



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito / Relações Internacionais

GUSTAVO SENA DE LIMA

**DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE E A APLICAÇÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA
PELA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL**

**BRASÍLIA
2020**

GUSTAVO SENA DE LIMA

**DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA E A
AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Prof. Me. Jose Carlos Veloso Filho

**BRASÍLIA
2020**

GUSTAVO SENA DE LIMA

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA E A AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Me. José Carlos Veloso Filho

BRASÍLIA, 06 de DEZEMBRO de 2020

BANCA AVALIADORA

Prof. Jose Carlos Veloso Filho

Professor(a) Avaliador(a)

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS Curso de Bacharelado em Direito /
Relações Internacionais

DE LIMA, Gustavo Sena

O direito administrativo sancionador e o princípio da proporcionalidade nos processos administrativos da Agência Nacional de Aviação / Gustavo Sena de Lima - Brasília, 2020. 65 f.: il.

Monografia (Graduação em Direito) - Centro Universitário de Brasília Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS Curso de Bacharelado em Direito / Relações Internacionais. Orientador: Prof. José Carlos Veloso Filho.

1. Direito Administrativo - Monografia. 2. Processo Administrativo Sancionador - Monografia. 3. Princípios e Fontes - Monografia. 4. Aplicação - Monografia 5. Norma Sancionadora - Monografia. Prof. José Carlos Veloso Filho.

Elaborado por Gustavo Sena de Lima.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	6
2 – DOS PRINCÍPIOS E DAS FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	7
2.1. Dos princípios constitucionais aplicáveis ao DAS	8
2.1.1. Do Devido Processo Legal Formal	9
2.1.2. Do Devido Processo Legal Material ou Substancial.....	11
2.2. Do Princípio da Razoabilidade e do Princípio da Proporcionalidade	11
2.2.1. Do Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade no DAS.....	15
3 – DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC	17
3.1. Das Agências Reguladoras	17
3.2. Da Agência Nacional de Aviação Civil.....	19
4 – DA NORMA SANCIONADORA E DA SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL	20
4.1. Preliminares.....	20
4.1.1. Do Poder-Dever.....	21
4.2. Da Teoria da Norma Sancionadora	22
4.3. Da Irretroatividade da Norma Sancionadora mais grave.....	23
4.4. Da Irretroatividade da Norma Sancionadora mais benéfica	27
4.5. Do Princípio do <i>Non Bis in Idem</i>	31
4.6. Outros institutos aplicáveis ao processo administrativo sancionador.....	34
5 – CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIA	38

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo fazer uma análise do Direito Administrativo Sancionador, quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, nos processos administrativos sancionadores da Agência Nacional de Aviação Civil. O referido tema merece destaque haja vista a evolução do direito administrativo sancionador e o conflito existente entre a necessidade de o Estado proteger o interesse público e preservar os direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

Destarte, o trabalho discorre acerca do direito administrativo sancionador e as suas características, à luz dos processos administrativos sancionadores, na Agência Nacional de Aviação Civil. Para tanto, o autor decidiu, em capítulo inicial, tecer breves considerações iniciais acerca do Direito Administrativo Sancionador, analisando o seu objeto, a sua aplicação e as suas limitações. No capítulo seguinte, serão estudados os princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao direito administrativo sancionador. O autor também decidiu descrever o papel das Agências Reguladoras, em especial a Agência Nacional de Aviação Civil, na administração pública atual, abarcando as sanções administrativas a que estão submetidos os seus regulados e os institutos penalizadores aplicáveis.

Por fim, pretende abordar se as sanções aplicadas pela Agência Nacional de Aviação Civil, nos processos administrativos sancionadores, são consentâneas ao princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito sancionador. Ainda, quer colocar o atual modelo de aplicação de sanção administrativa da ANAC sob o enfoque da doutrina administrativista contemporânea. Durante o trabalho, demonstrarei a controvérsia ora apresentada, onde serão expostos os conhecimentos jurídicos sem, contudo, deixar de apresentar e defender um entendimento acerca do assunto, que passo a fundamentar a seguir.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador; Princípio da Proporcionalidade; Princípio da Razoabilidade; Devido Processo Legal; Agência Nacional de Aviação Civil; ANAC.

CAPÍTULO 2. DOS PRINCÍPIOS E DAS FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Cuida o presente capítulo de apresentar um estudo quanto à natureza das sanções administrativas, o seu regime jurídico, conceito, espécies e finalidade. Inicialmente, tratar-se-á do respectivo tema pelo caráter axiológico da norma sancionadora. O tema sem dúvidas demanda nota introdutória acerca da complexidade dos princípios aplicáveis ao estudo das normas administrativas proibitivas e da aplicação de sanções pela Administração Pública. Isto porque os princípios, no cenário do direito administrativo atual, adquiriram verdadeira superposição teórica, quer do ponto de vista teleológico, quer do ponto de vista normativo, eis que, atualmente, o direito administrativo escrito está diretamente conectado aos princípios gerais do direito¹.

Uma distinção que há de se ser feita é aquela entre as regras jurídicas e os princípios. Em essência, as regras jurídicas são normas de conduta ao passo que os princípios se traduzem num conjunto de valores abstratos a que o sistema normativo deve obediência. Portanto, a norma é gênero, do qual as regras e os princípios são espécies. Ambos dizem ou prescrevem o que deve ser. Alexy, R. (p. 86, 87) *apud* PRADO (2019) ensina que, sob o enfoque jurídico, **as normas compreendem as regras e os princípios**. Isto porque, veiculam algum comando normativo consigo, em que pese a substantiva diferença entre as duas categorias normativas.

A saber:

¹ “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747/748.)

as regras e os princípios podem ser resumidos sob o conceito de norma. Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com auxílio das expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. Os princípios como as regras são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas”

2.1. Do Princípio do Devido Processo Legal no Direito Administrativo Sancionador

Quanto aos princípios aplicáveis é forçoso examinar aqueles que presidem o Direito Administrativo Sancionador. Por certo, os princípios mais relevantes à disciplina ora em estudo são aqueles previstos na Constituição Federal de 1988, uma vez que os princípios constitucionais são dotados de maior superioridade em relação às normas não previstas no texto constitucional. E, desde logo, podemos assinalar que o princípio que governa e orienta o Direito Administrativo Sancionador é o **princípio do devido processo legal**².

Fábio Osório Medina (2020, p. 187) consigna que “o devido processo legal resguarda, no campo das relações punitivas, direitos fundamentais em todas as direções possíveis e legítimas, o que envolve a proteção dos direitos dos acusados e das vítimas em perspectiva equilibrada”. Com efeito, o direito ao devido processo legal afeta sobremaneira o poder sancionador, assim como as outras formas de limitação de direitos.

O citado autor traz ainda, no bojo de sua argumentação, a jurisprudência de relatoria do Ministro Celso de Mello quanto à aplicabilidade do princípio do devido processo legal em sede administrativa. *In verbis*:

“A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, seja ela pública ou privada, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos. - A jurisprudência dos Tribunais, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado o caráter fundamental do princípio da plenitude de defesa, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo.” (STF, Ref-TA ACO 1576/MG, Pleno, j. 23.06.2010, rel. Min. Celso de Mello).

² Art. 5º LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

A cláusula do devido processo legal está inscrita na Constituição norte-americana³ e se reveste de um dos mais importantes institutos garantidores das liberdades individuais naquela sociedade, aplicando-se às mais variadas searas do Direito. A rigor, o princípio do devido processo legal, no direito brasileiro, aplica-se a toda e qualquer disciplina sancionadora ou limitadora de direitos individuais. Nesta senda, aplica-se a todo e qualquer processo judicial ou administrativo (trabalhista, fiscal, criminal, civil e administrativo).

Fábio Osório Medina (2020, p. 190) afirma que o princípio do devido processo legal possui dois importantes significados: “**uma garantia formal de procedimento legal e uma garantia material de procedimento razoável, substancialmente contrário às leis arbitrárias**, uma espécie de interdição à arbitrariedade legislativa ou dos Poderes Públicos em geral”. E, conclui que o referido princípio “é uma cláusula fonte de direitos, difusos ou coletivos com elasticidade”, mormente porque permitiu aos Tribunais o reconhecimento de outros direitos e garantias não positivados.

2.1.1. Do Devido Processo Legal Formal.

A dimensão formal do devido processo legal corresponde aos procedimentos⁴ e processos⁵ necessários à aplicação da sanção pelo Estado. Ou seja, a dimensão formal do devido processo legal, no processo administrativo, indica os requisitos de forma que o processo administrativo exige. Para uma melhor compreensão dos aspectos formais, exemplifico a necessidade de intimação ou citação do administrado; a garantia do exercício do direito de

³ EMENDA V. Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; **nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal**; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. Constituição Norte Americana (g.n.).

