



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

HENRIQUE HIEBERT

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA INFRAÇÃO
CONTINUADA NO ÂMBITO DA AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRA**

Palhoça

2019

HENRIQUE HIEBERT

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA INFRAÇÃO
CONTINUADA NO ÂMBITO DA AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Gestão e Direito Aeronáutico, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Especialista em Gestão e Direito Aeronáutico.

Orientação: Prof. Dr. Giovani de Paula

Palhoça
2019

HENRIQUE HIEBERT

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA INFRAÇÃO
CONTINUADA NO ÂMBITO DA AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRA**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Especialista em Gestão e Direito Aeronáutico e aprovada em sua forma final pelo Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* em 11/09/2019, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 11 de setembro de 2019.

Professor orientador: Dr. Giovani de Paula
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Cleo Marcus Garcia, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

RESUMO

Esta pesquisa visa estudar a possibilidade de aplicação do instituto da infração continuada no âmbito administrativo na aviação civil brasileira, dentro da esfera de atuação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e do Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA. Verificou-se que embora o instituto da continuidade delitiva encontre-se previsto no Brasil de forma explícita na esfera penal, não existe normativo de aplicação geral no âmbito federal que defina o que seria uma infração continuada dentro do Direito Administrativo e quais seriam os requisitos para sua configuração. Apesar disso, observa-se que em diversos casos – contrastando com decisões administrativas de órgãos federais de regulação – o judiciário, valendo-se da similaridade dos casos com a esfera penal, reconhece sua incidência em casos concretos e determina sua aplicação em processos administrativos sancionadores, inclusive sem levar em consideração os critérios de exasperação de pena previstos no Código Penal. Nesse sentido, os resultados desta pesquisa sugerem que a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, assim como as demais agências reguladoras, devem procurar inserir em sua normatização de forma específica e detalhada a possibilidade ou não de aplicação do instituto da infração continuada em sua seara de atuação, a fim de assim reduzir a chance de que suas decisões administrativas fiquem sujeitas à interferências do poder judiciário, buscando-se desta forma maior eficácia em sua fiscalização. Com relação ao DECEA, esta pesquisa demonstra que o instituto da infração continuada já está normatizado naquele órgão, podendo assim ser aplicado aos casos concretos.

Palavras-chaves: Infração continuada; Infração administrativa continuada; Continuidade delitiva; Direito administrativo; Aviação civil; ANAC; DECEA.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. PODER DE POLÍCIA, SANÇÃO E O INSTITUTO DA INFRAÇÃO CONTINUADA	7
2.1. Poder de polícia, finalidade da sanção e diferenciação entre as sanções administrativas e as sanções penais.....	7
2.2. Origem do instituto da continuidade delitiva e sua natureza jurídica.....	12
2.3. Instituto da continuidade delitiva na legislação penal brasileira e requisitos para sua configuração.....	13
2.4. Instituto da infração continuada no direito administrativo brasileiro e manifestações da Advocacia-Geral da União a respeito do assunto.....	15
2.5. Infração continuada e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na doutrina brasileira.....	17
2.6. Acórdãos relacionados ao tema e comentários pertinentes.....	20
3. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRA, PROPOSTAS LEGISLATIVAS RELACIONADAS AO INSTITUTO DA INFRAÇÃO CONTINUADA E A POLÍTICA DE APLICAÇÃO DE SANÇÃO EM OUTRAS AUTORIDADES DE AVIAÇÃO CIVIL.....	28
3.1. Poder de polícia e processo administrativo sancionador da ANAC.....	28
3.2. Processo administrativo sancionador do DECEA.....	33
3.3. Estudos de caso - processos administrativos sancionadores da ANAC.....	35
3.3.1 Processo 00068.003477/2016-38.....	35
3.3.2 Processo 00066.052932/2012-15.....	38
3.3.3 Processo 00066.039844/2014-90.....	40
3.4. Propostas legislativas relativas ao instituto da infração continuada.....	43
3.4.1 Projeto de Lei nº 10.083/2018.....	43
3.4.2 Anteprojeto de Lei.....	47
3.5. A política de aplicação de sanções em outras autoridades de aviação civil.....	48
3.5.1 A política de aplicação de sanção na autoridade de aviação civil dos Estados Unidos da América – <i>Federal Aviation Administration - FAA</i>	49
3.5.2 A política de aplicação de sanção na autoridade de aviação civil europeia - <i>European Union Aviation Safety Agency – EASA</i> – Agência Europeia para a Segurança da Aviação Civil.....	51
4. RESULTADOS DA PESQUISA.....	54
5. CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	61

1. INTRODUÇÃO

A atividade de aviação civil brasileira é regulada pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, em conformidade com o disposto no art. 5º da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005¹ – que criou a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e estabeleceu esta autarquia especial como autoridade de aviação civil. Embora a ANAC seja responsável por praticamente toda a regulação da aviação civil brasileira, é importante observar que compete ao Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), organização do Comando da Aeronáutica (COMAER), planejar, gerenciar e controlar as atividades relacionadas com o controle do espaço aéreo, com a proteção ao voo, com o serviço de busca e salvamento e com as telecomunicações do Comando da Aeronáutica, conforme art. 19 do Decreto nº 6.834, de 30 de abril de 2009, de acordo com a redação dada pelo Decreto nº 7.245, de 28 de julho de 2010.

Atualmente, a ANAC, ao exercer o seu poder de polícia através da atividade de fiscalização, se depara com inúmeras situações que resultam na aplicação de sanção administrativa de multa aos seus entes regulados, e em muitos casos as irregularidades verificadas acontecem de forma repetida, com uma mesma ação ou omissão na origem. Algumas situações, entre diversas outras, podem ser trazidas a lume, a título de exemplificação, tais como: (i) a possibilidade de operação de uma aeronave em situação irregular, a qual, realizando diversos voos, comete várias infrações; (ii) um piloto não regularmente habilitado, que ao operar diversas vezes uma aeronave comete uma série de infrações; (iii) o registro inadequado de diversos voos em diário de bordo, que enseja a aplicação de diversas multas; e (iv) a não adequação do coeficiente de atrito de uma pista de pouso pela administração aeroportuária por longo período de tempo.

Observa-se que essas infrações que ocorrem de forma reiterada certamente geram elevados impactos financeiros aos entes regulados da ANAC, e abrem assim margem para questionamentos quanto à adequação da atividade de fiscalização da agência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, constituindo-se portanto tema de interesse público.

Neste contexto, a pesquisa busca responder a seguinte questão: a regulação da atividade aeronáutica civil brasileira comporta a aplicação do instituto da infração continuada?

¹BRASIL. Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 02 abr 2019

De forma introdutória, no Capítulo 2 será apresentado em linhas gerais o que é poder de polícia, qual a finalidade da aplicação de sanção e como se diferenciam as sanções penais e as sanções administrativas. Também será disposto um breve histórico sobre a origem do instituto da continuidade delitiva, sobre sua natureza jurídica e os aspectos envolvidos em sua aplicação dentro da esfera do Direito Penal. Por fim, serão identificadas as principais leis que incidem nos processos administrativos em âmbito federal, serão analisados seus conteúdos no que diz respeito ao instituto da infração continuada, inclusive com comentários relacionados ao assunto retirados de manifestações da Advocacia-Geral da União, serão dispostos entendimentos da doutrina a respeito da infração continuada no âmbito administrativo e sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e serão dispostas e analisadas decisões judiciais de tribunais do país nas quais o instituto da infração continuada é empregado.

