AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL
ASSESSORIA DE JULGAMENTO DE AUTOS EM SEGUNDA INSTÂNCIA - ASJIN

DECISÃO MONOCRÁTICA DE 2ª INSTÂNCIA Nº 267/2017

PROCESSO Nº 00058.088544/2012-71

INTERESSADO: TAM LINHAS AÉREAS S.A.

Brasília, 17 de outubro de 2017.

PROCESSO: 00058.088544/2012-71

INTERESSADO: TAM LINHAS AÉREAS S.A.

	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 (DC1)**	**Notificação da DC1**	**Multa aplicada em Primeira Instância**	**Envio do Recurso**	**Decisão de Convalidação em Segunda Instância**	**Notificação de Convalidação**	**Resposta à Convalidação**
1.	00058.088544/2012-71	640.374.143	001226/2012	11/07/2011	Aeroporto Santa Genoveva - Goiânia (SBGO) **Voo**: TAM 3465	29/06/2012	18h00min	30/11/2012	14/01/2014	31/01/2014	R$ 14.000,00	10/02/2014	30/11/2016	20/02/2017	24/02/2017
2.	00058.088481/2012-53	640.380.148	001587/2012	05/10/2012	Aeroporto Santa Maria/Aracajú (SBAR) **Voo**: TAM 3892	25/09/2012	16h22min	30/11/2012	14/01/2014	31/01/2014	R$ 14.000,00	10/02/2014	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 02 (dois) 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 00058.088544/2012-71: No dia 29/06/2016, em ação de fiscalização no Aeroporto Santa Genoveva - Goiânia (SBGO), 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 3465 (SBGO-SBSP), conforme disposto no art. 6º da Resolução n° 130,de 08/12/2009.

- O setor competente em decisão motivada de primeira instância datada de 14/01/2014 rebateu os argumentos da defesa prévia e confirmou o ato infracional e decidiu pela aplicação da penalidade no valor de R$ 14.000,00 pela prática no disposto no art. 299, Inciso II, do CBA, c/c o art. 6º, da Resolução ANAC nº 130, de 2009.

b) NUP - 00058.088481/2012-53: No dia 25/09/2012, em ação de fiscalização no Aeroporto Santa Maria/Aracajú. portão de embarque '6', 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 3892 (SBAR-SBRF), conforme disposto no art. 6° da Resolução n° 130, de 08/12/2009.

- O setor competente em decisão motivada de primeira instância datada de 14/01/2014 rebateu os argumentos da defesa prévia e confirmou o ato infracional e decidiu pela aplicação da penalidade no valor de R$ 14.000,00 pela prática no disposto no art. 299, Inciso II, do CBA, c/c o art. 6º, da Resolução ANAC nº 130, de 2009

1.4. Com respaldo no artigo 50, §1º da Lei nº 9.784/1999, ratifico na integralidade os entendimentos referenciados nos votos SEI nº 0180322 e SEI nº 0208212, adotando-os como meus e tornando-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 - (decisão recorrida é desarrazoada e desfundamentada) - sugeriu afronta à Carta Magna (art. 93, inciso X), ao art. 50 da Lei 9.784/1999 e ao artigo 15 da Resolução ANAC 25/2009, por julgar que a autoridade competente não se manifestou sobre as questões fáticas e jurídicas levantadas na defesa prévia. Bradou que as defesas apresentadas em processos administrativos sancionadores devem levar em consideração matéria fática. Neste pé, trouxe à baila o artigo 37 da CF ao que faz jus ao direito fundamental à boa administração, além do devido processo legal, insculpido no artigo 5º, LV, da Constituição. Invocou o artigo 3º da Lei 9.784/1999, que estabelece que o administrado tem direitos perante a Administração, dentre eles, que lhe seja assegurada a formulação de alegações e apresentação de documentos antes da decisão, os quais serão objeto de apreciação pelo órgão competente. Sustentou que a decisão de primeira instância foi nula por não ter analisado as razões de defesa e alegou que isso implicaria nulidade ao processo; **[presente apenas no processo 00058.088544/2012-71]**

II - (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]**

III - (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]**

IV - (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]**

V - 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 auto 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 nº. 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 respectivo 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 PERMISSIONÁRIA DE SERVIÇOS - P. JURÍDICA, do Anexo II, da Resolução nº. 25/2008, e alterações posteriores.

1.8. Notificado regularmente acerca da convalidação, o interessado alegou o seguinte (nos 5 processos):

I - Cumpre ressaltar que inexiste 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, quiçá 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. 6° da Resolução n° 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 para encaminhamentos.

1.10. Identificada similaridade de contexto fático, regulatório, e jurídico dos processos em tela procedeu-se ao relacionamento de todos em prol 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. Passa-se às preliminares levantadas pela interessada.

