTÓRICO**

1.1. Trata-se de 03 (três) recursos interpostos pela a TAM LINHAS AÉREAS S.A. doravante INTERESSADA.

1.2. Referem-se aos processos administrativos discriminados no quadro acima, que individualiza as materialidades infracionais e retrata os marcos relevantes para o trâmite e regularidade processual.

1.3. Os autos evidenciam que:

a) NUP - 00058.018879/2012-22: No dia 29/02/2012, em ação de fiscalização no Aeroporto de Natal - RN (SBNT), no portão E, constatou-se que a empresa TAM Linhas Aéreas deixou de conciliar as informações dos cartões de embarque com os documentos de identificação dos passageiros do voo 3311(NAT-GRU), conforme disposto no art. 6º da Resolução nº 130, de 08/12/2009.

- O setor competente em decisão motivada de primeira instância, datada de 20/12/2013, rebatou os argumentos da defesa prévia e confirmou o ato infracional e decidiu pela aplicação da penalidade atenuada no valor de R\$ 8.000,00 pela prática no disposto no art. 299, Inciso II, do CBA, c/c o art. 6º, da Resolução ANAC nº 130, de 2009, bem como art. 22, § 1º, inciso III e Tabela de Infrações - Anexo II da Resolução nº 25, de 25 de abril de 2008

b) NUP 00058.022176/2012-07: No dia 08/12/2011, em ação de fiscalização no Aeroporto de Manaus, constatou-se que a empresa TAM Linhas Aéreas deixou de conciliar as informações dos cartões de embarque com os documentos de identificação dos passageiros do voo 3746, conforme disposto no art. 6º da Resolução nº 130, de 08/12/2009.

- O setor competente em decisão motivada de primeira instância, datada de 20/12/2013, rebatou os argumentos da defesa prévia e confirmou o ato infracional e decidiu pela aplicação da penalidade atenuada no valor de R\$ 8.000,00 pela prática no disposto no art. 299, Inciso II, do CBA, c/c o art. 6º, da Resolução ANAC nº 130, de 2009, bem como art. 22, § 1º, inciso III e Tabela de Infrações - Anexo II da Resolução nº 25, de 25 de abril de 2008

c) NUP 00058.022476/2012-88: No dia 06/12/2011, em ação de fiscalização no Aeroporto de Belém - portão de embarque 02 -, constatou-se que a empresa TAM Linhas Aéreas deixou de conciliar as informações dos cartões de embarque com os documentos de identificação dos passageiros do voo JJ 3871, conforme disposto no art. 6º da Resolução nº 130, de 08/12/2009.

- O setor competente em decisão motivada de primeira instância, datada de 20/12/2013, rebatou os argumentos da defesa prévia e confirmou o ato infracional e decidiu pela aplicação da penalidade atenuada no valor de R\$ 8.000,00 pela prática no disposto no art. 299, Inciso II, do CBA, c/c o art. 6º, da Resolução ANAC nº 130, de 2009, bem como art. 22, § 1º, inciso III e Tabela de Infrações - Anexo II da Resolução nº 25, de 25 de abril de 2008

1.4. Com respaldo no artigo 50, §1º da Lei nº 9.784/1999, ratifico na integralidade os entendimentos referenciados nos votos SEI nº 0187288; SEI nº 0193820; e SEI nº 0191147 adotando-os como meus e tomando-os parte integrante desta decisão, em especial aproveitando-se o relato dos casos ali feito.