⁴ Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo. [...] O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo. Direito Administrativo. 33 Ed. Rio de Janeiro: Forense. DI PIETRO, Maria Sylvia 2020 p. 817.

⁵ Em sentido amplo, designa o conjunto de procedimentos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito do processo administrativo. Direito Administrativo. 33 Ed. Rio de Janeiro: Forense. DI PIETRO, Maria Sylvia 2020 p. 816.

defesa⁶, que se traduz na garantia da ampla defesa; a publicidade do ato punitivo e capitulação do fato constitutivo; e, a não discriminação da pena imposta.

À luz do devido processo legal, sob o aspecto formal, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm interpretando o devido processo legal a partir do prisma das garantias individuais previstas no artigo 5º da Constituição Federal, no âmbito dos processos administrativos disciplinares. A seguir, a ementa de um julgado seguindo precedentes do STF acerca do descumprimento das formalidades atinentes ao devido processo legal:

EMENTA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. LEI 8.112/90. No processo administrativo disciplinar, é indispensável que se proporcione ao servidor processado, esteja ele já indiciado (art. 161, § 1º, da Lei 8.112/90) ou ainda como simples acusado (na fase de instrução do inquérito administrativo), **o direito à ampla defesa e ao contraditório, devendo-se chamar o acusado ao feito desde o seu início, para que tenha oportunidade de acompanhar a instrução**. Precedentes do c. STF. (g.n.)

Noutro julgado recente, o Supremo Tribunal Federal tem reafirmado o papel das garantias individuais nos processos administrativos, sobretudo no que diz respeito à ampla defesa e o contraditório como “insuprimível garantia do devido processo legal”. *In verbis*:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o ‘*due process of law*’, nele reconhecendo uma insuprimível garantia que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. – Assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do ‘*due process of law*’ (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CF, art. 5º, LV). (MS 32559 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, DJe 09-04-2015);

⁶ Constituição Federal de 1988. Art. 5, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

2.1.2. Do Devido Processo Legal Material ou Substancial.

Aqui, o princípio do *due process of law* trata substancialmente dos interesses em jogo no processo administrativo. De acordo com Fábio Osório Medina (2020, p. 196), pelo aspecto material, o princípio diz respeito às ideias de razoabilidade e interdição à arbitrariedade. **Aqui, o autor trata especificamente do direito em si, sob a ótica do direito americano.** Nesse aspecto, o princípio do devido processo legal está ligado à própria ideia de justiça e igualdade. Trata-se não apenas do direito de defesa do acusado, mas do próprio direito em si.

Ressalte-se que esta é uma concepção bastante própria do direito estadunidense⁷, que tem em sua Constituição, prestações negativas pelo Estado, que, dentre outras, prevê que o Estado não poderá privar o cidadão do direito à liberdade, à vida ou os seus bens sem o devido processo legal. O referido autor também assevera que a aplicação do princípio do devido processo legal não significa “transplantar ao Brasil, pura e simplesmente um instituto anglo-saxônico, sem maiores conexões. Em verdade, trata-se de aceitar a funcionalidade atribuível a esse instituto à luz da Teoria Geral do Direito, na perspectiva de ocupação de um lugar de destaque no ambiente Constitucional” (Medina, 2020, p. 202).

2.2. Do Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

O princípio da razoabilidade é consectário da ideia de justiça. E, como se denota está diretamente ligado ao devido processo legal. A razoabilidade é senão o guia para todo e qualquer ato administrativo, para a criação de leis, e sobretudo para a aplicação de sanções e limitações de direitos de toda ordem. Fábio Osório Medina (2020, p. 204) assevera que “a razoabilidade e o devido processo legal andam juntos, pelo que é impossível compreender o processo legal sem a razoabilidade”. Maria Sylvia Di Pietro, afirma que “o princípio da razoabilidade trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário” (Di Pietro, 2020, p. 108).

⁷ Constituição Americana. Emenda XIV (1868). Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; **nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis (g.n.).**

A razoabilidade é um princípio não expresso no texto da Constituição Federal, mas, como referenciado anteriormente, previsto na legislação que regulamenta o processo administrativo no âmbito da União e estabelece as normas gerais para os demais entes federados. **Entretanto, o princípio da razoabilidade é tido como um princípio constitucional, assim como o princípio da proporcionalidade**, os quais terão as suas distinções e congruências expostas adiante. É que ambos os princípios, malgrado não se encontrem positivados dentre os princípios que regem a administração pública na Constituição, foram erigidos a estatura de princípios constitucionais (implícitos).

Arruda Alvim (2005), em edição comemorativa aos 15 anos do STJ, acerca do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade e a sua dogmática, esclarece não haver, de fato, a necessidade de positivação dos referidos princípios para que sejam parte do ordenamento jurídico. Adiante, pontua que “irreversível a tendência no sentido de que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade sejam abrangidos pelos textos das Constituições ou, quando não positivados, reconhecidos como princípios de índole ou caráter constitucional”.

In verbis:

Hoje se entende que não há necessidade de que o princípio esteja explicitamente positivado, para que se o considere integrante do ordenamento jurídico. Na verdade, saber-se se o princípio existe num dado ordenamento jurídico, é, em primeiro lugar, intuído, via de regra pela análise do direito posto. Depois, se constata que este pode ser "legitimado" historicamente, e, por último, se verifica se este é "fecundo" (a manifestação abundante de certo princípio é prova inequívoca de sua existência) aqui. Parece, entretanto, irreversível a tendência no sentido de que os princípios sejam abrangidos pelos textos das Constituições ou, quando não positivados, reconhecidos como princípios de índole ou caráter constitucional.

Foi o que ocorreu com o princípio da proporcionalidade: concebido ou engendrado no seio do Direito Administrativo, foi, paulatinamente, migrando para o âmbito do Direito Constitucional, em que hoje se insere. A impressão que se tem é a de que a crença, de que antes se falou, que precedentemente tinha como objeto a lei, hoje se terá, pelo menos parcialmente, transferido para as Constituições e para os princípios de status constitucional.

A título de evolução, e de como esses princípios passaram a ocupar um novo entendimento no direito brasileiro, a Constituição do Estado de São Paulo, a partir da redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14/02/2006, incluiu em seu artigo 111, dentre os princípios a que a Administração Pública se sujeita, o princípio da razoabilidade, nos seguintes termos:

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, **razoabilidade**, finalidade, motivação, interesse público e eficiência. (g.n.)

O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade têm imbricados o senso mínimo de justiça⁸ próprios da dignidade da pessoa humana. Em sua acepção clara, e não tipicamente jurídica, a “razoabilidade” e “proporcionalidade” veiculam a ideia de razão e de que a penalidade aplicada a quem quer que seja se dê em justa medida. Ambos os princípios exigem, senão a pré-existência de uma adequação de sentido entre as circunstâncias fáticas, que ensejaram a criação de determinada norma sancionatória, e a finalidade pretendida pelo Poder Público.

Em artigo publicado, OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL, o professor Luís Roberto Barroso (1997) ensina com clareza a diferença entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob o enfoque constitucional. De acordo com o professor, a razoabilidade é dividida em razoabilidade interna da norma e razoabilidade externa. Diz respeito a relação entre os motivos, os meios e os fins. Aquela, por sua vez, relaciona-se à “adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional”.

A legislação⁹ acerca dos referidos princípios dispõe que, nos processos administrativos, veda-se a aplicação de sanção "em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público" em consonância a vedação de excessos, assentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se vê à frente:

⁸ O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia;²⁴ o que não seja arbitrário ou caprichoso;²⁵ o que corresponda ao senso comum,²⁶ aos valores vigentes em dado momento ou lugar.²⁷ Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade,²⁸ embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica. Luís Roberto Barroso. OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL. Boletim de Direito Administrativo – março/97.

⁹ Art. 2º [...]. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: VI - **adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.**

“O Estado não pode legislar abusivamente. **A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.** O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais”.