2.3. **Da ausência de nulidade do Auto de Infração e Relatório de Fiscalização por não trazerem elementos comprobatórios** - Tal alegação não prospera. O Auto de Infração é o ato que dá inicio ao processo administrativo sancionador, conforme prescreve a Lei nº 7.565 de 19 de dezembro de 1986, que dispõe o sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBAer): *"art. 291. Toda vez que se verifique a ocorrência de infração prevista neste Código ou na legislação complementar, a autoridade aeronáutica lavrará o respectivo auto, remetendo-o à autoridade ou ao órgão competente para a apuração, julgamento ou providências administrativas cabível."*

2.4. A Resolução ANAC nº 25 de 25 de Abril de 2008, complementa: *"art. 4º O processo administrativo terá início com a lavratura do Auto de Infração – AI."*

2.5. O auto de infração como principal documento de um processo administrativo traz embutido em si dois dispositivos primordiais para sua validade, que são a descrição do fato e seu enquadramento legal. Eles são os elementos necessários para que se informe, precisamente, o tipo infracional, permitindo, dessa forma, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

2.6. Registre-se, contudo, que consta dos Autos o Relatório de Fiscalização nº 000775/2012 em complemento à lavratura do Auto de Infração e que o conteúdo do parágrafo único do citado dispositivo é cristalino ao evidenciar arbitrariedade de que a juntada dos referidos documentos deve acontecer sempre que possível:

> **IN ANAC nº 08/2008**
>
> *Art. 12. O Relatório de Fiscalização, juntamente com o Auto de Infração, quando já emitido, e demais documentos pertinentes, deverá ser encaminhado para Gerência Geral ou Gerência Regional a qual o agente estiver diretamente subordinado.*
>
> *Parágrafo único. O **Relatório de Fiscalização** deverá ser instruído com documentos necessários à comprovação da prática de infração, juntando-se, **sempre que possível**: planos de vôo, fotografias, filmagens, laudos técnicos, FIAM (Ficha de Inspeção Anual de Manutenção), e quaisquer outros documentos que considerar pertinentes.*
>
> ***(destacamos)***

2.7. Logo, não é cabível o entendimento de que tais elementos sejam requisitos de validade e subsistência do AI. Em verdade, estes são enumerados pelo artigo 8º da Resolução ANAC 25/2008, todos regularmente observados e constantes daquele documento.

2.8. Quanto à alegação de que o Relatório de Fiscalização deve ser instruído pelo Relatório de Ocorrência diante do que dispõe o art. 9º da IN ANAC 08, note-se que não há menção dessa obrigatoriedade no citado dispositivo, onde consta unicamente os requisitos para o recebimento da reclamação do passageiro. Não sendo esta a única prova inequívoca do fato e podendo a infração ser atestada pelo próprio agente administrativo, nada o impede de autuar de ofício e atestar as informações que foram verificadas no local, instruindo quando possível dos documentos citados no parágrafo único do art. 12 da referida IN ANAC 08, e lavrando, por conseguinte, o respectivo Auto de Infração. A IN ANAC 08, em seu art. 11 reforça a possibilidade de atuação de ofício pelo INSPAC, para lavrar o Auto de Infração e em seu artigo 21, traz os documentos necessários para instrução do processo administrativo e encaminhamento para a Junta de Julgamento, não havendo qualquer menção ao Relatório de Ocorrência:

> **IN ANAC nº 08/08**
>
> Capítulo IV - Do Relatório de Fiscalização
>
> Art. 11. **O agente no exercício da atividade fiscalizadora ao constatar a infração, poderá lavrar, desde logo, o pertinente auto de infração.** (Grifou-se)
>
> (...)

2.9. Vale lembrar que a autuação é ato administrativo que possui em seu favor presunção de legitimidade e veracidade e cabe ao interessado a demonstração dos fatos que alega, nos termos do art. 36 da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

2.10. A esse respeito, acerca do argumento de prova negativa (ou diabólica) trazido após a convalidação do enquadramento da infração discutida no processo, temos que no Direito Administrativo a teoria da prova diabólica, por ora, em pouco ou nada afeta. Isso porque o CPC deve ser aplicado apenas de forma subsidiária à Lei 9.784/1999 e apenas nos casos em que esta for silente. Assim, no caso específico da produção de provas, estando a Administração adstrita ao princípio da legalidade e obrigada a aplicar o art. 36, aliando-se isto com o conceito de presunção de veracidade dos atos administrativos decorrente do art. 19 da Constituição Federal, reputa-se ainda como válida a inversão do *onus probandi* nestes casos, conforme bem assentado na doutrina administrativa.

2.11. Ainda assim, o interessado-regulado não resta desguarnecido e não há que se falar em nulidade do processo ou cerceamento do direito de defesa. Como sabido, a presunção é relativa e pode ser desconstituída mediante demonstração cabal nos autos do processo específico de que a aferição do poder público não condiz com a realidade; A presunção de legitimidade e legalidade dos atos administrativos advém do fato de que os atos devem estrito cumprimento em conformidade com a lei e, de veracidade, por serem dotados da chamada presunção de veracidade. "Trata-se de presunção relativa (juris tantum) que, como tal, admite prova em contrário. O efeito prático de tal presunção é o de inverter o ônus da prova". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001, página 72).