No Capítulo 3, será apresentado um panorama geral de como funciona o processo administrativo sancionador na aviação civil brasileira, serão identificados alguns dos principais diplomas normativos aplicáveis à fiscalização da atividade, com ênfase no que os mesmos preveem com relação ao instituto da infração continuada, serão apresentados estudos de caso de processos administrativos sancionadores da ANAC que tratem do instituto da infração continuada. Neste ponto, é importante ressaltar que não serão analisados casos concretos do DECEA pelo fato dos processos não serem de acesso público. Ainda neste capítulo serão apresentadas e analisadas duas propostas legislativas encontradas durante a realização desta pesquisa que tratam do instituto da infração continuada e será apresentado um breve sumário relacionado à política de aplicação de sanções empregada pelas autoridades de aviação civil dos Estados Unidos e da Europa.

No Capítulo 4 serão analisados os resultados da pesquisa, e por fim, no Capítulo 5 serão apresentadas as conclusões deste pesquisador quanto ao tema do trabalho, e se procurará responder, afinal, se é possível aplicar-se o instituto da infração continuada no âmbito da aviação civil brasileira.

2. PODER DE POLÍCIA, SANÇÃO E O INSTITUTO DA INFRAÇÃO CONTINUADA

Inicialmente, cabe esclarecer a utilização ao longo deste documento de forma preferencial da expressão “infração continuada”, em vez de “continuidade delitiva”; após toda a pesquisa bibliográfica levada a termo durante a realização deste trabalho, nota-se que em geral ao tratar de infrações administrativas os juristas se referem ao instituto da continuidade delitiva, originado do Direito Penal, como “infração continuada”, o que fez com que se dê preferência a esta expressão neste trabalho.

De forma introdutória, este capítulo irá dispor sobre o conceito de poder de polícia, qual a finalidade da aplicação de uma sanção, e qual a diferenciação feita pela doutrina entre a sanção penal e a sanção administrativa; a seguir será apresentado um breve histórico sobre a origem do instituto da continuidade delitiva, sobre sua natureza jurídica e os aspectos envolvidos em sua aplicação dentro do Direito Penal. Na sequência será estudada a presença do instituto da infração continuada dentro do Direito Administrativo brasileiro, sua relação com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e serão dispostas e analisadas decisões judiciais que tratam do tema.

2.1. Poder de polícia, finalidade da sanção e diferenciação entre as sanções administrativas e as sanções penais

Antes de se adentrar propriamente ao tema desta pesquisa, é necessário apresentar alguns conceitos envolvidos, sendo que provavelmente o primeiro e mais importante diz respeito ao poder de polícia, que está na origem da atividade regulatória exercida pelo Estado.

Nas palavras de Odete Medauar², “*em essência, poder de polícia é a atividade da Administração Pública que impõe limites a direitos e liberdades*”.

² MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Poder de polícia na atualidade: Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 13

Para Viviane Vieira da Silva³, *o exercício do poder de polícia administrativa é uma clara demonstração de supremacia do interesse público sobre o particular, uma vez que invade a liberdade e a propriedade das pessoas indistintamente, respeitando a finalidade de atender ao bem comum em um Estado Democrático e de Direito*”.

Ao tratar do tema, Bandeira de Mello⁴ dispõe que o poder de polícia nada mais é do que a concretização do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e consiste na *“atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”*.

Das definições apresentadas, conclui-se que o poder de polícia está relacionado à atividade da Administração Pública que procura garantir a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, podendo estar relacionado aos mais diversos assuntos que afetam a coletividade. Do exposto, observa-se que a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC ou o Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA, ao exercerem suas atividades de regulação da aviação civil brasileira, estão exercendo poder de polícia.

De acordo com Carvalho Filho⁵, costuma-se dividir o poder de polícia em dois segmentos: a Polícia Administrativa e a Polícia Judiciária, ambos se enquadrando no âmbito da função administrativa, ou seja, representam atividades de gestão de interesses públicos.

Na mesma linha, Di Pietro⁶ dispõe que o poder de polícia que o Estado exerce pode incidir em duas áreas de atuação estatal, na administrativa e na judiciária, e considera que a principal diferença que se costuma apontar entre as duas está no caráter preventivo da polícia administrativa e no repressivo da polícia judiciária, objetivando a primeira impedir as ações antissociais, e a segunda, punir os infratores da lei penal. Ressalta a autora que quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa, e quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age.

Para o alcance do interesse público, a Administração Pública vale-se, entre outros artifícios, da aplicação da sanção. Em seu clássico *“Vigiar e Punir”*, Michel Foucault⁷ ao tratar

³ SILVA, Viviane Veira da. A omissão do poder de polícia. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 13.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 32. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 80-87.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 157.

⁷ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 102.

da sanção relaciona a ideia da punição como uma desvantagem que tornasse sem atração a ideia de se cometer um delito, *in verbis*:

Encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja ideia seja tal que torne definitivamente sem atração a ideia de um delito. É uma arte das energias que se combatem, arte das imagens que se associam, fabricação de ligações estáveis que desafiem o tempo. Importa constituir pares de representação de valores opostos, instaurar diferenças quantitativas entre as forças em questão, estabelecer um jogo de sinais-obstáculos que possam submeter o movimento das forças a uma relação de poder.

Daniel Ferreira⁸ ao definir a finalidade da sanção, conclui que “*com a sanção não se visa, propriamente falando, castigar ninguém, mas apenas garantir – com força jurídica (e coativamente, portanto) – a reintegração da ordem jurídico-normativa violada*”.

Ao tratar dos atos de fiscalização, Carvalho Filho⁹ dispõe que não adiantaria o Estado deter o poder de impor restrições aos indivíduos se não dispusesse dos mecanismos necessários à fiscalização da conduta destes, apresentando a fiscalização duplo aspecto: “*um preventivo, através do qual os agentes da Administração procuram impedir um dano social, e um repressivo, que, em face da transgressão da norma de polícia, redunde na aplicação de uma sanção*”. Ainda de acordo com o autor, as sanções espelham a atividade repressiva decorrente do poder de polícia.

Considerando-se que esta pesquisa trata da possibilidade de aplicação do instituto da infração continuada no âmbito da aviação civil brasileira, e levando-se em conta – como será abordado mais adiante – que o instituto tem origem no Direito Penal, é importante se diferenciar as sanções administrativas das sanções penais, uma vez que entre outras coisas, deve ser avaliada a coerência de se utilizar preceitos do Direito Penal no Direito Administrativo.