(STF - ADI-MC-QO: 2551 MG, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/04/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 20-04-2006 PP-00005 EMENT VOL-02229-01 PP-00025)

Ainda, consoante ao pensamento do Min. Luís Roberto Barroso, três são os requisitos necessários à elaboração de uma norma ou de uma sanção proporcional a conduta que ora se pretende restringir. Por força do princípio da proporcionalidade, tem-se a já mencionada adequação, a necessidade ou exigibilidade, e a proporcionalidade. De acordo com o eminente Ministro (1997):

“A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa esta tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) **da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos;** (b) **da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados;** e (c) **da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.** Na feliz síntese de Willis Santiago Guerra Filho: “Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”

Pelo exposto nos parágrafos anteriores, a aplicação do princípio da proporcionalidade ao direito administrativo sancionador tem especial importância no exame das normas produzidas e das sanções aplicadas pelas entidades sancionadoras, sobretudo quando consideramos a restrição de direitos e a criação de obrigações por essas entidades. Ressalte-se que as Agências Reguladoras, próprias do direito contemporâneo, carecem de estudo acerca da disciplina em análise, dado que cabe estas decidir (unicamente) se exigível ou inexigível, se adequada ou inadequada, se proporcional ou desproporcional a norma e a sanção aplicável.

2.2.1. Do Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Sancionador.

Acerca do princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo Sancionador, parece claro que a norma deve prever tipos (ilícitos administrativos) que estabeleçam uma correlação racional entre a aplicação de sanções proporcionais e os ilícitos administrativos cometidos pelo administrado. O comando normativo deve – em última análise – proteger bens jurídicos verdadeiramente relevantes. Portanto, sob a ótica do DAS, o referido princípio funciona como um limite à atuação do legislador, que não está inteiramente livre para definir a gravidade da conduta ilícita e da correspondente penalidade, porque há de observar a proporcionalidade/razoabilidade interna da norma sancionatória.

Passando a discorrer mais precisamente acerca do princípio da proporcionalidade, este diz respeito a materialização da racionalidade ora descrita anteriormente. Se a racionalidade condiz a uma ideia elementar de justiça, a proporcionalidade é a sua materialização, e corresponde a um balizamento mínimo, sem o qual corre-se o risco de violar do princípio da isonomia¹⁰. No direito administrativo sancionador, a atuação positiva do agente público, no cumprimento da lei, não pode ser território livre, em que a edição de atos normativos e a aplicação de sanções fiquem ao juízo de cada aplicador.

De acordo com Medina (2020, p. 215), o postulado da proporcionalidade permite embasar a tese de que é possível a comparação entre tipos sancionadores. Essa possibilidade de comparar as mais diversas normas existentes corresponde ao fato de que o próprio Estado, ao decidir quais bens jurídicos proteger, deve dirigir as suas ações em conformidade com o arcabouço normativo existente. Assim, não é papel dos administrados entender-se no emaranhado normativo. A própria administração é quem deve estabelecer as regras do jogo, de forma clara, simples e objetiva. E, a proporcionalidade, no direito administrativo sancionador, é também uma análise quanto à finalidade de a Administração atingir objetivos públicos.

No tocante à sanção, o princípio em exame tolhe o Estado-Administração de aplicar sanções e penalidades desmesuradas, ou que não atinjam o interesse último do Estado, qual seja o interesse público¹¹. Portanto, o princípio da proporcionalidade funciona como uma medida de

¹⁰ Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar determinadas pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. Direito Administrativo. 33 Ed. Rio de Janeiro: Forense. DI PIETRO, Maria Sylvania 2020 p. 816.

¹¹ O princípio da finalidade também constitui pedra angular da atividade administrativa. A perseguição de finalidades coletivas é a verdadeira razão de ser da atividade administrativa. O administrador só pode manejar sua competência, só deve praticar ato administrativo se e na exata medida do necessário para cumprir a finalidade

legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida social. Assim, o exame da proporcionalidade há de ser feito quando do exame da norma em si (se proporcional o que se pretende regulamentar) quanto das sanções cominadas pelo descumprimento da norma prevista em lei ou ato normativo (se proporcional a sanção aplicada).

Por essa razão, é dever do aplicador da sanção, entendidos como seus órgãos e entidades, verificar a natureza da conduta praticada e o seu grau de reprovabilidade à luz dos princípios constitucionais, garantidores de um processo devidamente legal e racional. A racionalidade e a proporcionalidade dos atos da administração (em processo administrativo sancionador) é o efetivamente se confirmam com o ideário de justiça, em seu mais elevado nível e aplicação. E, aqui, repise que a garantia de um direito administrativo justo é aquele indissociável do respeito aos direitos e garantias individuais e ao Estado Democrático de Direito.

prevista na lei que lhe outorgou competência. Floriano de Azevedo Marques Neto. Princípios do Processo Administrativo.

3. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC

3.1. Das Agências Reguladoras

As Agências Reguladoras são entidades da administração pública indireta, dotadas de autonomia, com a finalidade de regular matéria específica definida por lei. Nos dias de hoje, essas entidades, dentre outras atribuições legais, fiscalizam e regulam mercados específicos, em especial telefonia, gás e combustíveis, transportes terrestres, mineração, aviação comercial, saúde suplementar, fármacos e outros. O papel dessas entidades passou a ganhar bastante relevo, sobretudo nos anos noventa, a partir de uma reforma profunda do Estado brasileiro¹², delegando a produção de bens e serviços para o mercado por meio de privatizações e concessões a iniciativa privada.

De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro (2020, p. 599), sendo entidade da Administração indireta, a agência reguladora está sujeita ao princípio da especialidade¹³, significando que estas têm uma função especializada. Isto porque a lei confere a estas entidades a prerrogativa de regular um determinado setor econômico, por meio de um corpo funcional técnico. Segundo Di Pietro (2020, p. 600), regular significa organizar determinado setor, assim como controlar as entidades que atuam nesse setor. Desse modo, essas entidades exercem o típico poder de polícia, com a imposição de limitações administrativas aos particulares, ao

¹² Uma outra forma de conceituar a reforma do Estado em curso, é entendê-la como um processo de criação ou de transformação de instituições, de forma a aumentar a governança e a governabilidade. Privatização é um processo de transformar uma empresa estatal em privada. Publicização, de transformar uma organização estatal em uma organização de direito privado, mas pública não-estatal. Terceirização é o processo de transferir para o setor privado serviços auxiliares ou de apoio. No seio do Estado estrito senso, onde se realizam as atividades exclusivas de Estado, a clara distinção entre secretarias formuladoras de políticas públicas, agências executivas e agências reguladoras autônomas implica em criação ou redefinição das instituições. Luiz Carlos Bresser Pereira. A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle

¹³ As autarquias, por terem capacidade pública semelhante à da Administração Pública, foram consideradas mais adequadas para a prestação de serviços públicos próprios do Estado, embora no direito brasileiro muitas tenham sido criadas para desempenhar atividade econômica, como as Caixas Econômicas, depois transformadas em empresas públicas. Foi, principalmente, a ideia de especialização que norteou a criação dessas entidades. Direito Administrativo. 33 Ed. Rio de Janeiro: Forense. DI PIETRO, Maria Sylvia 2020 p. 528.

mesmo tempo que regulam e controlam as atividades objeto de concessão, permissão e autorização de serviço público¹⁴.

Recentemente, a Lei nº 13.848, de 25 junho de 2019 estabeleceu ainda que as Agências Reguladoras deveriam obedecer a critérios uniformes de gestão, organização, processo decisório e controle social destas entidades. A referida lei marca uma inflexão no papel institucional dessas entidades, na medida em que é a primeira lei a estabelecer regras comuns a todas as agências reguladoras do poder executivo federal, e mais ainda no tocante à prestação de contas (*accountability*) das decisões. Ainda, acrescento que, em parte, a aprovação do projeto de Lei das Agências (PLS nº 52/2013) deveu-se ao poder dessas entidades de decidir em última instância administrativa questões de relevo nacional, à revelia da participação do Congresso Nacional.

Às Agências Reguladoras Federais (em geral) cabe a edição de atos normativos e a aplicação de sanções em mercados regulados, e que naturalmente fazem parte da vida de todos os cidadãos. E, ao legislar sobre a forma como se deve dar a prestação do serviço (e, punir se for o caso), a Agência interfere direta ou indiretamente na forma com deve se dar a prestação do serviço, nos preços e tarifas, nos custos do serviço, na concorrência, dentre outras implicações. Ou seja, a participação do Poder Público, na seara do direito administrativo sancionador por meio de suas Agências Reguladoras, tem a sua gênese na criação de normas, por meio de resoluções, até a aplicação da sanção propriamente, em caso de seu descumprimento.