2.12. Portanto, com respaldo na doutrina administrativa, princípios da legalidade de supedâneo constitucional e vinculação ao art. 36 da Lei de Processo Administrativo, conclui-se que opera ainda a inversão do ônus da prova nos casos revestidos de presunção de legalidade decorrentes do *manus* fiscalizatório da ANAC. Incontestável, pela sistemática do ordenamento administrativo, que se requer demonstração para desconstituição da presunção, não havendo que se falar em nulidade por impossibilidade de produção de prova negativa.

2.13. **Da ausência de vício insanável, decorrente de ausência de fundamentação jurídica** - Embora tenha havido um equívoco no auto de infração, pois indicou-se, inicialmente, um dispositivo normativo inexato na capitulação, tal erro não importou prejuízo nem para administração nem para o autuado.

2.14. Observe-se que esse erro encontra-se no rol dos vícios passíveis de convalidação, conforme a IN n. 08/2008. Importante destacar que o artigo 55 da Lei nº 9.874/99 prevê: *Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração*. Além disso, aplicável aos processos administrativos o princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), nas palavras de Marçal Justen Filho:

> *A nulidade deriva da incompatibilidade do ato concreto com valores jurídicos relevantes. Se certo ato concreto realiza os valores, ainda que por vias indiretas, não pode receber tratamento jurídico equivalente ao reservado para atos reprováveis. Se um ato, apesar de não ser o adequado, realizar as finalidades legítimas, não pode ser equiparado a um ato cuja prática reprovável deve ser banida.*
>
> *A nulidade consiste num defeito complexo, formado pela (a) discordância formal com um modelo normativo e que é (b) instrumento de infração aos valores consagrados pelo direito. De modo que, se não houver a consumação do efeito (lesão a um interesse protegido juridicamente), não se configurará invalidade jurídica.*
>
> *Aliás, a doutrina do direito administrativo intuiu essa necessidade, afirmando o postulado de* ***pas de nullité sans grief (não há nulidade sem dano).*** (JUSTEM FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 323/324.) (grifo nosso)

2.15. Nesse sentido já se manifestou inúmeras vezes o STJ, *verbi gratia*:

> a) ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INSTAURADO COM BASE EM INVESTIGAÇÃO PROVOCADA POR DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o processo administrativo disciplinar, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedentes desta Corte. 2. As acusações que resultaram da apreensão de documentos feita pela Comissão de Sindicância, sem a presença do indiciado, não foram consideradas para a convicção acerca da responsabilização do servidor, pois restaram afastados os enquadramentos das condutas resultantes das provas produzidas na mencionada diligência. 3. **Eventual nulidade no Processo Administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, o que não restou configurado na espécie, sendo, pois, aplicável o princípio *pas de nullité sans grief*. Precedentes.** 4. Em sede de ação mandamental, a prova do direito líquido e certo deve ser pré-constituída, não se admitindo a dilação probatória. Precedentes. 5. Segurança denegada. (STJ MS 200800293874 MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 13348. Terceira seção. Relatora: Laurita Vaz. DJE DATA:16/09/2009);
>
> b) ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. DEMISSÃO. NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. REEXAME DE PROVAS PRODUZIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. AGRAVAMENTO DA PENA SUGERIDA PELA COMISSÃO PROCESSANTE. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 168 DA LEI Nº 8.112/90. EXCESSO DE PRAZO. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. "WRIT" IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ORDEM DENEGADA. I - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. II - A Lei 8.112/90, no artigo 168, autoriza a Autoridade competente a dissentir do relatório apresentado pela Comissão Processante, desde que a sanção aplicada esteja devidamente motivada. Ademais, não há vedação quanto à adoção do parecer de sua Consultoria Jurídica. Precedentes. III - A Lei nº 8112/90, ao dispor sobre o julgamento do processo administrativo disciplinar, prevê expressamente no artigo 169, § 1º que "O julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo.". Consoante entendimento desta Corte o excesso de prazo não pode ser alegado como fator de nulidade do processo, mormente se não restar comprovada qualquer lesão ao direito do servidor. **IV - Aplicável o princípio do "pas de nullité sans grief", tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.** V- A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. VI - Evidenciado o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em nulidades do processo administrativo disciplinar, principalmente quando o "*writ*" é impetrado como forma derradeira de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar. VII - Ordem denegada. (STJ MS 200302059218 MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 9384. Terceira Seção. Relator: Gilson Dipp. DJ DATA:16/08/2004 PG:00130);
>
> c) ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-