Para diferenciar-se as sanções administrativas das sanções penais, vale preliminarmente registrar como se deu a evolução do Direito Administrativo Sancionador. Maysa Verzola¹⁰ dispõe que até o século XVII não havia ainda uma separação de poderes, e assim, não havia sentido falar-se em sanções administrativas. Com a Revolução Francesa e o posterior desenvolvimento da doutrina de separação de poderes, a administração identificava-se com a polícia, vindo esta a evoluir e converter-se em uma das formas de atuação administrativa, chegando-se ao Direito Penal administrativo. Disto decorre uma separação entre crimes e infrações administrativas, saltando-se do chamado Direito Penal administrativo para o Direito Ad-

⁸ FERREIRA, Daniel. Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 32. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 89-96.

¹⁰ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. Sanção no direito administrativo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ministrativo Sancionador. Segundo a autora, hoje o Direito Administrativo Sancionador é uma subdivisão do Direito Administrativo, ainda que influenciado pelo Direito Penal.

Segundo Mysa Verzola, o Direito Administrativo Sancionador preocupa-se sobretudo com a prevenção e não com a repressão, como faz o Direito Penal. Enquanto o Direito Administrativo Sancionador se preocupa com a figura do risco, o Direito Penal se preocupa com o dano concreto.

Para Lúcia Valle Figueiredo¹¹, a diferença fundamental entre as sanções administrativas e as penais está apenas na gravidade da infração. A autora enfatiza que as sanções administrativas têm caráter repressivo, porém para infrações consideradas pelo legislador como potencialmente menos agressivas, motivo pelo qual o ilícito administrativo é punido com sanções administrativas, e não com penas privativas de liberdade ou penas alternativas.

Para Bandeira de Mello¹², *“reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la”*, entendendo o autor não se cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais.

Rafael Munhoz de Mello¹³ vai na mesma linha de Bandeira de Mello, dispondo o seguinte a respeito da diferenciação entre as infrações administrativas e as penais:

Tanto a corrente qualitativa como a quantitativa padecem do mesmo mal: pretendem diferenciar o ilícito administrativo e o penal com base em critério metajurídico, sem fundamento no direito positivo. Com efeito, a primeira propõe que a diferença seja fundada na diversidade dos interesses tutelados; a segunda, que o critério seja a gravidade da conduta delituosa. Em ambos os casos a diferença seria estabelecida com base no comportamento praticado pelo infrator, sem qualquer vinculação com o ordenamento jurídico.

Ora, ao jurista não importa a natureza das coisas, mas sim a forma como elas são disciplinadas pelo direito positivo. (...)

Sendo assim, é irrelevante afirmar que à infração administrativa deve corresponder comportamento ilícito menos grave, assim como é inútil propugnar pela identidade do ilícito administrativo como comportamentos ofensivos a interesses da própria Administração Pública. Isso porque o legislador pode simplesmente dispor de outra forma, deixando de observar os critérios de distinção indicados pelas teorias quantitativa ou qualitativa.

Assim, de forma majoritária, parece que a maioria dos juristas concorda com o entendimento de que se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-

¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

¹³ MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da constituição federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

la, não havendo portanto distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais.

Vale ressaltar ainda o disposto por Daniel Ferreira¹⁴, que após apresentar a conclusão de diversos doutrinadores a respeito da infração administrativa, dispõe que “o *Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador atuam em parceria. Às vezes podem e devem apresentar-se juntos; em outras só há válida manifestação de um – e isoladamente*”. Ainda, o autor define infração administrativa como sendo “o *comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que enseja a aplicação, no exercício da função administrativa, de uma direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo*”.

Para Maysa Verzola¹⁵, o poder sancionador do Estado distribui-se entre sanções atribuídas pela Administração Pública, regidas pelo Direito Administrativo, e as penas judiciais, impostas pelo Poder Judiciário e regidas pelo Direito Processual Penal ou Civil, conforme o caso. Após expor posições doutrinárias a respeito da diferenciação entre sanção administrativa e sanção penal, a autora conclui que não há uma diferença qualitativa entre delitos e infrações, sendo a distinção entre os ilícitos meramente discricional, cabendo ao legislador a escolha.

Segundo Moreira Neto¹⁶, são inconfundíveis a sanção administrativa e a sanção penal. Para o autor, “*ambas são imposições estatais punitivas, mas, enquanto a primeira resulta do ato administrativo, a segunda só pode ser aplicada por sentença criminal; a primeira poderá ser ou não executória; a segunda sempre o será; a sanção administrativa tem como finalidade a indução ao cumprimento da norma ou do comando administrativo, enquanto a finalidade da sanção penal é uma retribuição social aflitiva diretamente imposta sobre a pessoa do criminoso*”. Ressalta, por fim, que a sanção administrativa depende de processo administrativo, ao passo que a sanção penal só se aplica como resultado de um processo judicial.

¹⁴ FERREIRA, Daniel. Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹⁵ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. Sanção no direito administrativo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

2.2. Origem do instituto da continuidade delitiva e sua natureza jurídica

De acordo com Fayet Júnior¹⁷, não se conhece com precisão a origem do instituto do crime continuado, no entanto “*a maioria dos escritores aponta o surgimento dessa figura jurídica com os práticos italianos, os quais buscavam mitigar os efeitos muito graves de certas penas, especialmente a do furto, crime punido com a morte quando praticado pela terceira vez (ainda que simples ou meramente tentado)*”, procurando-se assim mitigar-se o rigor excessivo da punição. Ainda conforme o mesmo autor, o instituto do delito continuado somente alcançou expressão legislativa a partir de 1813, inserido no Código Penal da Baviera, sendo inicialmente previsto para aplicação aos delitos de furto, porém paulatinamente se estendendo aos demais ilícitos penais e se cristalizando nos Códigos Penais.

No Brasil o princípio do delito continuado foi previsto inicialmente no Código Penal republicano de 1890, vindo a sofrer diversas modificações ao longo da história, até vigorar como previsto hoje no art. 71 do Código Penal¹⁸, com a sanção da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984¹⁹, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e deu outras providências.

Com isso, demonstra-se que a origem da continuidade delitiva, neste trabalho tratado chamado de infração continuada, está no Direito Penal.

Ao tratar da natureza jurídica do instituto do crime continuado, Ney Fayet Júnior considera serem três as teorias defendidas pela dogmática criminal: i) a teoria da ficção jurídica; ii) a teoria da unidade real e iii) a teoria da unidade jurídica.

Segundo o jurista, a doutrina da ficção jurídica sustenta que a unidade existente no crime continuado é resultante de uma criação legal para a imposição de uma pena, quando em verdade existem vários crimes. A fim de se embasar esta teoria recorre-se à própria origem do instituto, cuja criação se deveu a um sentimento humanitário, que visava amenizar o rigor das penas impostas. Ainda, a própria literalidade do art. 71 do CP indicaria que, de forma efetiva, não se trata de um só crime, já existindo no mesmo inclusive comando legal para unificação dos crimes. Por último, dispõe o autor que “*o crime continuado teria como sedes materiae o*

¹⁷ FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 7. ed. rev., atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

¹⁸ Brasil. Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

¹⁹ Brasil. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 13 jun 2019.

concurso de crimes, implicando com isso, o reconhecimento da multiplicidade de infrações penais”.