1.5. Em sede recursal a interessada se insurgiu apresentando os seguintes argumentos:

I - (ausência de tipicidade da conduta) - que o artigo 299 do CBA, no qual foi enquadrada a conduta tida como infracional tem caráter meramente estruturante, que autoriza a aplicação de sanções distintas (multa, cassação ou suspensão) a grupos ou casos gerais de condutas passíveis de repressão, nas quais venham a incidir quaisquer dos agentes do setor. A simples menção pelo AI ao art. 299 do CBA, implica em sua nulidade, porque não caracteriza a necessária infração nem tampouco individualiza a respectiva sanção, com o que restariam violados os princípios constitucionais da legalidade, da tipicidade, da reserva legal, da legalidade administrativa, do devido processo legal, da ampla defesa e da segurança jurídica (CF, arts. 5º, II, XXXIX, LIV e LV e 37, caput); **[presente em todos os processo arrolados]**

II - (antijuridicidade material da conduta e da norma) - a norma abstrata do art. 6º da Resolução ANAC 130/2009 não indicaria que seu descumprimento consubstancia infração à segurança do transporte aéreo. Invocou antijuridicidade material no sentido de que o impacto no bem jurídico tutelado deve ser relevante e cabalmente demonstrado, "porque norma sancionatória jamais pode ser invocada par atuar em casos menores

de pouca escassa ou nenhuma repercussão no bem jurídico protegido"; sendo necessário à tipificação da infração e da sanção correspondente configurar a conduta expressa e claramente proibida, além de uma correta e adequada especificação da norma proibitiva dentro do esquema garantista de direitos fundamentais; **[presente em todos os processo arrolados]**

III - (nulidade do Auto de Infração e Relatório de Fiscalização por não trazerem elementos comprobatórios) - sugere que houve desrespeito ao artigo 12 da IN ANAC 08/2008, ao que o RF não foi instruído com os documentos necessários à comprovação de qualquer conduta ilícita por parte da autuada e sequer indica o nome dos funcionários responsáveis pelo procedimento de embarque, de forma que pleiteou que fosse considerado aquele documento padecido por vício de nulidade; **[presente em todos os processo arrolados]**

IV - alegou manter rigorosa e permanentemente fiscalizados os procedimentos de despacho e embarque de passageiros, cumprindo as determinações existentes nas normas em vigor.

1.6. Em 02/12/2016 os casos foram levados à 414ª Sessão de Julgamento da ASJIN na qual se decidiu pela convalidação dos autos de infração, modificando o enquadramento do art. 299, inciso II da Lei 7.565 de 1986 (CBA) para o **art. 302, inciso III, alínea u, da Lei 7.565 de 1986 (CBA), c/c o art. 6.º da Resolução ANAC n.º 130**, com base no inciso I do §1.º do artigo 7º da Instrução Normativa n.º 08/08, abrindo-se prazo para manifestação do interessado.

1.7. A convalidação, *a priori*, implicou condição mais benéfica ao recorrente vez que operou ajuste no valor-base da multa aplicável aos casos, conforme anexos da Resolução ANAC 25/2008. Anteriormente, com o enquadramento no art. 299, inciso II da Lei 7.565/1986, conforme código 'SCO' do Anexo II à Resolução, o patamar médio da multa era no montante de R\$14.000,00 (quatorze mil reais). Com a convalidação e consequente ajuste de enquadramento, o patamar médio da multa passou a figurar em R\$7.000,00 (sete mil reais), conforme código ICG, letra 'U', da Tabela de Infrações III - INFRAÇÕES IMPUTÁVEIS À CONCESSIONÁRIA OU PERMISSONÁRIA DE SERVIÇOS - P. JURÍDICA, do Anexo II, da Resolução n.º 25/2008, e alterações posteriores.

1.8. Notificado regularmente acerca da convalidação, o interessado alegou o seguinte (nos 3 processos):

I - Cumpre ressaltar que inexistem nos autos qualquer tipo de comprovação acerca do descumprimento da norma, seja ela em quaisquer das capitulações mencionadas. Haja vista que não foi apresentado nenhum elemento de prova, houve desrespeito ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório, princípios constitucionais que asseguram a dualidade das partes e oferece a possibilidade de participação em pé de igualdade.