> CONSTITUÍDA. 1. Trata-se de demissão da recorrente, após regular processo administrativo, em função de afirmado desvio de numerários na Contadoria da Comarca de Fundão por meio de fraudes que acarretaram o não-recolhimento aos cofres públicos de importâncias derivadas do ITCD. 2. O processo administrativo disciplinar observou o contraditório e a ampla defesa. A parte foi intimada dos atos processuais e teve oportunidade de se manifestar sobre a fundamentação que conduziu à sua demissão. **3. Inexiste nulidade sem prejuízo. Se é assim no processo penal, com maior razão no âmbito administrativo. A recorrente teve acesso aos autos do processo administrativo disciplinar, amplo conhecimento dos fatos investigados, produziu as provas pertinentes e ofereceu defesa escrita, o que afasta qualquer alegação relativa à ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa. Eventual nulidade no processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, hipótese não configurada na espécie, sendo, pois, aplicável o princípio *pas de nullité sans grief.*** 4. Nos termos da Súmula Vinculante 5/STF, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição Federal, desde que seja concedida a oportunidade de ser efetivado o contraditório e a ampla defesa, como no caso. 5. Ausência de argumentação que desabone os atos da Comissão Processante. Não houve indício de fato que conduzisse a decisão imparcial ou atécnica tomada contra a recorrente. 6. O Termo de Indiciamento e o Relatório Final da Comissão Processante foram suficientemente fundamentados, com base nas provas produzidas nos autos. 7. Recurso Ordinário não provido. (STJ RMS 32849/ES RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2010/0160083-1. Segunda Turma. Relator: Mininstro Herman Benjamin. DJE 20/05/2011).

2.16. Seguindo-se, precisamente, esses preceitos legais, convalidaram-se os autos de infração em exame, corrigindo-se a capitulação, de forma acurada e exata. Recapitulou-se, então, 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**, informando-se, devidamente, a interessada dessa mudança. Portanto, observaram-se todos os critérios legais, cientificando-se a interessada de todos os dados necessários ao exercício pleno e desembaraçado de sua defesa, não havendo que se falar em nulidade dos atos processuais em comento.

2.17. Mais do que isso, como os fatos estão correta e precisamente descritos, com todos os elementos necessários para a perfeita tipificação das infrações e, ainda, a norma transgredida também se encontra claramente indicada, está perfeitamente configurada a motivação dos atos, uma vez que como afirma Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 152.): *"denomina-se motivação a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato"*.

2.18. O Supremo Tribunal Federal – STF já se manifestou no sentido de que a descrição dos fatos quando do indiciamento de prática infracional é suficiente para o exercício pelo do poder de defesa pelo acusado:

> *- STF: RMS 24.129/DF, 2ª Turma, DJe 30/04/2012: "Exercício do direito de defesa.* ***A descrição dos fatos*** *realizada quando do indiciamento* ***foi suficiente para o devido exercício do direito de defesa****. Precedentes: MS 21.721; MS 23.490.*
>
> ***(grifamos)***

2.19. No mesmo sentido aponta a jurisprudência do STJ:

> *- Excerto de julgado do STJ: "****O indiciado se defende dos fatos que lhe são imputados e não de sua classificação legal, de sorte que a posterior alteração da capitulação legal da conduta não tem o condão de inquinar de nulidade o processo****. Precedentes: (MS 14.045/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 29.4.2010; MS 10.128/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22.2.2010; MS 12.386/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJ 24.9.2007, p. 244" (STJ, MS 12.677/DF, 1ª Turma, DJe 20/04/2012).*
>
> ***(grifamos)***

2.20. Portanto, conforme entendimento das Cortes Superiores Nacionais, a descrição dos fatos é suficiente para o pleno exercício do direito de defesa. A STJ entende especificamente que a defesa deve ser construída a respeito dos fatos que lhe são imputados e não de sua classificação legal, de forma que **posterior recapitulação não tem o condão de implicar nulidade ao processo, ou causar prejuízo ao interessado**.

2.21. Não prosperam, pois, as alegações de ausência de fundamentação fática e jurídica. Reforça-se que também não há que se falar em embaraços ao exercício da ampla defesa e do contraditório. Note-se que a interessada teve ciência dos autos de infração, das convalidações contendo a capitulação corrigida e, ainda, que foi devidamente notificada de todos os atos do processo. A interessada ainda teve a oportunidade de se manifestar em resposta à todos esses atos e assim o fez, apresentando defesa prévia, recurso e nova defesa após a convalidação. Importante destacar também que, desde a notificação do auto de infração, a interessada teve a sua disposição os autos do processo, inclusive, para tirar cópias.

2.22. Por isso, entendo que não se deu qualquer obstrução ao pleno exercício da defesa do autuado, não cabendo se falar em cerceamento de defesa, desrespeito ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório, tampouco em nulidade dos autos de infração. Sequer há que se falar que a decisão recorrida é desarrazoada e desfundamentada.