Já na teoria da unidade real, segundo o mesmo autor, a continuidade delitiva se apresentaria, efetivamente, como crime único, em virtude de haver unidade de intenção e de lesividade, pouco importando que haja multiplicidade de condutas. Segundo essa teoria, *“a unidade de elemento subjetivo (dolo), como elemento unificante das várias ações, transmuda-as em simples partes de uma ação única, em que se identificaria, real e naturalmente a unicidade de comportamento”.*

Por último, tem-se a teoria da unidade jurídica, que *“concebe que o crime continuado não é, de facto, uma unidade real, mas também não é apenas uma ficção de direito”*, sendo portanto uma realidade jurídica, produzida pelo legislador, cujo objetivo se vincula à estrutura da punibilidade, não se apresentando nem como um crime único nem como um concurso de delitos, constituindo-se uma categoria *sui generis*.

2.3. Instituto da continuidade delitiva na legislação penal brasileira e requisitos para sua configuração

O instituto da continuidade delitiva, no Brasil, tem previsão expressa na esfera do Direito Penal, mais precisamente no art. 71 do Código Penal²⁰, o qual, assim dispõe, *in verbis*:

Código Penal - DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940

Crime continuado

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Depreende-se da leitura do art. 71 do Código Penal que no Brasil foi adotada a teoria da ficção jurídica.

²⁰ Brasil. Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

De acordo com o jurista Helio Narvaez²¹, “o crime continuado ocorre quando o agente, mediante mais de uma conduta, pratica dois ou mais delitos da mesma espécie, interligados no tempo, espaço, modo de execução e outras circunstâncias”, lecionando o mesmo que “o CP adotou a teoria da ficção jurídica, de modo que, no plano da tipicidade, cada crime é considerado isoladamente, não havendo unificação – como se todos fossem um único fato. Assim, unifica-se a pena e não o fato, sendo que no crime continuado não existe momento consumativo nem tentativa, pois cada delito é considerado autonomamente”. Nas palavras de Rogério Greco²², “uma vez concluída pela continuidade delitiva, deverá a pena do agente sofrer exasperação”.

Para caracterização do crime continuado Helio Narvaez dispõe que devem ser atendidos os seguintes requisitos: “pluralidade de condutas; pluralidade de infrações penais de mesma espécie; conexão de continuação temporal, espacial, modal e ocasional, todas cumulativas, bem como a unidade de desígnios” e ressalta que ausente qualquer das conexões mencionadas, não há que se falar em continuidade delitiva, observando ainda que que no tocante à conexão temporal, a jurisprudência majoritária exige que os crimes não sejam cometidos entre lapsos temporais maiores do que um mês.

Quanto à conexão espacial, o mesmo observa que são dois os entendimentos nos dias de hoje: i) a condição espacial é fundamental para que a continuidade delitiva ocorra; e ii) a ausência de conexão espacial não afasta o nexo de continuidade, sendo tal fator irrelevante. Assim, dispõe que “há tribunais que entendem que o fator espacial só estará presente se os crimes forem cometidos em cidades próximas ou em bairros de um mesmo município, por exemplo; a conexão tempo não estará presente, porém, caso os crimes sejam cometidos em comarcas diferentes”.

A respeito dos “crimes da mesma espécie”, o jurista observa que não há unanimidade na doutrina sobre o assunto, existindo duas correntes: “a primeira acredita que delitos de mesma espécie são aqueles previstos no mesmo tipo penal, possuindo, portanto, os mesmos elementos”, enquanto “o segundo posicionamento, por outro lado, alega que crimes de mesma espécie são aqueles que possuem elementos parecidos, sendo irrelevante se os delitos são idênticos ou não”.

²¹ JALIL, Mauricio Schaun; GRECO FILHO, Vicente (Coord.). Código Penal comentado: doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2016.

²² GRECO, Rogério. Código Penal: comentado. 9. ed. Niterói: Impetus, 2015.

2.4. Instituto da infração continuada no direito administrativo brasileiro e manifestações da Advocacia-Geral da União a respeito do assunto

No âmbito do Direito Administrativo, existe referência à infração continuada na Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, que “*Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências*”, a qual dispõe o seguinte em seu art. 1º:

Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

(...)

Do disposto, verifica-se que o legislador se preocupou em incluir a infração continuada na legislação que estabelece o prazo da prescrição da ação punitiva na esfera federal, no entanto sem definir o que seria a infração continuada no âmbito administrativo.

Neste ponto, vale salientar observações dispostas no PARECER/CONJUR/MTE/Nº078/2011²³, lavrado pela Advocacia-Geral da União em resposta à consulta formulada pela Secretaria de Inspeção do Trabalho a respeito de processo administrativo daquele Órgão, que faz as seguintes observações acerca do artigo 1º da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999:

PARECER/CONJUR/MTE/Nº078/2011 (...)

Primeiramente é imperativo reconhecer que o artigo 1º da Lei nº 9.873, de 1999, apesar de ter-se referido à “infração continuada” não a definiu. Por conseguinte, surgem dúvidas: até quantas infrações podem ser agrupadas compondo a infração continuada? Qual o período de tempo dentro do qual se admite a continuidade, um dia, uma semana, um mês? Que outras circunstâncias devem ser consideradas?

A resposta a tais indagações deve ser pesquisada no âmbito do Direito Penal, aplicado por analogia, tendo em vista a afinidade existente entre a penalidade aplicada em decorrência da prática de ilícito administrativo e a pena propriamente dita. Todavia, advirta-se que estes institutos não se confundem, porém não há como negar a afinidade existente entre eles, podendo ser considerados espécies do gênero sanção de ato ilícito, embora persigam finalidades diversas.

(...)

Ainda com relação ao assunto, merecem menção outros trechos do parecer, que em certo ponto apresenta o seguinte questionamento a respeito da infração continuada: “*nas infrações continuadas, há multiplicidade de sanção?*”, ressaltando que “*o entendimento jurisprudencial prevalente no Superior Tribunal de Justiça - STJ averba a impossibilidade de se ter multiplicidade de sanções nos casos de infração continuada, ou seja, entende esse Co-*

²³ BRASIL. Ministério de Trabalho e Emprego – Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral da União. PARECER/CONJUR/MTE/Nº078/2011. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/264736#ementa>>. Acesso em 03/06/2019.

lendo Tribunal que identificadas as infrações com igual conformação e dentro do mesmo período, a sanção deve ser única”.

Outro ponto importante do mesmo parecer diz respeito à observação feita com relação ao posicionamento do STJ no sentido de aplicar o instituto da infração continuada no caso de infrações com igual conformação e dentro do mesmo período, uma vez que ele não guarda afinidade com a previsão contida no art. 71 do Código Penal, “*considerando que na continuidade delitiva no âmbito penal, o sistema aplicado é o da exasperação, ou seja, aplica-se a pena de um dos delitos, aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços)*”. Em outras palavras, na esfera penal não é aplicada a pena relativa a uma única sanção, mas sim a mesma é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) quando configurada a continuidade delitiva do infrator. Portanto, embora não haja a soma das penalidades das respectivas infrações, não se autoriza a aplicação de uma pena relativa a somente uma única infração.