II - Ademais, exigir a produção de prova nas condições em que se encontram os autos é invocar o que a doutrina denomina de "prova diabólica" ou "negativa", em virtude da dificuldade, quicá impossibilidade dese comprovar determinadas alegações. Ora, se o objetivo da fiscalização é supervisionar e inspecionar a atuação das empresas aéreas, a fim de assegurar o cumprimento das disposições determinadas pela ANAC, o ato administrativo exteriorizado pelo auto de infração será válido somente se apresentar todos seus elementos essenciais presentes, o que não se vislumbra no caso em questão.

III - Há vício insanável no ato administrativo, o que demanda o reconhecimento de sua nulidade, seja qual for a capitulação a ela vinculada pela falta de apresentação de documentação comprobatória mínima por parte da Autuante.

IV - A Autuada não pode ser condenada a cumprir uma obrigação de pagar embasada em norma que não pertence mais ao ordenamento jurídico, uma vez que o art. 6º da Resolução nº 130 da ANAC foi revogado pela Resolução nº 254 de 2012, que entrou em vigor em 7 de maio de 2013.

V - O valor fixado a título de sanção pecuniária é exorbitante, ferindo o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. O princípio da razoabilidade do ato administrativo encontra-se previsto na lei 9.784/99 como fundamento legal para orientar o administrador no exercício da função pública, no exato sentido de evitar que o mesmo se utilize de seus poderes e prerrogativas legais para extrapolar em suas funções, causando prejuízos e ilegalidades aos administrados.

1.9. Retornam os autos a este decisor.

1.10. Identificada similaridade de contexto fático, regulatório, e jurídico dos processos em tela procedeu-se ao relacionamento dos casos em prol de celeridade, economicidade processual e segurança jurídica ao regulado.

1.11. Por oportuno, destaca-se que o presente modelo de análise tem respaldo no art. 50, §2º, da Lei 9.784/1999.

1.12. **É o relato.**

## **2. PRELIMINARES**

2.1. **Da Regularidade Processual** - Considerados os marcos apontados no início dessa análise, acuso regularidade processual nos presentes feitos. Foram preservados todos os direitos constitucionais inerentes ao interessado, bem como respeitados os princípios da Administração Pública, em especial contraditório e ampla defesa. Houve trâmite regular, respeitando-se os prazos impostos pela Lei 9.873/1999. Julgo os processos aptos para receber a decisão de segunda instância administrativa por parte desta Assessoria de Julgamento de Autos em Segunda Instância - ASJIN.

2.2. **Da Possibilidade de Condição de Gravame**

2.3. Oportuno registrar que anteriormente à convalidação os valores de sanções aplicáveis eram os constantes do ANEXO II À RESOLUÇÃO Nº 25, DE 25 DE ABRIL DE 2008, código SCO, nos patamares de i) R\$ 8.000,00 (oito mil reais) no patamar mínimo; ii) R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais) no patamar intermediário; iii) R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) no patamar máximo.

2.4. Após a convalidação a prática de infração está fundamentada na alínea "u" do inciso III do art. 302 do CBA associada a Resolução ANAC nº 130/2009, restando analisar a adequação do valor da multa aplicada, que, segundo o que dispõe o CBA, deve refletir a gravidade da infração (Lei nº 7.565/86, art. 295). Com relação à dosimetria da penalidade para a infração cometida por pessoa jurídica, a previsão (à época da infração) da Resolução ANAC nº 25, de 25 de abril de 2008 (COD. ICG, letra U, da Tabela de Infrações III - INFRAÇÕES IMPUTÁVEIS À CONCESSIONÁRIA OU PERMISSONÁRIA DE SERVIÇOS - P. JURÍDICA, do Anexo II, da Resolução n.º 25/2008, e alterações posteriores), relativa às condutas descritas nos processos, é a de aplicação de multa, para cada um das condutas, no valor de:

- R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) no patamar mínimo;
- R\$ 7.000,00 (sete mil reais) no patamar intermediário;
- R\$ 10.000,00 (dez mil reais) no patamar máximo.