Portanto, questão que surge como de difícil resolução é aquela relativa ao papel dessas entidades como garantidoras dos direitos de seus administrados. Isto porque a lei outorga a essas entidades o poder de regular o mercado por meio de um corpo técnico, e de sancionar os seus regulados a partir de critérios estabelecidos pela própria Agência Reguladora. Assim, a mesma entidade que regulamenta, é aquela fiscaliza e sanciona, e, também julga o mérito dos ilícitos administrativos cometidos pelos regulados, a despeito de a Agência poder rever as suas decisões em questões de ilegalidade¹⁵.

¹⁴ Lei nº 8.987/1995. Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

¹⁵ Súmula 473 do STF. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

3.2. Da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC.

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) é uma das agências reguladoras federais cuja finalidade é regular e fiscalizar as atividades da aviação civil e a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária no Brasil. Criada em 2005, a ANAC é uma autarquia federal, em regime especial, vinculada ao Ministério da Infraestrutura. Dentre as principais atividades da Agência, estão a regulação econômica, certificação de empresas e aeronautas, normatização da infraestrutura e de procedimentos, a fiscalização de empresas concessionárias e autorizadas e a representação institucional.

De acordo com a Lei nº 11.182/2005, compete à União, por intermédio da ANAC, regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, nos termos do artigo 2º da Lei de Criação da ANAC – Lei nº 11.182/05. A mencionada lei conferiu à Agência as prerrogativas necessárias ao exercício do seu poder de polícia de normatização, fiscalização e sanção, previstas em seu artigo 8º. Adicionalmente, cabe à ANAC fiscalizar o cumprimento das normas do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA¹⁶, como também de toda a legislação complementar relativa à matéria – leis especiais, decretos e outras normas, incluindo-se nessas aquelas anteriormente expedidas pelo Ministério da Aeronáutica enquanto autoridade aeronáutica, e aquelas editadas pela própria Agência na qualidade de autoridade de aviação civil.

Para além das hipóteses elencadas no CBA, a existência de normas extravagantes a referida lei é previsão de seu próprio artigo 289, que comina com as providências administrativas previstas não só as infrações aos preceitos do Código, mas as infrações aos preceitos da legislação complementar. Nesses termos, identificado o descumprimento de quaisquer dessas normas, tem a Agência o poder-dever de aplicar as sanções cabíveis¹⁷. A legislação complementar atual que regulamenta o processo administrativo sancionador, na

¹⁶ Art. 289. Na infração aos preceitos deste Código ou da legislação complementar, a autoridade aeronáutica poderá tomar as seguintes providências administrativas: I - multa; II - suspensão de certificados, licenças, concessões ou autorizações; III - cassação de certificados, licenças, concessões ou autorizações; IV - detenção, interdição ou apreensão de aeronave, ou do material transportado; V - intervenção nas empresas concessionárias ou autorizadas.

¹⁷ Processo SEI nº 00.352.294/0001-10.

agência Nacional de Aviação Civil é a resolução nº 472/2008, que dispõe em seu artigo 3º e seguintes acerca da sanção administrativa¹⁸.

4. DA NORMA SANCIONADORA E DA SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL

4.1. Preliminares

Antes de adentrarmos à aplicação do princípio da proporcionalidade na aplicação de processos administrativos sancionadores, passemos a um exame mais pormenorizado das sanções administrativas no direito atual. A sanção, a meu ver, é a punição ou constrangimento dispensado pela administração àqueles que contrariam a lei em sentido estrito, quer pela ação, quer pela omissão. Em essência, a punição na seara administrativa, não difere daquela vista no direito penal, eis que também é capaz de constranger ou privar o cidadão de suas liberdades. A diferença reside no fato de que o primeiro cuida dos interesses públicos – definidos pelos governantes que dirigem o Estado, enquanto o segundo cuida de bens jurídicos relevantes, sendo a sua incidência mais fragmentária e restrita ao indivíduo.

Sem dúvidas, é difícil definir de forma sucinta a sanção administrativa, mas o seu conceito vem sendo amplamente debatido desde 1999, sobretudo quando da promulgação da Lei nº 9.784/99, e a partir da conjugação de outros institutos jurídicos. Um desses institutos é o conceito de ilícito, próprio do direito penal, que confere maiores contornos ao caráter disciplinador do poder punitivo do Estado. É no Direito Penal e no Direito Processual Penal, portanto, que se acham as sanções afetas ao cerceamento das liberdades humanas. Mas, conforme explicado anteriormente, as sanções penais e administrativas guardam semelhanças, pelo que estão compreendidas no mesmo gênero (ilícito)¹⁹.

¹⁸ Art. 3º O resultado da fiscalização desencadeará a adoção de providência administrativa, caso constatada infração durante ou após a fiscalização. Parágrafo único. As providências administrativas de que tratam o caput deste artigo classificam-se em preventiva, sancionatória e acautelatória.

Art. 4º As decisões de aplicação do tipo de providência administrativa devem seguir o disposto nos Compêndios dos Elementos de Fiscalização - CEF, os quais poderão considerar critérios relacionados ao histórico de providências administrativas adotadas pela ANAC, ao atendimento aos planos de ações corretivas e aos indicadores de risco e de desempenho dos regulados.

¹⁹ “Embora não seja possível que um mesmo fato seja classificado como lícito em um âmbito do ordenamento jurídico e ilícito em outro, é possível que um determinado fato seja classificado como ilícito em algum âmbito

Para uma melhor delimitação do tema, convém dizer que “ilícito” é um comportamento não permitido pela Lei²⁰. E, esse comportamento não permitido pela lei, a doutrina define como “tipo”. Assim, **o tipo é um modelo formal de conduta proibida pela lei**. Na formação de todo e qualquer tipo existe a proteção a bens jurídicos escolhidos pelo Estado, definidos como essenciais para a sociedade ou para a sua existência. E, a sua essencialidade é que determina a necessidade de intervenção do Estado na limitação das liberdades individuais ou na aplicação de sanção aos administrados. Fábio Osório Medina (2020, p. 293) ensina que essa proteção é a razão essencial do tipo. “Um tipo sancionador que não tenha, em sua raiz, um bem jurídico a ser tutelado, é um tipo vazio e incompatível com a Carta Constitucional, que obriga o Direito Sancionador à proteção de valores substantivos (direitos fundamentais)”.

Medina (2020, p. 293) ainda classifica os tipos relativos às sanções administrativas em formal e material. No primeiro, a ilicitude deriva do princípio democrático, ou seja, da vontade do legislador ordinário ou do poder constituinte, que estipula, por meio de um procedimento formal e solene quais os bens foram colocados à cura do poder público. O tipo ou a ilicitude material, por sua vez, corresponde ao bem jurídico em si, e se vincula aos valores básicos daquilo que se pretende proteger.

4.1.1. Do Poder-Dever da Administração.

Definidos o conceito e a classificação do tipo, passo a tratar da competência da Administração Pública para aplicar a norma sancionadora aos seus administrados, especificamente na aplicação de penalidades de que derivam as condutas humanas previstas no tipo. Não é demasiado dizer que a aplicação de penalidades pelo Estado decorre das prerrogativas de que o Estado dispõe para regular a vida em sociedade. Estas prerrogativas são prerrogativas de autoridade, a serem exercidas dentro dos limites da Lei, consoante ao princípio da legalidade previsto na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

regulamentar, porém como irrelevante (juridicamente indiferente) em outro”. Eisele, Andreas. Direito Penal – Teoria do Delito. 1. Ed. Salvador, Juspodivm, 2018.

²⁰ Constituição Federal de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.**

Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2020, p. 96) ensina que essas prerrogativas de autoridade, conferidas ao agente público, são poderes irrenunciáveis que o obrigam a agir conforme o comando normativo a fim preservar o estrito cumprimento da norma. Nos dizeres da doutrinadora:

“Por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder por omissão. Assim, **a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo**; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público.” (g.n.)

Não obstante às prerrogativas da Administração Pública para a edição de normas vale acrescentar que, no exercício da função administrativa, a Administração acha-se inteiramente vinculada ao comando normativo. Assim, uma vez ocorrido o descumprimento normativo, surge para Administração Pública o dever de cumprir o seu dever por meio do regular processo administrativo e a da imposição de sanção. Ressalte-se que a imposição de sanção administrativa é comum aos três poderes da República, porque, a rigor todos esses exercem a função administrativa. Mas, aqui trataremos especificamente da função administrativa típica, ou seja, aquela exercida pelo Poder Executivo cuja função precípua é administrar.

4.2. Da Teoria da Norma Sancionadora

A sanção administrativa é tema complexo e sua definição também se dá a partir de uma Teoria da Norma Sancionadora, que procura estudar com maior precisão as relações jurídicas que envolvem a aplicação de sanções. Nesses termos, a sanção administrativa passou a ser estudada a partir das suas características intrínsecas, e a partir da sua conexão com os demais ramos do Direito.