2.23. Afasto as preliminares.

3. FUNDAMENTAÇÃO - MÉRITO E ENFRENTAMENTO DAS ALEGAÇÕES DO INTERESSADO

3.1. **Da materialidade infracional -** A empresa foi autuada por ter infringido as normas que dispõem sobre os serviços aéreos, pois no ato de embarque, conforme especificações da tabela inaugural desta análise, deixou de conciliar os documentos de identificação dos passageiros com os dados constantes dos seus cartões de embarque. Pela natureza da infração e conforme convalidações existentes nos autos, configura mácula ao **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:**

> CBA
>
> Art. 302. A multa será aplicada pela prática das seguintes infrações:
>
> (...)
>
> III - infrações imputáveis à concessionária ou permissionária de serviços aéreos:
>
> (...)
>
> u) infringir as Condições Gerais de Transporte, bem como as demais normas que dispõem sobre os serviços aéreos;

3.2. Ressaltar-se que a recorrente adotou as Condições Gerais de Transporte em seu contrato de transporte aéreo, o que justifica o enquadramento pela alínea "*u*" do inciso III do artigo 302 do CBA.

3.3. A Resolução ANAC n.º 130, de 08/12/2009, que trata da aprovação aos procedimentos de identificação do passageiro, para o embarque nos aeroportos brasileiros, e prevê em seu artigo 6º:

> Art. 6º O operador de aeronaves deve assegurar que somente passageiros atendidos para o voo sejam embarcados, por meio da conciliação, no portão de embarque, do documento de identificação com os dados constantes no cartão de embarque.
>
> (...)

3.4. A fiscalização da ANAC constatou que nos procedimentos para embarque no voos discriminados nos autos a empresa deixou de assegurar que somente passageiros atendidos para o mencionado voo fossem embarcados no portão do referido aeroporto, por meio de conciliação do documento de identificação com os dados constantes no cartão de embarque, descumprindo o art. 6.º da Resolução ANAC n.º 130, de 08/12/2009 c/c o art. 302, inciso III, alínea "u" do CBA.

3.5. Subsumidas, portanto, as condutas apuradas ao enquadramento indicado.

3.6. **Das razões recursais -** No que concerne às razões do interessado apresentadas em sede recursal, é relevante destacar que estas não se fizeram acompanhar de qualquer documento que afaste, de forma cabal, a materialidade infracional.

3.7. Quanto à alegação de que a decisão recorrida é desarrazoada e desfundamentada, compreendo como rebatida nos termos dos itens 2.13 a 2.20. Acrescento que a verificação, após análise fartamente fundamentada, do efetivo descumprimento ao normativo, consubstanciou a devida motivação para o tomada de decisão pela aplicação da penalidade administrativa pertinente, a qual seguiu os termos do art. 15 da Resolução ANAC nº 25/2008, a saber:

> *Art. 15. A autoridade competente para decidir sobre a aplicação de penalidades deverá, em decisão fundamentada:*
>
> *I - determinar o arquivamento do processo; ou*
>
> *II - aplicar a penalidade em conformidade com o art. 19 desta Resolução.*
>
> *(...)*

Art. 19. As penalidades a serem aplicadas são:
I - multa;

(...)

Art. 20. O valor da multa será expresso em moeda corrente e aplicado de acordo com o previsto nas tabelas constantes dos Anexos I, II e III

3.8. Incoerente, pois, falar-se em ausência de motivação, razoabilidade e fundamentação do ato administrativo que apenou o interessado em decisão de primeira instância. Ao contrário do alegado pelo interessado, a aplicação da penalidade seguiu rigorosamente o disposto no art. 15 citado acima, sendo a multa a pena prevista no próprio normativo para infração constatada nos casos em tela. Ademais, ao definir o valor da multa, o decisor tampouco usou de discricionariedade, e nem o poderia, pois teve que se ater aos limites legais impostos nas tabelas do normativo, cujos valores de referência foram devidamente respeitados em ato vinculado.

3.9. Não apenas isso, a convalidação em verdade trouxe condição mais benéfica ou interessado uma vez que reduziu o patamar médio da conduta infracional de R$14.000,00 (quatorze mil reais) para R$7.000,00 (sete mil reais).

3.10. A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que a finalidade das sanções relacionadas às infrações administrativas é desestimular a prática das condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias, intimidando eventuais infratores. Todas as multas administrativas devem cumprir função intimidadora e exemplar, mas existem as que se limitam a esta função, e outras que buscam também ressarcir a Administração de algum prejuízo causado (multas ressarcitórias) como também as que apresentam caráter cominatório, se renovando continuamente até a satisfação da pretensão, obrigando o administrado a uma atuação positiva (astreinte). (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 24ª., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 864/865 e p. 879).