2.5. Em três dos casos aqui referenciados (00058.018879/2012-22; 00058.022176/2012-07 e 00058.022476/2012-88) aplicou-se em primeira instância a atenuante prevista no § 1º, inciso III, do art. 22 da Resolução ANAC nº 25/2008 (inexistência de aplicação de penalidades no último ano).

2.6. A esse respeito, entendo que o objetivo do disposto no § 1º, inciso III, do art. 22 da Resolução ANAC nº 25/2008 é premiar aquele que se pode chamar de "bem-regulado" e o bem regulado é aquele que conforma sua atuação aos preceitos normativos, que não comete infrações. Ou seja, a índole do dispositivo é alcançar aquele que não cometeu infrações no período de um ano.

2.7. Em consonância com o Princípio da Finalidade, a norma administrativa (inclusive processual e procedimental) deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se destina. É na finalidade da norma que reside o critério norteador de sua correta aplicação. É necessário examinar, à luz das circunstâncias de cada caso, se o ato ou o processo em exame atendeu ou concorreu para o atendimento do específico interesse público almejado pela previsão normativa genérica (art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/99).

2.8. Assim, a antiga Junta Recursal dessa ANAC, visando pacificar o entendimento quanto ao fato, já havia expressado seu posicionamento através da publicação do ENUNCIADO JR nº 13/2015, transcrito a seguir:

ENUNCIADO: Para efeito de aplicação de circunstância atenuante para dosimetria da pena do interessado em processo administrativo sancionador da ANAC, configura a hipótese prevista no inciso III do § 1º do art. 22 da Resolução ANAC nº 25/2008, a evidência de inexistência de aplicação de penalidade em definitivo ao mesmo autuado nos 12 (doze) meses anteriores à data do fato gerador da infração.

2.9. Há uma evolução quando dessa interpretação, principalmente no que diz respeito aos marcos temporais a serem considerados para a aplicação do referido instituto. Fica explícito agora o **trânsito em julgado administrativo**, ou seja, a penalização definitiva na esfera administrativa como condicionante e o fato gerador da infração em análise como marco para contagem dos 12 meses.

2.10. Entretanto, restaram alguns questionamentos acerca da aplicabilidade desse instituto, e o que se viu na prática adotada desde então foi que, apesar do avanço, ainda precisam ser aparadas algumas arestas. Por exemplo, até a data de hoje, o que se vê é que, identificada outra conduta infracional no prazo de 12 meses antes do fato gerador da infração em questão e, identificado o trânsito em julgado administrativo de tal infração, seja pelo pagamento da multa pelo regulado, seja pelo avanço do processo a fase de execução, independente de em qual tempo tal fato tenha sido identificado, desde que antes da decisão em segunda instância, afasta-se a aplicação da atenuante.

2.11. Pondera esse decisor que os prazos da administração pública, ainda que impróprios e inevitavelmente onerosos para os regulados, deveriam ter seus efeitos minimizados e, principalmente, não poderiam acarretar ônus gerados por fatos novos. Entenda-se; ao afastar em decisão de segunda instância (DC2), circunstância atenuante identificada quando da decisão de primeira instância (DC1) pela mudança de status processual ocorrida no lapso temporal compreendido entre essas instâncias, estará se reformando uma decisão, corretamente exarada anteriormente, devido a ocorrência de fato que não constava dos autos do processo naquele momento.

2.12. O tempo decorrido entre DC1 e DC2 está sob o controle da administração pública, e entendo que não deve o regulado ser penalizado por fato alheio, de forma que o lapso temporal em questão não deveria influenciar o processo, de forma que a concessão da atenuante deveria considerar o contexto fático e jurídico quando da aplicação da dosimetria em sede de primeira instância. Busca-se com isso iudicial a aplicação de agravamentos fundamentados em decisões definitivas que ocorreram após a tomada de decisão de primeira instância administrativa. Revisar a dosimetria por estes fatos, em verdade, seria alterar condição processual por um fato novo. Em tese, deve-se considerar o contexto de quando prolatada a DC1.