Em síntese a referida teoria trata da aferição da ocorrência de uma conduta *contra legem*, e, se quando da aplicação da referida sanção, houve o respeito aos princípios do devido processo legal, da legalidade em sentido estrito, da ampla defesa e do contraditório e dos demais direitos e garantias individuais. Assim, trata-se de verdadeira Teoria Constitucional do Direito Punitivo

(Medina, 2020 p. 297), aplicada ao Direito Administrativo. A seguir, veremos os institutos próprios do direito punitivo que balizam a teoria norma sancionadora em sede administrativa.

4.3. Da Irretroatividade da Norma Sancionadora.

A mesma teoria também cuida da operacionalização das sanções e dos limites e alcances da administração na aplicação de penalidades. Um exemplo disso é a aplicação da “**irretroatividade da norma sancionadora mais gravosa**”. Notadamente, trata-se da ideia de irretroatividade da “*lex gravior*”, extraída do Direito Penal²¹ e nos precedentes jurisprudenciais. Medina (2020, p. 298) afirma que a aplicação do referido princípio “decorre, em realidade, dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, ambos de origem constitucional, mostrando-se inviável interpretar o sistema de modo a sancionar condutas, que, antes, não admitiam determinadas sanções, eram lícitas ou não proibidas pela ordem jurídica.”

Uma característica importante que cabe ser destacada na aplicação dos princípios da irretroatividade da norma sancionadora e do princípio da legalidade é a distinção de normas materiais e de normas processuais, as quais se submetem também as normas punitivas administrativas, apesar de isto não ser pacífico. As primeiras são regidas pelo princípio da legalidade em sentido estrito, ao passo que as segundas são regidas pela lei do seu tempo (*tempus regit actum*)²². A rigor quando da alteração das normas, aquelas afetas ao processo administrativo seguem as regras do direito processual penal (de vigência) e as normas materiais, ao tempo em que foram editadas.

À guisa de entendimento, na seara administrativa, o referido tema foi enfrentado pela Procuradoria Federal Especializada junto à ANAC, no Parecer nº 00154/2015/DDA/PFANAC/PGF/AGU, e seguido pela Assessoria de Julgamento de Autos em Segunda Instância:

²¹ “A nova lei que, de qualquer modo, prejudica o réu (*lex gravior*) também é irretroativa, devendo ser aplicada a lei vigente quando do tempo do crime. Trata-se, como na hipótese primeira (*novatio legis* incriminadora), de observância da lei ao princípio da anterioridade, corolário do princípio da legalidade”. Rogério Sanches Cunha, Manual de Direito Penal, Parte Geral, p. 133.

²² Código de Processo Penal. Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

11. Em regra, 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. A CR/88 no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, que autorizou o legislador ordinário a estabelecer a retroatividade da norma, desde que não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

12. A vigência imediata das normas da ANAC, incluindo sua aplicabilidade aos processos administrativos em curso, fundamenta-se no próprio art. 47, I da Lei nº 11.182/2015. Ou seja: a norma tem aplicação imediata e geral, incidindo sobre as atividades reguladas por ela abrangidas. Não se trata de efeito retroativo da norma, mas, sim, de efeito imediato (regra geral). **As alterações normativas buscam modelar condutas futuras, principalmente em matéria de direito administrativo sancionador.**

13. Sobre a possibilidade de aplicação retroativa das normas (especialmente aquelas que estabelecem sanções), a Procuradoria já se manifestara no sentido de que, a *priori*, o princípio de retroação dos efeitos benéficos da legislação posterior penal não alcança o direito sancionador decorrente do poder de polícia administrativa, tema, inclusive, enfrentado cotidianamente pela doutrina e pela jurisprudência: "Não raro a doutrina e jurisprudência pátrias confundem o gênero "Direito Sancionador" com as espécies que o integram: Direito Penal, Direito Administrativo Punitivo, Direito Ambiental, entre outros. Com efeito, na seara penal, por expressa disposição constitucional (art. 5º, XL) e legal (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal) se aplica o regime da retroatividade da Parecer 585 (3025811) SEI 00068.500398/2016-71 / pg. 4 norma penal mais benéfica. Este mecanismo, porém, não é inerente ao Direito Sancionador. Pelo contrário, é peculiar a uma das espécies que o integram, o Direito Penal, não sendo automaticamente extensível às demais espécies (notadamente ao Direito Ambiental).

15. Não se pode desconsiderar que existe a possibilidade de retroatividade de norma administrativa mais benéfica. FÁBIO MEDINA OSÓRIO na obra Direito Administrativo Sancionador - 4ª edição - Editora RT., **trata do tema e traz exatamente a distinção entre o direito penal (onde a retroatividade é regra) e o direito administrativo sancionador (ou punitivo), onde a retroatividade não é regra e está atrelada a uma análise de bem jurídico tutelado e valores sociais envolvidos na mudança normativa, além é claro de observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.** Mas, no caso aqui analisado, é importante distinguir as hipóteses em que há alteração legal (o que corresponderia à mudança do próprio Código Brasileiro de Aeronáutica) das hipóteses de alteração normativa infralegal.

16. Raciocina o doutrinador: "Outra situação ocorre quando há alterações de normas subjacentes a outras normas. Tal problema aparece nas normas em branco, estruturas abertas, como se sabe, que se completam a partir de outras normas, não importa a origem ou o status. Imperioso atentar ao conteúdo das valorações subjacentes à norma jurídica inovadora e à norma substituída. Se há uma mudança radical de valores, se o legislador modifica uma orientação axiológica tida, em regra, como permanente, em face de critérios científicos ou de profundas alterações nos paradigmas sociais, é possível cogitar de retroatividade das normas mais benéficas, sob o influxo do princípio da igualdade, diante do silêncio da lei. Vale repetir: esse cenário se dá quando as normas sancionadoras vêm preenchidas por normas completivas, nas chamadas estruturas sancionadoras, tão somente." (p. 281)

17. No presente caso, as alterações promovidas na Resolução nº 25, de 2008, são relacionadas à regulamentação e à fiscalização dos serviços públicos de titularidade da União (nos termos do art. 21, XII, 'c', da Constituição Federal), conforme as condutas ilícitas descritas no CBA e às respectivas penalidades aplicáveis. O que a norma administrativa fez (ao inovar) foi mudar a sanção estabelecendo a possibilidade de aplicação de multa (pena pecuniária) para fatos que antes eram (ou deveriam ter sido) objeto de apuração e aplicação de outras penalidades. (...) 3. 7.2.3. Quanto às alterações normativas promovidas no Anexo III da Resolução ANAC nº 25/2008 que excluem deste ou que alteram a previsão da aplicação de sanção pecuniária a determinadas condutas, deve-se aplicar a um caso concreto a previsão vigente à época dos fatos: ou a alteração superveniente da norma importa sua aplicação imediata a todos os Parecer 585 (3025811) SEI 00068.500398/2016-71 / pg. 5 processos ainda em curso? Em outras palavras, a revogação ou supressão da previsão de sanção pecuniária, ocorrida em data posterior aos fatos apurados, ainda que sem a alteração da obrigação na norma material, impõe o reconhecimento da extinção da aplicabilidade de multa aos casos afetados? Se for este o caso, o resultado final do processo, em se concluindo pela ocorrência de violação à regulamentação da Agência, seria o arquivamento (por ausência de previsão atualmente vigente na Resolução ANAC nº 25/2008) ou seria a aplicação de sanção não pecuniária (suspensão ou cassação)?

Resposta da Procuradoria Federal: nos termos da fundamentação e resposta ao quesito anterior, recomenda-se a apuração com a potencial aplicação das penalidades vigentes à época do cometimento das infrações. A retroatividade ou não de uma sanção administrativa (considerada possibilidade rara e absolutamente excepcional) não se confunde com a simples não imposição de sanção por ter sido ela retirada do arcabouço normativo. **A conduta, como regra, deve ser avaliada e punida à luz das normas vigentes no momento de sua prática, salvo hipóteses específicas existentes em outros ramos do direito.** 4. 7.2.4. A alteração do valor previsto para a penalidade pecuniária influencia a dosimetria da sanção aplicada a fato praticado em data anterior à modificação? Resposta da Procuradoria Federal: vide fundamentação e comentários aos quesitos anteriores. (g.n).