3.11. Daí a compreensão de que no processo administrativo sancionatório impera o livre convencimento do Fiscal-Regulador dentro da discricionariedade motivada e cotejo para com a finalidade específica a ser atingida com a eventual sanção a ser aplicada caso-a-caso. Esta finalidade, por sua vez, posta-se adstrita aos patamares firmados por norma de aplicação cogente e *erga omnes*, qual seja a tabela de valores dos Anexos da Resolução ANAC 25/2008. Dispõe o Anexo III, inciso IV, item 5, da Resolução ANAC 25, de 25/04/2008, os valores da multa à empresa aérea no tocante à facilitação do transporte aéreo, por não realizar o embarque ou desembarque dos passageiros que necessitam de assistência especial de acordo com sua ordem de prioridade.

3.12. É incoerente falar em ausência de fundamentação do *quantum* da fixação da base da sanção uma vez que o próprio fundamento para a aplicação da sanção foi a própria prática, por parte da autuada, de ato infracional previsto na legislação (devidamente constatado/apurado no caso, como bem mostram os autos). A partir disso, a dosimetria pode ser entendida como ato vinculado aos valores e patamares estabelecidos no anexo da Resolução 25/2008 e dali a Administração não pode extrapolar, vez que subjugada ao princípio constitucional da estrita legalidade. É dizer que em razão da taxatividade da norma e pelo fato de a Administração Pública pautar-se pelo princípio da legalidade, impossível que a Agência aplique atenuantes de forma arbitrária já que deve o autuado se adequar aos requisitos da norma.

3.13. Por este motivo, entendo que os argumentos de defesa de exorbitância da multa não deve prosperar. Pelo contrário, há, sim, fundamento pra aplicação da multa e uma vez aferido o ato infracional, os patamares de aplicação constantes do anexo da Resolução 25/2008 (públicos e notórios, vez que integrantes de norma vigente e pública) vinculam a unidade julgadora.

3.14. Acerca do argumento de violação ao princípio da tipicidade e antijuridicidade material, assento a convalidação do auto de infração traz a capitulação cometida pela autuada na alínea "u" do inciso III do artigo 302, ou seja, infringir as Condições Gerais de Transporte, pelo fato de a empresa não ter efetuado a conciliação dos documentos de identificação com os dados constantes nos cartões de embarque, não assegurando, assim, que somente os passageiros daquele voo fossem embarcados.

3.15. No que toca à antijuridicidade material, acrescento que o ponto nodal da questão está no fato de a norma existir pelo intuito de tutela de um bem jurídico. Não houvesse um bem jurídico a ser tutelado, não haveria que se falar normatização e se ela existe, obviamente visa preservar ou viabilizar um direito – que foi identificado quando da edição da norma e sua exposição de motivos. *In casu*, falha a defesa em enxergar que o bem jurídico tutelado pelo regulamento é a segurança de voo ao ter-se certeza que o embarque que está sendo feito é efetivamente referente ao sujeito que contratou aquele contrato de transporte.

3.16. Portanto, temos que a razão de ser da Resolução ANAC 130/2009 é assegurar o cumprimento dos preceitos de segurança a todos os passageiros de um voo. Neste escopo, temos a consubstanciação de um ato garantivista do direito de ir e vir, sopesado junto aos critérios de segurança inerentes ao setor regulado. Por mais, a capitulação cometida pela autuada na alínea "u" do inciso III do artigo 302, ou seja, infringir as Condições Gerais de Transporte, pelo fato de a empresa não ter efetuado a conciliação dos documentos de identificação com os dados constantes nos cartões de embarque, descreve exatamente a conduta apurada nos autos. Por isso estou convencido de que o argumento de violação ao princípio da tipicidade não merece prosperar.

3.17. Nesse espeque, não penso que devamos considerar o argumento de que a empresa mantém rigorosa e permanentemente fiscalizados os procedimentos de despacho e embarque de passageiros, cumprindo as determinações existentes nas normas em vigor. A instrução do processo aponta o contrário.

3.18. Por fim, passo a enfrentar o argumento de que a Autuada não pode ser condenada a cumprir uma obrigação de pagar embasada em norma que não pertence mais ao ordenamento jurídico (retroatividade da norma mais benéfica). no processo sancionador deve haver previsão normativa da aplicação retroativa e, via de regra, as condutas são avaliadas e punidas à luz das normas vigentes no momento de sua prática. Este entendimento é corroborado pela Procuradoria Federal Junto à ANAC no Parecer nº 143/2015/PROT/PFANAC/PGF/AGU, que tratou da retroatividade da norma mais benéfica no processo sancionador:

(...)

17. De se ressalvar que a questão da aplicação ou não do princípio penal da retroatividade da lei benéfica no direito administrativo punitivo foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo sido bem elucidada por José Galdino, no texto *"A aplicação do princípio da retroatividade benéfica no direito administrativo punitivo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".*

(...)

19. Em regra, considerando a forma de aplicação da lei no tempo, as normas legais, em sentido amplo, têm aplicabilidade imediata e geral. A admissão da retroatividade constitui exceção no ordenamento e, a despeito de não ser vedada, deve ser adotada com parcimônia.