Cabe ainda observar-se trecho da conclusão do mesmo parecer, segundo o qual, “*para caracterização da infração continuada administrativa, pode-se observar os requisitos exigidos pelo art. 71 do Código Penal, que trata do crime continuado*”.

Ainda com relação ao artigo 1º da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, vale também citar trecho do PARECER/CONJUR/MTE/Nº 302/2010²⁴, que ao tratar de consulta acerca do prazo prescricional de um processo, faz observações importantes sobre os tipos de infrações listados no citado artigo:

PARECER/CONJUR/MTE/Nº 302/2010 (...)

34. Corroborando tal posicionamento, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 78.917-SP, em que se discutia o tema da prescrição administrativa em processo punitivo, salientou que, “em se tratando de matéria punitiva, os mesmos princípios de Direito Penal devem ser aqui aplicados, razão pela qual, a **prescrição deve ser contada a partir da data da prática da falta disciplinar**”.

35. **O que se quer enfatizar diante do exposto é que o direito administrativo punitivo compartilha com o Direito Penal os mesmos princípios gerais de aplicação das normas, sendo possível aplicar, analogicamente, em matéria de contagem do prazo de prescrição em processo punitivo instaurado na esfera administrativa, os princípios e normas penais.**

36. **Assim, buscar-se-á no Direito Penal, a definição das infrações** instantâneas, permanentes e **continuadas**, como referido no artigo 1º da Lei nº 9.873/99.

37. Consoante ensinamento de Damásio E. de Jesus, crimes instantâneos “são os que se completam num só momento. A consumação se dá num determinado instante, sem continuidade temporal. Ex: homicídio, em que a morte ocorre num momento certo. Crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigo que se prolonga no tempo_ O momento consumativo se protraí no tempo, como diz a doutrina. Exs.: sequestro ou cárcere privado (art. 148), plágio (art. 149)etc. Nesses crimes, a situação ilícita criada pelo agente se prolonga no tempo”. (.. _) Diz-se que há “crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pela condições de tempo, lugar, maneira de

²⁴ BRASIL. Ministério de Trabalho e Emprego – Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral da União. PARECER/CONJUR/MTE/Nº 302/2010. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/258347>>. Acesso em: 03/06/2019.

execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro (CP, art. 71, caput)".

38. Vê-se que a diferença entre infração instantânea e permanente reside no momento da consumação do ilícito, enquanto **na infração continuada o que sobressai é a reiteração da prática irregular, ou seja, um conjunto de infrações instantâneas da mesma espécie cometidas sucessivamente.**

(sem grifos no original)

Dos trechos do parecer PARECER/CONJUR/MTE/Nº 302/2010, merece destaque o entendimento assentado no sentido de que em se tratando de matéria punitiva no âmbito administrativo, os mesmos princípios do Direito Penal devem ser aplicados.

Já na Lei nº 9.784, de 28 de janeiro de 1999,²⁵ que “*Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*”, não se verifica qualquer referência ao instituto da continuidade delitiva ou infração continuada.

É importante registrar que durante a pesquisa não foram encontrados outros normativos incidentes na esfera administrativa em âmbito federal, de caráter geral, que tratem de infração continuada. Ressalte-se que neste contexto, quando se fala em norma de caráter geral pretende-se apontar para as normas que incidam em todos os órgãos que exerçam poder de polícia no âmbito da administração pública federal, e que portanto poderiam incidir na esfera de atuação da ANAC e do DECEA.

2.5. Infração continuada e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na doutrina brasileira

Embora não exista na bibliografia consultada muitas referências ao instituto da infração continuada no âmbito administrativo, alguns doutrinadores já se manifestaram em suas obras a respeito do tema.

Ao classificar as infrações, Regis Fernandes de Oliveira²⁶ dispôs o seguinte:

Dependendo da duração da infração, podem ser instantâneas, se se esgotam num só instante, ou, então, permanentes, quando sua duração se protraí no tempo. Pode existir, também, a infração continuada, quando as lesões são instantâneas, mas diversas, operadas em fluência de tempo.

Também ao classificar as infrações, Daniel Ferreira²⁷ dispôs:

²⁵ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1984. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

²⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Parece ainda melhor empregar como fator de discriminação a própria “consumação da infração”, por conta do qual temos as seguintes possibilidades para as infrações administrativas: instantâneas, instantâneas com efeitos permanentes, continuadas e permanentes.

As primeiras se caracterizam pela consumação do resultado, que se produz num só momento. Nas segundas a infração, embora consumada em único instante, continua a produzir os indesejáveis efeitos e a despeito da vontade do infrator. As continuadas pressupõem mais de um reprovável comportamento, porém sempre igual e que se dilata no tempo pela não solução da continuidade.

Ao tratar da multa administrativa, Moreira Neto²⁸ dispõe que “*quanto à cumulatividade de sanções, o critério geralmente empregado é o da imposição simples, na constatação de infração isolada, e o da imposição acumulável, em unidades de tempo, se de infração continuada*”. Apesar de dispor sobre infrações continuadas, o autor não traz maiores detalhes a respeito da aplicação do instituto.

A complexidade do tema, ao se trazer para o ambiente da aviação civil, se torna clara, pois, de uma mesma ocorrência infracional, pode-se extrair um, dois ou diversos fatos geradores, ao se considerar ou não a aplicabilidade do referido instituto. A título de exemplo, pode se apontar uma aeronave que está com uma tarefa de manutenção vencida: ao operar uma única vez ou ao operar por 10 (dez) vezes, deve ser imputada ao operador a mesma sanção para ambos os casos? Ao assim proceder, a autoridade estaria sendo justa? Qual tipo de sancionamento atenderia aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade?

Nesse sentido, volta-se ao Prof. Régis Fernandes de Oliveira, o qual apresenta importantes considerações sobre o tema, dispostas abaixo:

Há entendimento jurisprudencial que considera a aplicação de multa única para a série de infrações, como um estímulo à prática do ilícito. Entretanto, desde que não há previsão própria dentro do direito administrativo, não seria possível estabelecer um critério aceitável para as possíveis ocorrências. Imagine-se o valor descomunal das multas decorrentes da descoberta de centenas de notas fiscais, ou de milhares de mercadorias irregulares. O concurso material seria uma solução mais justa somente até um certo número de infrações. A partir daí, a sanção acumulada poderia elevar a soma das penalidades a um nível absolutamente insuportável e desproporcional. Dada a homogeneidade das circunstâncias é admissível a ficção de considerá-las como uma única infração.

Do trecho disposto acima, verifica-se que existe a preocupação do autor em registrar que a aplicação de uma multa única para uma série de infrações pode ser considerada um estímulo à prática do ilícito, no entanto o mesmo dispõe que dada a homogeneidade das circunstâncias, é admissível a ficção de considerá-las como uma única infração. Essas pondera-

²⁷ FERREIRA, Daniel. Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ções deixam claro que a definição de valores de sanções está relacionada ao atendimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ao tratar dos princípios constitucionais, com relação ao princípio da razoabilidade, para Bandeira de Mello²⁹, “*enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida*”, e destaca o autor que uma providência administrativa desarrazoada não pode estar conforme à finalidade da lei.