No caso concreto, o referido PARECER concluiu que a multa correspondente à infração deve ser baseada à época do fato, preservando o entendimento de que às normas administrativas aplicam-se o princípio da legalidade, porque a alteração normativa, *in casu*, mudou a natureza da sanção, estabelecendo a possibilidade de “*aplicação de multa para fatos que antes eram objeto de apuração e aplicação de outras penalidades baseadas na norma à época do fato*”. Repise, que a douda Procuradoria pontua haver uma distinção clara na aplicação do princípio da irretroatividade (da lei mais gravosa) e de outros previstos na norma penal, no direito administrativo sancionador. Isto porque, consoante ao prof. Dr. Fábio Osório Medina, o direito administrativo sancionador (em que pese abrangido pelos princípios e garantias previstos na Constituição Federal) tem identidade e sentido próprios.

Ao analisarmos o referido entendimento, de fato não há se falar numa presunção dos institutos garantidores do direito penal e de seus princípios ao direito administrativo sancionador. Mas, é certo que não se pode ignorar os fatores normativos que compreendem todo o direito, no campo punitivo. Portanto, situações como esta demandam decisões equilibradas à luz da complexidade de ambos os ramos direitos em análise (Direito Penal e Direito Administrativo). Entendo, que esse confronto entre o direito penal e o direito administrativo não se trata de antinomia²³, mas de verdadeira integração entre as normas existentes e a sua compatibilização com o direito atual.

Impende ressaltar que, sob o ângulo da razoabilidade, a irretroatividade da norma sancionadora mais grave tem como consequência também a **retroatividade da norma mais benéfica**²⁴. Não há dúvidas de que, na órbita do direito penal, vige, em sua plenitude o princípio da retroatividade da norma mais benéfica, em homenagem a garantias constitucionais expressas e a uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes (MEDINA, 2020, p. 301). E, de acordo com o referido pensamento, se a escolha realizada para o entendimento do Direito Penal é a da razoabilidade e o da ponderação dos bens jurídicos, não assiste razão para a não aplicação do referido princípio aplicável ao Direito Punitivo em geral, aí entendido o direito administrativo sancionador.

No entanto, o raciocínio anterior, a Procuradoria Federal junto à ANAC, manteve o entendimento de que às normas administrativas aplicam-se o princípio da legalidade, na análise da **retroatividade da norma mais benéfica**, no Parecer nº 143/2015/PROT/PFANAC/PGF/AGU:

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 exercer este poder, a Administração precisa realizar um processo administrativo que garanta ao administrado o pleno gozo das garantias

²³ A antinomia jurídica se caracteriza por normas incompatíveis entre si, sendo que, para que ela ocorra, é necessário que as duas normas pertençam ao mesmo ordenamento jurídico e que tenham o mesmo âmbito de validade: temporal, espacial, pessoal e material (BOBBIO, 1999, p. 86-88). Para Grau (2003, p. 182), a antinomia resulta do conflito entre regras jurídicas, ou seja, de uma situação de incompatibilidade entre regras - desde que ambas pertençam ao mesmo ordenamento e tenham o mesmo âmbito de validade -, que conduz à necessidade de uma delas ser eliminada do sistema. Antinomias jurídicas e previsões legais esparsas: um enfoque às competências da CTNBio.

²⁴ Art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

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.

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

4.4. Do Princípio do “*non bis in idem*”.

O princípio do *non bis in idem*²⁵ acha-se estritamente ligado princípio da legalidade possui reflexos no direito administrativo sancionador. Em síntese, o princípio do *non bis in idem* significa dizer que ninguém pode ser condenado ou processado pelo mesmo fato mais de uma vez. Por certo, o referido princípio teve o seu caráter aperfeiçoado no decurso do tempo, mas para além do tecnicismo, relaciona-se à ideia de justiça. De acordo com Medina (2020, p. 305), “tal princípio, em nosso sistema está constitucionalmente conectado às garantias da legalidade, proporcionalidade e, fundamentalmente, devido processo legal, implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88”.

²⁵ TPI. Art. 20. *Ne bis in idem*. 1. Salvo disposição em contrário do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2 – Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

Como mencionado, o princípio do *non bis in idem*, dentro da lógica administrativa, tem consigo uma alta valoração. Isto porque, não se trata de um princípio expressamente positivado, mas advém da clara (e necessária) limitação ao *jus puniendi* do Estado, próprio do Direito Penal. Aqui, menciono a sua importância no Direito Administrativo Sancionador, principalmente porque impeditivo de processos punitivos contrários aos princípios que dirigem a disciplina.

Medina (2020, p. 308), rechaça o papel secundário do referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro, que entende ter a sua aplicação bastante limitada no direito brasileiro, e confere ao instituto uma hermenêutica própria (uma proposta geral), consistente numa maior densidade a partir dos princípios constitucionais relativos ao processo administrativo sancionador. Ante o descrito pelo doutrinador, vê-se que o referido princípio compreende múltiplos aspectos dos princípios ora em análise (legalidade, proporcionalidade e razoabilidade e devido processo legal). Aliás, este o coloca, desde logo, como norma constitucional, que se extrai do conjunto de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O princípio é tema recorrente na análise dos processos administrativos sancionadores da Agência Nacional de Aviação Civil, emitidos em face das administrações aeroportuárias. Em decisão (monocrática), a ANAC, no processo SEI 00065.064486/2019-78, decidiu pela aplicação do princípio do *non bis in idem*, nos seguintes termos:

[...]

É que a infração imputada no Auto de Infração nº 010286/2019 aponta para o fato de o autuado deixar de manter as áreas verdes inseridas na área operacional de forma a não propiciar condições para atração de fauna. E, a referida conduta foi devidamente apurada no âmbito do processo 00065.064510/2019-79, inaugurado pelo auto de infração nº 010288/2019, sendo aplicada a penalidade de multa ao regulado.

A penalidade de multa foi aplicada porque o autuado deixou de implantar e manter um sistema de proteção da área operacional do aeródromo, composto de infraestrutura e procedimentos adequados ao seu entorno, a fim de prevenir entrada de animais e objetos que constituam perigo às operações aéreas e conter acesso não autorizado, premeditado ou inadvertido de veículos ou pessoas.

O princípio do *non bis in idem* impede a Administração Pública de impor uma segunda sanção administrativa a quem já sofreu uma primeira pela prática da mesma. É dizer que, uma vez imposta a sanção administrativa, não é lícita a imposição de nova sanção pelo mesmo fato, pois a sanção adequada e proporcional prevista na Lei pressupõe uma única aplicação para cada conduta delituosa.

Por esse motivo, com vistas ao prosseguimento do processo nº 00065.064510/2019-79 (Auto de Infração nº 010288/2019), em que houve

entendimento pela aplicação de penalidade, sugere-se o **arquivamento** do Auto de Infração nº 010286/2019, no âmbito do Sistema Eletrônico de Informações – SEI/ANAC.

Ao contrário dos demais princípios anteriormente mencionados, o princípio do *bis in idem*, encontra maior aceitação e compõe parte das decisões administrativas, sobretudo em primeira e segunda instâncias pela Agência Nacional de Aviação Civil. O caso em análise teve como infração a seguinte ementa:

DESCRIÇÃO DA EMENTA: Operador de aeródromo civil público (exceto helipontos e heliportos) - Deixar de manter as áreas verdes inseridas na área operacional de forma a: não interferir na visualização dos auxílios visuais e de navegação aérea; vegetação não se configurar em obstáculo à navegação aérea; não propiciar condições para atração de fauna (ocorrências a partir de 04/12/2018).

No entanto, o autuado, na mesma fiscalização, fora punido pela conduta, descrita na ementa a seguir:

Operador de aeródromo civil público (exceto helipontos e heliportos) - deixou de implantar e manter um sistema de proteção da área operacional do aeródromo, composto de infraestrutura e procedimentos adequados ao seu entorno, a fim de prevenir entrada de animais e objetos que constituam perigo às operações aéreas e conter acesso não autorizado, premeditado ou inadvertido de veículos ou pessoas.

Assim, percebe-se que ao deixar de manter um sistema de proteção da área operacional do aeródromo composto de infraestrutura e procedimentos adequados ao seu entorno, a fim de prevenir entrada de animais, o autuado também deixou de manter as condições de modo a não propiciar a atração de fauna, pelo que já havia sido regularmente autuado, notificado e sancionado por esta conduta. Aqui, a sua aplicação tem um caráter limitado, eis que, conforme visto em parecer da PROCURADORIA FEDERAL, os princípios e institutos próprios do direito administrativo aplicam-se a esta seara do direito.