20. Trata-se de postulado jurídico do *tempus regit actum*, que consagra regra da aplicabilidade da norma de direito material vigente à época da ocorrência do fato/conduta gerador, o qual possui matiz infraconstitucional na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), cujo art. 6º assim dispõe:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo começo do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

(...)

22. José Galdino destaca que a teoria da norma mais benéfica dever ser aplicada com moderação no processo administrativo, ante o maior dinamismo dessa seara jurídica e a diferença ontológica entre a sanção administrativa e a penal, bem assim em face da independência entre as instâncias. Transportar um princípio de um ramo do direito para outro exige certa ponderação.

23. No ponto, bastante oportuna a menção/transcrição de julgado do STJ, que refere existência de diferença ontológica entre a sanção administrativa e a penal, que permite transpor com reserva o princípio da retroatividade, argumento relativo à insegurança jurídica, que poderia ser gerado caso fosse adotada a posição que defende a retroação da lei mais benéfica (g.n):

*"(...) A diferença ontológica entre a sanção administrativa e a penal permite transpor **com reservas o princípio da retroatividade**. Conforme pondera Fábio Medina Osório, "se no Brasil não há dúvidas quanto à retroatividade das nomas penais mais benéficas, parece-em prudente sustentar que o Direito Administrativo Sancionador, nesse ponto, não se equipara ao direito criminal, dado seu maior dinamismo".*

24. Com efeito, no caso do processo administrativo sancionador, não há como deixar de se

> ponderar acerca da abrangência do poder de polícia para a Administração Pública na sua função primordial de gerir a coletividade, na medida em que não raras vezes é indispensável a limitação da atividade privada para proteger o bem comum, isto é, o interesse da coletividade. Assim, para bem exercitar este poder, a Administração precisa realizar um processo administrativo que garanta ao administrado o pleno gozo das garantias processuais legais e constitucionais, porquanto a liberdade do indivíduo deve estar resguardada de eventuais excessos administrativos.
>
> 25. De se referir que o Direito Penal tutela bem jurídico distinto do Direito Administrativo. Na esfera penal, há um gravame mais sério, muitas vezes relacionada à liberdade do indivíduo, já no âmbito administrativo, as penalidades estão relacionadas, na maioria das vezes, a penalidades de cunho material (econômico). Deste modo, retroatividade da lei mais benéfica em material penal tem um viés humanitário que não se repete no campo administrativo, não justificando tal retroatividade.
>
> 26. Nessa linha de raciocínio, não há como deixar de referir que o direito administrativo lida com uma realidade social muito dinâmica - diferente inclusive do que ocorre no direito penal -, regulando situações que mudam constantemente (exemplos: vigilância sanitária, meio ambiente, saúde suplementar, defesa do consumidor, mercado de capitais, livre iniciativa e concorrência no mercado, qualidade de produtos, mercado financeiro etc) e não aplicar a penalidade administrativa àqueles que praticaram conduta proibida, sob a égide da lei anterior, significa premiá-los com uma omissão estatal, que iria na contramão do pretendido caráter pedagógico e preventivo da sanção administrativa.

3.19. Concluiu o Parecer:

> Em resumo, são as conclusões exaradas neste Parecer:
>
> a) Em síntese, as regras para aplicação da retroatividade nas normas no processo sancionador, diante de um caso concreto, devem ser resultado dos questionamentos: se existe previsão legal temática para aplicação retroativa da norma qual a norma mais benéfica ao imputado, se a vigente na data da ocorrência do fato ou aquela vigente no julgamento, sendo vedado a criação de uma *lex tertius* híbrida por fim, se as duas cominarem punição idêntica, **deve-se aplicar a regra (*tempus regit actum*), ou seja, a norma vigente na data do fato, não a superveniente, que constitui exceção**.
>
> b) Diante da importância da questão, promover acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, utilizando-se as regras de retroação da norma mais benéfica no processo sancionador ao caso concreto, verificou-se que: inexiste previsão legal temática para aplicação retroativa da norma e punição idêntica, razão pela qual deve se aplicar a norma da data do fato (*tempus regit actum*), não a superveniente, que é exceção.
>
> **[destacamos]**

3.20. *In casu* e seguindo o norte do citado posicionamento jurídico, inexiste registro expresso em normas internas posteriores à revogada, e em especial na que operou a revogação, que devam ser aplicadas retroativamente ao caso. **Rege a ocorrência registrada pelos processos**, portanto, **a norma vigente à época**, motivo pelo qual a sanção deve ser mantida.

3.21. Isto posto, conclui-se que as alegações da interessada não foram eficazes para afastar a aplicação da sanção administrativa.

3.22. Configurada a(s) infração(ões) apontada(s) pelo AI.

4. DA DOSIMETRIA DA SANÇÃO

4.1. Verificada a regularidade da ação fiscal, temos de verificar a correção do valor da multa aplicada como sanção administrativa ao ato infracional imputado. O Código Brasileiro de Aeronáutica dispõe no art. 295 que a multa será imposta de acordo com a gravidade da infração. Nesse sentido, a Resolução nº 25/2008, determina em seu art. 22 que sejam consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes na imposição da penalidade pecuniária.