Já com relação ao princípio da proporcionalidade, leciona Bandeira de Mello o seguinte:

Este princípio enuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atrelados. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Ao analisar a similaridade entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, Bandeira de Mello frisa que eles não se confundem inteiramente, e dispõe parecer que o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade.

Na mesma obra, ao tratar de Infrações e Sanções Administrativas, o autor assim dispõe sobre o princípio da proporcionalidade:

(e) *Princípio da proporcionalidade* – As sanções devem guardar uma relação de proporcionalidade com a gravidade da infração.

Ainda que a aferição desta medida inúmeras vezes possa apresentar dificuldade em ser caracterizada, em inúmeras outras é perfeitamente clara; ou seja: há casos em que se pode ter dúvida se tal ou qual gravame está devidamente correlacionado com a seriedade da infração – ainda que se possa notar que a dúvida nunca se proporá em uma escala ampla, mas em um campo de variação relativamente pequeno -, de par com outros casos em que não haverá dúvida alguma de que a sanção é proporcional ou é desproporcional. É impossível no Direito fugir-se a situações desta compostura, e outro recurso não há para enfrentar dificuldades desta ordem senão recorrendo ao *princípio da razoabilidade*, mesmo sabendo-se que também ele comporta alguma fluidez em sua verificação concreta. De todo modo, é certo que, flagrada a desproporcionalidade, a sanção é inválida.

Aliás, a Lei federal 9.874 de 29.1.99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 2º expressamente estabelece que a Administração se assujeita, dentre outros princípios, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (...)

No caso das sanções pecuniárias a falta de razoabilidade pode conduzir ao caráter confiscatório da multa, o que é, de per si, juridicamente inadmissível, como se sabe.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

Em sua obra, a respeito dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, Odete Medauar³⁰ dispõe:

Alguns autores separam *proporcionalidade* e *razoabilidade*. A esta atribuem o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação entre os meios e fins. À proporcionalidade associam o sentido de amplitude ou intensidade das medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras. (...) Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade.

Embora existam algumas diferenças de entendimento entre os doutrinadores a respeito da conceituação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, percebe-se que os mesmos estão diretamente relacionados ao atendimento da finalidade pretendida com uma sanção administrativa.

2.6. Acórdãos relacionados ao tema e comentários pertinentes

Preliminarmente, cabe registrar que durante a execução desta pesquisa foram encontrados diversos julgados em que tribunais brasileiros determinaram a aplicação do instituto da infração continuada em processos administrativos sancionadores de órgãos de regulação, porém nenhum deles afeto à aviação civil. Pelo fato dos processos encontrados possuírem muitas similaridades entre si, escolheu-se a título de exemplificação a apresentação de dois casos que envolvem a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

Como primeiro exemplo, serão apresentadas decisões relacionadas à Apelação Cível/Reexame Necessário nº 0046860-70.2012.4.02.5101 RJ, no qual figuram as partes ANP – AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS e PETROBRAS – PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.

Em julgamento ocorrido em 10/05/2017, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região proferiu decisão de segunda instância na qual reconheceu a incidência da infração continuada, conforme trecho do acórdão disposto a seguir:

ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP. AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. PORTARIA CONJUNTA ANP/INMETRO Nº 01/2000. TIPICIDADE DAS CONDUTAS. DIFERENTES PONTOS DE MEDIÇÃO DE PRODUÇÃO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CONTINUADA. MULTA SINGULAR. 1. **A apelante pretende a reforma da sentença que anulou o auto de infração lavrado em face da autora (relativo ao processo administrativo nº 48610.004713/2011-51), apenas no que se refere ao valor da multa aplicada, de-**

³⁰ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

terminando que fosse novamente fixada levando em conta a continuidade de modo a considerar ocorrida apenas uma infração, retirando tal analogia do artigo 71, do Código Penal. (...) 4. A autora foi autuada por infração administrativa descrita nos itens 7.2.5 do Regulamento Técnico de Medição, aprovado pela Portaria Conjunta ANP/INMETRO nº 1/2000, com pena prevista no artigo 3º, IX, da Lei nº 9.847/99. Logo, não restou configurada a atipicidade alegada. 5. A tese da ANP é a inaplicabilidade do instituto da continuidade delitiva, característico do Direito Penal, à esfera do Direito Administrativo. Caso se entenda pela possibilidade da extensão do instituto, pugna pela sua inaplicabilidade ao caso concreto. 6. O instituto da infração continuada se verifica quando a Administração Pública constata, em uma mesma oportunidade, a ocorrência de "infrações sequenciais, violando o mesmo objeto da tutela jurídica, guardando afinidade pelo mesmo fundamento fático constituindo comportamento de feição continuada" (REsp 82.414/DF, rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, DJ 25/03/1996; e REsp 1.026.161, rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 10/06/2009). 7. Conforme esclarecido pela ANP, a autuada dispunha de até 3 (três) anos para realizar a inspeção dos trechos demarcados para a medição no campo de produção, deixando de apresentar aqueles referentes aos Pontos de Medição 420-SJQ-FIT-011, 200-SJQ-FIT-055 e 300-SJQ-FIT-004. Aferidos 40 dias após o prazo, tais Pontos foram reprovados, como se 1 verifica na Norma Técnica 28/2011 da ANP. 8. Em razão da conduta descrita, a PETROBRAS foi autuada num mesmo momento, por igual infração administrativa, praticada nas mesmas condições e modus operandi. Esta especial condição caracteriza a continuidade infracional, impondo a aplicação de uma única penalidade, que deve ser fixada nos termos do inciso IX do artigo 3º da Lei nº 9.847/99. 9. Cabe ressaltar, ainda, que ao Poder Judiciário é vedado usurpar a competência da Agência Pública para definir punições, contudo, cabe-lhe examinar a penalidade sob o critério da legalidade. Precedentes das Cortes Superiores. 10. Diante do contexto ora analisado, não merece reparo a sentença que determinou a anulação do auto de infração apenas quanto à aplicação de três multas distintas, cabendo ao ente fiscalizador a fixação de uma única multa, que deverá ser fixada levando em conta a continuidade da infração. 11. Sentença reformada. Mantidos os ônus da sucumbência conforme lançados. 12. Remessa necessária e apelo conhecidos e desprovidos.

(sem grifos no original)

(TRF-2 - APELREEX: 00468607020124025101 RJ 0046860-70.2012.4.02.5101, Relator: JOSÉ ANTONIO NEIVA, Data de Julgamento: 10/05/2017, 7ª TURMA ESPECIALIZADA)³¹

Analizando-se as informações dispostas na decisão, depreende-se que a Petrobras foi autuada pela ANP por não realizar certa inspeção requerida em três Pontos de Medição em campo de produção, sendo sancionada administrativamente pela Agência em valor equivalente a três multas.