2.13. "In casu" verifica-se que a autoridade decisora em primeira instância entendeu que o autuado fazia jus à circunstância atenuante prevista no inciso III do §1º do artigo 22 da Resolução ANAC nº 25/2008 quando da imposição da sanção. No que diz respeito a agravantes, não se verifica a pertinência da aplicação da nenhuma circunstância agravante das dispostas no § 2º, do Artigo 22 da Resolução nº. 25/08, ao caso ora em análise, conforme explanado supra.

2.14. Acontece que em análise ao SIGEC (Anexos 1187357, 1187372, 1187374 e 1187379), identifica-se o seguinte:

- Crédito de multa 638.348.133, referente à infração cometida em 02/01/2012, com pagamento em definitivo em 13/09/2013 (antes da decisão condenatória de primeira instância).
- Crédito de multa 639.421.133, referente à infração cometida em 24/02/2012, com pagamento em definitivo em 14/11/2013 (antes da decisão condenatória de primeira instância).
- Crédito de multa 640.083.133 e 640.077.139, respectivamente referentes à infrações cometidas em 11/12/2011 e 18/12/2011, com pagamento em definitivo em 20/12/2013 (antes da decisão condenatória de primeira instância).

2.15. Com base nos extratos do SIGEC anexados aos autos, entendo caracterizada a impossibilidade de aplicação de atenuante para o presente caso (e respectiva aplicação do patamar mínimo da multa). Desta sorte, eis que surge possibilidade de gravame ao interessado diante do afastamento da atenuante aplicada em primeira instância. Muito embora o valor da multa, mesmo que no patamar médio após a convalidação seja inferior ao patamar mínimo anterior à convalidação (vide itens 1.7 e 2.3 a 2.5), há quem entenda que o afastamento da atenuante implica necessidade de comunicação ao autuado na esteira dos ditames do artigo 64 da Lei 9.784/1999.

2.16. O art. 64 da Lei nº 9.784/1999 admite a possibilidade da reforma para agravar a situação do recorrente. Ocorre, porém, que a mesma norma (art. 64, parágrafo único) condiciona o agravamento à ciência da parte interessada para que formule suas alegações antes da decisão.

**Lei nº 9.784/1999**

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

2.17. Pelas razões acima e ante a possibilidade de situação, em tese, mais gravosa ao interessado, e em cumprimento do disposto no parágrafo único do artigo 64 da Lei 9.784/99, entende-se necessário que seja cientificado o interessado para, querendo, venha a apresentar suas alegações antes da decisão desta ASJIN.

**3. MÉRITO**

3.1. Ante o exposto, por ora, deixo de analisar o mérito dos casos aqui elencado.

**4. CONCLUSÃO**

4.1. Decido para a que o interessado seja **NOTIFICADO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE GRAVAME** pelo afastamento da atenuante concedida nos processos **00058.018879/2012-22; 00058.022176/2012-07 e 00058.022476/2012-88**, de forma que, *querendo*, venha apresentar no prazo de 10 (dez) dias suas alegações, cumprindo-se, com isto, o disposto no artigo 64 da Lei 9.784/1999. **Caso definitivamente efetivado o afastamento da atenuante**, o valor a ser aplicado em definitivo para cada uma das infrações é de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), que é o correspondente ao patamar médio previsto no Tabela de Infrações do Anexo II, da Resolução nº 25/2008, pela prática do disposto na alínea "u" do inciso III do artigo 302 do CBA c/c art. 6º da Resolução ANAC nº 130, de 08/12/2009.

4.2. Depois da efetivação da medida, deve o expediente retornar a esse Relator, para a conclusão da análise e voto.

4.3. **É como decido.**

4.4. À Secretária.

4.5. Notifique-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, Assessor, Substituto**, em 26/10/2017, às 18:50, 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 **1191139** e o código CRC **3611FF87**.