O princípio do *bis in idem* não tem previsão normativa pela ANAC, mas vem sendo aplicado, na esteira dos princípios aplicáveis ao direito administrativo sancionador e aqueles inscritos no artigo 10 da Resolução nº 472/2008²⁶. Entretanto, mesmo quando do seu reconhecimento, na seara administrativa, a sua aplicação é bastante limitada ao caso concreto

²⁶ Art. 10. Na condução dos processos administrativos de que trata esta Resolução serão observados, dentre outros, os princípios da legalidade, publicidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

envolvendo condutas semelhantes, no âmbito da mesma fiscalização. E, aqui há de ser reconhecido um problema, pois ao mesmo tempo que não se tem o reconhecimento normativo do referido instituto pela entidade sancionadora, há o seu reconhecimento e a sua aplicação, quando da análise e julgamento de autos de infração em espécie, fazendo parecer que não há uma unidade na aplicação do referido princípio.

A ANAC, apesar de não dispor do referido princípio expressamente ou de ter um normativo consolidado, regulamentou uma das hipóteses de *non bis in idem*, por meio do enunciado nº 10/JR/ANAC – 2010, que prevê que “o agravamento da sanção pelo número de reclamações registradas em relação ao mesmo fato aplica-se somente aos casos em que um mesmo fato atinge uma multiplicidade de usuários do serviço”.

A saber:

ENUNCIADO Nº 10/JR/ANAC - 2010

TÍTULO: Agravamento da sanção pelo número de reclamações de passageiros registradas em relação ao mesmo fato.

DATA DA APROVAÇÃO: 105ª Sessão de Julgamento da Junta Recursal da ANAC, de 25.11.2010

ENUNCIADO: O disposto no parágrafo único do artigo 10 da Resolução ANAC nº 25/08 aplica-se somente aos casos em que um mesmo fato atinge uma multiplicidade de usuários do serviço, como ocorre quando há atraso ou cancelamento de voo. Dessa forma, **não há que se falar na aplicação da referida norma quando temos uma multiplicidade de fatos, todos autônomos, cada um atingindo um único passageiro, a exemplo do que se verifica na preterição por excesso de venda de passagens.**

REFERÊNCIA NORMATIVA art. 10, § único, I da Resolução n. 25/08 e art. 58, §1º, VI da Instrução Normativa nº 08/08.

(Grifou-se)

Em síntese, entendo que o princípio do *non bis in idem*, é senão o mais importante, posto que, dentre aqueles que orientam o processo administrativo sancionador, é o que melhor se harmoniza dentro de critérios racionais e justos. O princípio é de todos os institutos, o que melhor impede a multiplicação de demandas aos processos punitivos pelos mesmos fatos, sujeitos e fundamentos; o impedimento de aplicação de sanção desmesurada; simplifica eventual concurso de normas; e, atribui a sanção um caráter proporcional e justo quando da aplicação de uma sanção pelo Estado a empresas e cidadãos.

4.5. Da Infração Continuada

Após uma melhor compreensão do Direito Administrativo Sancionador, tem-se que a aplicação da norma sancionadora também comporta mudanças. Dentro desse quadro, demandas mais específicas dos próprios administrados, no campo do direito administrativo foram surgindo, e conseqüentemente uma maior necessidade de a própria Agência rever decisões e regulamentar esse ou aquele instituto. Em que pese não haver referências ao instituto da infração continuada no âmbito administrativo, algumas posições já foram tomadas, acerca do tema na seara administrativa.

A infração continuada²⁷ diz respeito ao cometimento de duas ou mais infrações administrativas da mesma espécie nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devendo estas infrações serem consideradas como a continuação da primeira conduta, considerando-a como agravante ou qualificadora da infração administrativa. **O instituto tem em sua gênese a aplicação de penalidade em medida proporcional à conduta do agente, impedindo a aplicação de punição ilógica no cometimento de um ilícito (administrativo ou penal).**

A despeito de não haver uma norma que discipline o tema, no direito administrativo, este encontra precedentes no Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO – SUNAB DELEGADA N. 4 – INCIDENCIA NA VENDA DE CONFECÇÕES FINAS – INFRAÇÕES CONTINUADAS. *omissis*. II- A punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teleológica, com a sanção penal. **E correto, pois, observar-se em sua aplicação, o princípio consagrado no art. 71 do Código Penal.** III- Na imposição de penalidades administrativas, deve-se tomar como infração continuada, a serie de ilícitos da mesma natureza, apurados em uma só autuação. (REsp 19560 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 1992/0005193-6 Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096) DJ 18.10.1993 p. 21841)

²⁷ artigo 71 do Código Penal nos fornece, portanto, os requisitos indispensáveis à caracterização do crime continuado ou da continuidade delitiva, que se constituem na prática de mais de uma ação ou omissão, tendo como resultado dois ou mais crimes da mesma espécie, que pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro, o que conduzirá à aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticas, aumentadas de 1/6 até 2/3, ou a aplicação da mais graves das penas, se diversas, aumentada de 1/6 até 2/3, ou, ainda, nos crimes dolosos contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, a aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a aplicação da mais grave das penas, se diversas, aumentadas em quaisquer hipóteses até o triplo." (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática. 13ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 315

E, conforme se denota, alguns órgãos e entidades do Poder Executivo Federal passaram a tratar do tema, no âmbito dos processos administrativos sancionadores, a fim de se buscar uma finalidade (e sentido) na aplicação da pena aos seus administrados. Nesse sentido, trago a evolução normativa, prevista pela própria Agência Nacional de Aviação Civil, que costumeiramente julgava os autos de infração, desconsiderando-se o instituto penalizador da infração continuada próprio do direito penal.

No PARECER Nº 919/2019/JULG ASJIN/ASJIN, a Agência Nacional de Aviação Civil, emitiu a seguinte decisão quanto a arguição de ‘infração continuada’ pelo autuado:

[...]

22. Quanto ao argumento de aplicação da infração continuada, observe-se. 23. Tal instituto, presente no direito criminal, não encontra aplicabilidade nos processos administrativos sancionadores desta agência, uma vez que não se acha previsto nas normas de âmbito deste ente público. 24. A administração pública é regida pelo princípio da legalidade estrita, que prevê sua atuação totalmente adstrita às prescrições legais. Desse modo, a administração só pode agir se houver um comando legal nesse sentido. A obediência ao princípio da legalidade está consagrada no direito pátrio, encontrando-se comando expresso dela no caput do art. 37 da Constituição Federal e no caput do art. 2º da Lei nº 9.784/99. 25. Já na doutrina, Alexandre Santos de Aragão bem define esse princípio: "O princípio da legalidade administrativa significa, então, nessa acepção, que a Administração Pública, ao contrário do particular, que pode fazer tudo o que a lei não proíba, só pode fazer aquilo que a lei esteie". (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 62)

[...]

28. Dessa forma, resta clara a inaplicabilidade da infração continuada, já que esta não se encontra legalmente prevista no âmbito desta agência e a administração está limitada ao cumprimento estrito do que estiver previamente determinado ou autorizado por lei. 29. Destaque-se, ainda, que no direito criminal a aplicação do instituto do crime continuado depende de que alguns critérios, estabelecidos e elencados no dispositivo legal que prevê a incidência do instituto, art. 71 do Código Penal, sejam preenchidos. Como inexistente previsão legal para aplicação desse instituto aos processos administrativos sancionadores desta agência, também não existem critérios para sua configuração. Impossível, assim, definir o que seria continuidade infracional no âmbito das normas de aviação civil. Por isso, não é praxe deste órgão decisor de segunda instância aplicar tal instituto. Tome-se como exemplo a decisão deste órgão no Processo de n. 60800.018591/2010-68, AI 1552/2010 (SEI 0882277) em que se negou a aplicação do referido instituto segundo esse entendimento: **30. Por mais que a interessada entenda que a infração possa ter ocorrido de forma continuada, não há amparo legal no direito administrativo para tal, ou seja, não há até o presente momento normatização que estipule e defina as características de uma infração continuada na esfera administrativa.** Dessa forma, vale ressaltar que não

foram desrespeitados princípios constitucionais, e até o presente momento as infrações cometidas pela interessada devem ser consideradas como distintas

Mas, apesar do exposto pelo parecer da PROCURADORIA FEDERAL, o tema vinha sendo suscitado, em sede de defesa pelos autuados, na primeira e segunda instâncias da Agência. E, seguindo os preceitos de razoabilidade e proporcionalidade, sobretudo quando do julgamento dos recursos dos regulados, a ANAC houve por bem incluir o instituto da infração continuada no corpo da Resolução nº472/2018, sob a ótica do direito administrativo sancionador, e em atendimento as garantias previstas no corpo do texto constitucional.