Nota-se que a ANP procurou sustentar na Justiça a aplicação de três multas e a inaplicabilidade do instituto da continuidade delitiva, alegando que o mesmo é característico do Direito Penal. De acordo com o item oito do acórdão, o TRF-2 considerou que Petrobras foi autuada num mesmo momento, por igual infração administrativa, praticada nas mesmas

³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível/Reexame Necessário nº 0046860-70.2012.4.02.5101, ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Relator: Desembargador Federal José Antônio Neiva. Rio de Janeiro, RJ, 10 de maio de 2017. Disponível em: <http://juris-prudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=apolo-inteiro-teor&id=2017,07,28,00468607020124025101_324073.pdf>. Acesso em: 05 ago 2019.

condições e *modus operandi*, e considerou configurada a continuidade infracional, acarretando na aplicação de uma única penalidade.

Em pesquisa ao *site* do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que a decisão do TRF-2 foi confirmada por aquele Tribunal Superior em 13/05/2019, no seguintes termos do julgamento Agravo Interno no Recurso Especial nº 1782525 RJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DIREITO ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO CONTINUADA. MESMA OPORTUNIDADE FISCALIZATÓRIA. OCORRÊNCIA DE DIVERSAS INFRAÇÕES DA MESMA NATUREZA. APLICAÇÃO DE MULTA SINGULAR. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. (...) **III - Verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual a sequência de várias infrações de mesma natureza, apurados em uma única autuação, é considerada como de natureza continuada e, portanto, sujeita à imposição de multa singular.** (...) V - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. (...) VII - Agravo Interno improvido. (STJ - AgInt no REsp: 1782525 RJ (2018/0230025-5), Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 13/05/2019, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2019)³²

Do exposto, vê-se que o STJ confirmou a decisão tomada anteriormente pelo TRF-2 pela ocorrência da infração continuada, ressaltando no item “III” que “*o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado na Corte, segundo o qual a sequência de várias infrações de mesma natureza, apurados em uma única autuação, é considerada como de natureza continuada e, portanto, sujeita à imposição de multa singular*”.

Como segundo exemplo, cita-se o Agravo em Recurso Especial nº 1.129.674-RJ, na qual o Agravante é a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP e o Agravado é a Petróleo Brasileiro S.A – Petrobrás. Abaixo colaciona-se o acórdão do julgamento, que embora extenso, vale ser lido em quase sua totalidade:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.129.674 - RJ (2017/0160082-5) RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA AGRAVANTE : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS AGRAVADO : PETRÓLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS ADVOGADOS : JOSÉ LUÍS MONTEIRO BORGES - RJ023370 VAGNER SILVA DOS SANTOS - RJ122659 PAULA LINHARES KARAM E OUTRO (S) - RJ140755 DECISÃO Trata-se de agravo manejado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, contra decisão que não admitiu recurso especial, este interposto com fundamento no art. 105, III, a, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado (fl. 549): ADMINISTRATIVO. ANP. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA SINGULAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CONTINUA-

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1782525 RJ (2018/0230025-5), ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Brasília, DF, 13 de maio de 2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago 2019.

DA. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento assente de que há continuidade infracional, também no ilícito administrativo, quando diversos ilícitos de mesma espécie e natureza, unidos por circunstâncias que o tornam todo único, são apurados durante mesma ação fiscal. No caso, embora inquestionável que a Petrobrás infringiu os artigos 3o, V da Lei nº 9.847/99 e 3o, IV da Portaria ANP nº 29/2001, entre julho de 2005 a dezembro de 2008, tudo decorreu de problema único de classificação da estação como de embarque e desembarque (e não de dolo múltiplo) e a ANP apenas a autuou uma única vez, em 2009, e aplicou 42 multas relativas aos 42 meses em que não enviadas as informações sobre a movimentação de hidrocarbonetos na estação coletora. (...) Nas razões do especial, a parte agravante aponta violação dos arts. 1º da Lei n. 9.873/1999; 3º, V, da Lei n. 9.874/1999; e 71 do CP. Sustenta, em síntese, que a autuação decorreu da prática reiterada de infrações autônomas, perpetradas em momentos diferentes, não cabendo ser classificada como infração continuada. Argumenta que "às infrações à legislação atinente à indústria do petróleo, é certo que o art. 1o da Lei nº 9.873 não versa sobre dosimetria de pena, mas apenas de "prescrição" da pretensão punitiva em processo administrativo (na realidade, inobstante a atecnia do legislador, cuida-se de decadência do direito de punir, ou seja, do dever estatal de lavrar auto de infração). Quando o caput do art. 1o da Lei nº 9.873 fala em "infração continuada" não está se referindo ao instituto da continuidade delitiva para fins de quantificação ou fórmula da cálculo de pena, mas sim à possibilidade de uma mesma conduta continuar a ser praticada,(...)." (fl. 585). Defende que "O Código Penal rege exclusivamente as sanções e institutos de Direito Criminal. A aplicação direta ou subsidiária de institutos do Código Criminal ao Direito Administrativo sancionador reclamaria expressa previsão na Lei 9.847/99, o que inexistente." (fl. 590). Contrarrazões às fls. 634/638. É o relatório. (...) Quanto ao mérito, o Tribunal a quo, diante das peculiaridades do caso concreto, atestou a necessidade de, excepcionalmente, se caracterizar as condutas da recorrida como infração administrativa continuada, pois "a Petrobrás infringiu os artigos 3o, V da Lei nº 9.847/99 e 3o, IV da Portaria ANP nº 29/2001, entre julho de 2005 a dezembro de 2008, tudo decorreu de problema único de classificação da estação como de embarque e desembarque (e não de dolo múltiplo) e a ANP apenas a autuou uma única vez, em 2009, e aplicou 42 multas relativas aos 42 meses em que não enviadas as informações sobre a movimentação de hidrocarbonetos na estação coletora. Remessa e apelação desprovidas." (fl. 549) **Irresignada, a agravante sustenta que a autuação decorreu da prática reiterada de infrações autônomas, perpetradas em momentos diferentes, não cabendo ser classificada como infração continuada. Entretanto, não assiste razão à recorrente, tendo em vista que é pacífico, nesta Corte Superior, o entendimento de que há continuidade infracional quando diversos ilícitos de mesma natureza são apurados durante mesma ação fiscal, devendo tal medida ensejar a aplicação de multa singular.** (...) Por fim, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, concernentes à caracterização de infração continuada, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada na via especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Brasília (DF), 11 de setembro de 2017. MINISTRO SÉRGIO KUKINA Relator (STJ - AREsp: 1129674 RJ 2017/0160082-5, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Publicação: DJ 14/09/2017)³³ (sem grifos no original)

Ao se analisar detidamente este julgado, verifica-se que o órgão estatal, no caso a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, procura sustentar a apli-

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.129.674 - RJ (2017/0160082-5), ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Relator: Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF, 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago 2019.

cação de 42 (quarenta e duas) sanções de multa relativas aos 42 (quarenta e dois) meses em que não lhes foram enviadas, por seu regulado, as necessárias informações sobre movimentação de hidrocarbonetos na estação coletora, o que, então, segundo seu entendimento, configurou a ocorrência de 42 (quarenta e dois) fatos geradores distintos de infrações, desconsiderando, assim, a aplicabilidade da continuidade delitiva.