4.2. 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.

4.3. Acontece que após a convalidação, houve, de fato, violação à legislação, com a prática de infração cuja autuação 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).

4.4. Com relação à dosimetria da penalidade pecuniária 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 PERMISSIONÁRIA DE SERVIÇOS - P. JURÍDICA, do Anexo II, da Resolução nº. 25/2008, e alterações posteriores), relativa à conduta descrita neste processo, é a de aplicação de multa 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.

4.5. **ATENUANTES** - Corroboro com o entendimento da primeira instância de que inexistem quaisquer das atenuantes previstas no art. 22 da da Resolução ANAC nº 25/2008 aplicáveis ao caso concreto. Não há indícios dos autos de reconhecimento da prática da infração ou medidas eficazes e voluntárias para minimizarem os efeitos da infração.

4.6. Especificamente quanto à atenuante prevista no § 1º, inciso III, do art. 22 da Resolução ANAC nº 25 (inexistência de aplicação de penalidades no último ano) não se achou configurado elemento algum que a possa desconstituir. Cabe destacar que o objetivo do dispositivo parece ser premiar aquele que se pode chamar de "bom-regulado". E o bom regulado é aquele que conforma sua atuação aos preceitos normativos, que não comete infrações. Ou seja, a essência do dispositivo é alcançar aquele que não cometeu infrações no período de um ano. 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).

4.7. 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.

4.8. Veja que 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.

4.9. 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.

4.10. Contudo, 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.

4.11. 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 ilidir 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, quando prolatada, a DC1 estava correta.

4.12. *"In casu"* verifica-se que a autoridade decisora em primeira instância identificou que o autuado não fazia jus à circunstância atenuante prevista no inciso III do §1º do artigo 22 da Resolução ANAC nº 25/2008 quando da aplicação da sanção imposta.

4.13. Em análise ao SIGEC, identifica-se o seguinte:

- Crédito de multa 638348133, referente à infração cometida em 02/01/2012, com pagamento em definitivo em 16/08/2013 (antes da decisão condenatória de primeira instância).
- Crédito de multa 63942133, 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).

4.14. Por isso entendo pertinente o afastamento de qualquer atenuantes ao caso.

4.15. **AGRAVANTES** - Por sua vez, 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.

4.16. Nos casos em que **não há agravantes, e há atenuantes, deve ser aplicado o valor mínimo** da tabela em anexo à Resolução nº 25/2008.

4.17. **SANÇÃO A SER APLICADA EM DEFINITIVO**: Quanto ao valor da multa aplicada pela decisão de primeira instância administrativa, diante do esposado no processo, entendo que cabe ajuste, fixando as multas individualmente para o patamar médio, R$ 7.000,00 (sete mil reais) para cada uma das infrações.

5. CONCLUSÃO

5.1. Pelo exposto, e consideradas as atribuições a mim conferidas pela [Portaria nº 3.403, de 17 de novembro de 2016 e Portaria n° 2.829, de 20 de outubro de 2016] e com lastro no art. 17-B da Resolução ANAC nº 25/2008, e competências ditadas pelo art. 30 do Regimento Interno da ANAC, Resolução n 381/2016, **DECIDO por**

- **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, **FIXANDO cada uma** das multas aplicadas pela autoridade competente da primeira instância administrativa em desfavor do/a TAM LINHAS AÉREAS S.A., conforme individualizações no quadro abaixo:

	NUP	Crédito de Multa (SIGEC)	Auto de Infração (AI)	Data da Lavratura do AI	Local da Ocorrência	Data da Infração	Horário	Infração	Enquadramento	Sanção a ser aplicada em definitivo
1.	00058.088544/2012-71	640.374.143	001226/2012	11/07/2011	Aeroporto Santa Genoveva - Goiânia (SBGO) **Voo**: TAM 3465	29/06/2012	18h00min	deixar de efetuar a conciliação do documento de identificação com os dados constantes no cartão de embarque	alínea 'u' do inciso III do art. 302 do CBA, Lei 7.565/1986 c/c art. 6º da Resolução ANAC nº 130, de 08/12/2009	R$ 7.000,00
2.	00058.088481/2012-53	640.380.148	001587/2012	05/10/2012	Aeroporto Santa Maria/Aracajú (SBAR) **Voo**: TAM 3892	25/09/2012	16h22min	deixar de efetuar a conciliação do documento de identificação com os dados constantes no cartão de embarque	alínea 'u' do inciso III do art. 302 do CBA, Lei 7.565/1986 c/c art. 6º da Resolução ANAC nº 130, de 08/12/2009	R$ 7.000,00

5.2. **É a decisão.**

5.3. À Secretaria.

5.4. 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 18:31, 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 **1163553** e o código CRC **0BD5675B**.