De fato, havia situações em que a penalidade cominada, pela reiteração de condutas menos graves, acabava por gerar distorções com a aplicação de sanções muitas vezes maiores do que aquelas previstas para condutas mais graves no anexo da Resolução nº472/2018. Por certo, a positivação do referido instituo vem tarde, mas em tempo de conferir maior racionalidade ao processo administrativo sancionador. Para tanto, a ANAC publicou a Resolução nº 566, de 12.06.2020, que trata da infração administrativa de natureza continuada tratou da infração continuada, nos seguintes termos:

Art. 1º A Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, publicada no Diário Oficial da União de 7 de junho de 2018, Seção 1, páginas 74 a 83, que estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 32. § 2º As decisões que cominarem sanções deverão discriminar a prática de cada uma das infrações cometidas, observado o art. 37-A desta Resolução.” (NR) “CAPÍTULO II Seção IX-A Da Infração Administrativa de Natureza Continuada Art. 37-A. **Poderá ser caracterizada infração administrativa de natureza continuada a prática, pelo mesmo regulado, de mais de uma ação ou omissão que configurem infração administrativa de natureza idêntica, apuradas em uma mesma oportunidade fiscalizatória.** Parágrafo único. Será afastada a caracterização da infração continuada quando constatada a existência de prática ou circunstância que evidencie violação, pelo agente infrator, ao dever de lealdade e boa-fé que rege as relações entre administrado e Administração. Art. 37-B. Caracterizada a natureza continuada das condutas infracionais, nos termos do art. 37-A desta Resolução, será aplicada multa, considerando-se o patamar médio da tabela constante na Resolução específica vigente à época da infração, calculada de acordo com a seguinte fórmula:

Valor total da multa = valor da multa unitária * quantidade de ocorrências1/f

Em que a variável “f” assume um dos seguintes valores:

$f_1 = 1,85$ quando não verificada qualquer circunstância descrita nos incisos I a V do § 2º do art. 36 desta Resolução. $f_2 = 1,5$ quando verificada ao menos uma das circunstâncias descrita nos incisos I a V do § 2º do art. 36 desta Resolução. $f_3 = 1,15$ quando verificadas, cumulativamente, as circunstâncias descritas no inciso III e no inciso IV do § 2º do art. 36 desta Resolução.

§ 1ª A verificação de cada circunstância descrita nos incisos I a III do § 1º do art. 36 desta Resolução ensejará o acréscimo de 0,15 ao valor da variável “f” a ser aplicada. § 2º Valores diferentes de f_1 , f_2 e f_3 poderão ser definidos em Resolução específica que disciplina a matéria objeto da autuação.

A norma trouxe consigo uma gradação quanto às circunstâncias agravantes já previstas no corpo da Resolução, tendo como punição a multiplicação das ocorrências à razão do número de agravantes previstas no art. 36 § 2º, da Resolução 472/2018 da ANAC. Contudo, em que pese haver um avanço no reconhecimento do referido instituto aos processos administrativos sancionadores da ANAC, entendo que o referido instituto deveria ser ter a sua aplicação de modo mais simples, principalmente porque as agravantes já são elementos a serem considerados *per si* quando o autuado incorre em uma determinada infração.

4.6. Outros institutos aplicáveis ao processo administrativo sancionador.

Os postulados mencionados anteriormente são, de fato, aqueles que se mostram presentes com maior destaque nos processos administrativo sancionadores, sobretudo quando da análise dos processos administrativos das Agência Reguladores. Isto porque são princípios dotados de maior valoração quanto à proporcionalidade das regras e das sanções aos regulados. As agências, como a ANAC, detêm competência (quase) exclusiva para a regulamentação afetas à aviação comercial e a infraestrutura aeroportuária.

Nesse ponto, subsiste tecer algumas considerações acerca de alguns outros princípios igualmente aplicáveis, em que pese não serem tão recorrentes nos processos, quer da Agência. O princípio da **subsidiariedade** serve para definir a aplicação de uma norma no pressuposto de que uma delas somente entra em jogo quando a outra não o faça (Medina, 2020, p. 361). Significa que alguns tipos penais estão imbricados noutros, de tal maneira que prevalece a aplicação da sanção mais grave. No direito penal, p. ex.,

o crime de roubo²⁸ exclui o ilícito de ameaça, dado que o elemento subjetivo do injusto se trata de uma elementar do tipo.

O referido princípio, basilar no direito penal, a rigor é pedra angular no direito geral. E, seu caráter limitador e racional também deveria de ser seguido na seara administrativo, que em princípio estabelece para os seus administrados normas sem vocação subsidiária. Portanto, mais difícil entender quais os bens jurídicos que se pretende proteger, e, se, de fato, as normas e as sanções efetivamente cumprem o seu papel de pôr a salvo o interesse público. Um exemplo de aplicação do referido princípio pela Agência Nacional de Aviação Civil, se deu por meio da construção da súmula nº 02.

SÚMULA ADMINISTRATIVA ANAC Nº 002/2019

ENUNCIADO: Não cabe a aplicação de agravante quando a circunstância for inerente à prática infracional.

O princípio da **alternatividade** é um princípio previsto no direito penal, que corresponde a aplicação da sanção mais grave. A alternatividade, de certa forma, confunde-se com a própria noção de subsidiariedade. De acordo com a regra de alternatividade, na hipótese de uma mesma conduta corresponder a várias normas jurídicas, aplica-se a sanção mais gravosa ao caso. De acordo com Medina (2020, p. 362), o referido princípio procura uma maior cobertura legal dos ilícitos.

O **princípio da consunção** diz respeito à absorção de um tipo menos grave, se necessário para o cometimento de um tipo mais grave. Um exemplo suficientemente claro da aplicação do princípio da consunção é o descrito na Súmula 17 do STJ, que determina que “quando o crime de falsificação se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”. Em matéria de direito sancionador, (Medina 2020, p. 363), quando se fala no princípio da consunção, não se está a aprofundar a este debate, “sob a ótica da Teoria Geral do Direito, mas sim um plano concreto da dogmática punitiva, onde resulta necessário viabilizar a aplicação de uma norma em detrimento de outra, sob pena de incorrer em *bis in idem*” .

²⁸ Código Penal. Art. 157 Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade, no direito administrativo sancionador, buscou trazer uma melhor compreensão da disciplina dentro de um contexto aplicável a realidade da Agência Nacional de Aviação Civil. Aqui, pretendi ampliar a discussão acerca dos institutos próprios da disciplina (direito sancionador), e a sua aplicação, num contexto de expansão do direito administrativo contemporâneo.

Como demonstrado, o direito administrativo atual difere sobremaneira daquele positivado e construído nos anos 90. Muitas foram as mudanças pelas quais passaram o direito administrativo, e, hoje o que se vê é uma moderna compreensão quanto ao papel dos princípios constitucionais aplicáveis aos atos da Administração Pública. Sob esse enfoque, a efetivação dos princípios da legalidade, do devido processo legal, da proporcionalidade e da razoabilidade, dentre outros, permitem aos operadores do direito e à Administração Pública uma melhor compreensão sobre o poder-dever de punir do Estado.

O autor decidiu tratar especificamente acerca do princípio da proporcionalidade, porque na visão do autor, é aquele que melhor tangencia as normas e institutos de direito penal, presentes ou aplicáveis direito administrativo atual, sobretudo nas Agências Reguladoras. O direito administrativo, atual, converge para um processo jurídico-administrativo de menor protagonismo do Estado na oferta de serviços públicos e maior incidência sobre os direitos e liberdades dos particulares. E, ao estabelecer para os seus administrados regras de conduta, o Estado tem o dever de agir de forma proporcional, adequando, portanto, a sanção cominada pela conduta indesejada e a finalidade pública que se pretende atingir.

REFERÊNCIAS

Osório, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador** / Fábio Medina Osório. 7. Ed. Rev. e atual. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo**. 33.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Direito Administrativo Sancionador : estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello / José Roberto Pimenta Oliveira (coordenador). – São Paulo: Malheiros, 2019.

Cortez, Danielle Martins da Câmara. **O direito administrativo sancionador e o princípio da culpabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas** / Danielle Martins da Câmara Cortez. - Natal, 2017. 64f.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

Roberto Barroso. **OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL**. Boletim de Direito Administrativo – março/97

A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. Luiz Carlos Bresser Pereira

O princípio da proporcionalidade nos quadros da dogmática contemporânea – análise de alguns casos, recentes e relevantes, da jurisprudência brasileira, em que incide tal princípio. José Manoel Arruda Alvim Neto.

Constituição Federal de 1988

Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro, de 1940.

Constituição Americana