Do relatório, extrai-se as seguintes razões da ANP para sustentar a aplicação de 42 (quarenta e duas) sanções de multas:

- 1) violação dos arts. 1º da Lei nº 9.873/1999, 3º, V, da Lei nº 9.874/1999; e 71 do CP;
- 2) a autuação decorreu da prática reiterada de infrações autônomas, perpetradas em momentos diferentes, não cabendo ser classificada como infração continuada;
- 3) às infrações à legislação atinente à indústria do petróleo, é certo que o art. 1º da Lei nº 9.873 não versa sobre dosimetria de pena, mas apenas de "prescrição" da pretensão punitiva em processo administrativo;
- 4) Quando o caput do art. 1º da Lei nº 9.873 fala em "infração continuada" não está se referindo ao instituto da continuidade delitiva para fins de quantificação ou fórmula da cálculo de pena, mas sim à possibilidade de uma mesma conduta continuar a ser praticada;
- 5) O Código Penal rege exclusivamente as sanções e institutos de Direito Criminal. A aplicação direta ou subsidiária de institutos do Código Criminal ao Direito Administrativo sancionador reclamaria expressa previsão na Lei nº 9.847/99, o que inexistente.

O STJ, ao analisar as razões apresentadas pela ANP, consignou que *“não assiste razão à recorrente, tendo em vista que é pacífico, nesta Corte Superior, o entendimento de que há continuidade infracional quando diversos ilícitos de mesma natureza são apurados durante mesma ação fiscal, devendo tal medida ensejar a aplicação de multa singular”*.

Com relação aos dois processos apresentados, cumpre observar que o processo administrativo sancionador no âmbito da ANP se dá com base na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999³⁴, que *“Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções*

³⁴ BRASIL. Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999. Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9847.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

administrativas e dá outras providências”. Com relação à forma de gradação das penalidades, destaca-se o disposto no artigo 4º e no *caput* do art. 13 da citada Lei:

Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997

Art. 4º A pena de multa será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida, a condição econômica do infrator e os seus antecedentes.

(...)

Art. 13. As infrações serão apuradas em processo administrativo, que deverá conter os elementos suficientes para determinar a natureza da infração, a individualização e a gradação da penalidade, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório.

(...)

Verifica-se nos dois dispositivos citados que não há qualquer referência à aplicação do instituto da continuidade delitiva ou da infração continuada, assim como não foi encontrada qualquer referência ao mesmo no restante do normativo.

Mesmo sem qualquer referência à existência do instituto da continuidade delitiva ou da infração continuada no âmbito de atuação da ANP, nota-se que nos dois processos administrativos oriundos da ANP e citados até aqui foi determinado pela justiça a aplicação do instituto da infração continuada, e em ambos a justiça sequer determinou a exasperação da pena, conforme previsto no Código Penal, de um sexto a dois terços.

Embora trate-se de um terceiro processo, ainda não mencionado neste trabalho, é importante registrar encontra-se no *sítio* da ANP na *internet* o Parecer nº 38/2016/PF-ANP/PGF/AGU³⁵, o qual responde uma consulta oriunda da Superintendência de Desenvolvimento e Produção da ANP à Procuradoria Federal junto à Agência acerca da existência de infração administrativa continuada em outra autuação promovida pela Agência. Conforme consta no documento, a empresa autuada descumpriu ofícios emitidos pela ANP que impunham limites à produção diária de gás natural; os ofícios estabeleceram limites diários para cada poço, individualmente considerado e, segundo relatado, o auto de infração foi lavrado computando-se cada dia de produção fora do limite, em cada um dos poços, perfazendo-se um total de 249 (duzentos e quarenta e nove) ocorrências irregulares. De acordo com o documento, “*a autuada arguiu a impossibilidade da conduta como infrações independentes, alegando, ainda, que seria o caso de infração administrativa continuada, trazendo ao proscênio antiga Jurisprudência que tratava da fiscalização empreendida pela já extinta SUNAB (Superintendência Nacional de Abastecimento) que lhe seria favorável*”.

³⁵ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer nº 38/2016/PF-ANP/PGF/AGU. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/documentos_publicos/procuradoria_federal/Parecer_no_038-2016_despacho_043-2016.pdf>. Acesso em: 01/07/2019.

Em resposta à consulta, a Procuradora Federal Isabela de Araújo Lima Ramos entende que o argumento apresentado pela empresa autuada não merece prosperar, e apresenta importantes alegações para tal:

Parecer nº 38/2016/PF-ANP/PGF/AGU (...)

6. O Código Penal Brasileiro adotou a teoria da ficção jurídica, por opção de política criminal, evitando assim a aplicação de sanções penais severas desnecessárias, preservando um dos fins da pena, que é a ressocialização do infrator. Segundo esta teoria, a unidade delitiva não passa de uma criação da lei, já que, em verdade, múltiplos são os delitos e se efetivamente existisse o crime único, a pena haveria que ser a mesma cominada para um só dos crimes concorrentes.

7. Ocorre, entretanto, que não há sua previsão legal no campo do direito administrativo sancionador. A Administração subordina-se ao Princípio da Legalidade, de modo que, ausentes balizas para aplicação do instituto, incabível fazê-lo. Sabe-se que, de acordo com o PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA, que rege o Direito Administrativo, a Administração Pública somente tem possibilidade de atuar quando existe lei que determine (atuação vinculada) ou autorize (atuação discricionária), devendo obedecer estritamente à forma estipulada na lei. Ou seja, inexistindo previsão legal, não há possibilidade de atuação administrativa.

8. Segundo, o instituto da continuidade delitiva é uma ficção, criada por razões de política criminal, para atenuar os rigores da aplicação da pena restritiva de liberdade, conforme já dito acima. Ocorre que, no Direito Administrativo Sancionador não há falar em pena restritiva de liberdade, não cabendo argumentar, simplesmente, que o concurso material faria a situação do autuado mais gravosa.

9. Terceiro não cabe aplicar o disposto no Código Penal às situações de infração administrativa, pois este rege exclusivamente as sanções e institutos de Direito Criminal. A aplicação direta ou subsidiária de institutos do Código Criminal ao Direito Administrativo sancionador reclama expressa previsão na Lei 9.847/99, o que inexistente.

10. Quarto, não cabe à Administração Pública (ao aplicar a multa), ou ao Judiciário (ao julgá-la), travestir-se na figura do Legislador e, mediante atividade flagrantemente criativa, inovar no ordenamento jurídico, sob pena de ofensa ao art. 2º da Carta da República. 11. Frise-se que às infrações administrativas no âmbito da indústria do petróleo e gás natural deve ser aplicada a Lei 9.847/99, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, prevendo as hipóteses de infrações administrativas e estabelecendo as respectivas sanções que devem ser aplicadas pelo agente fiscalizador (no caso, a ANP). Além disso, esta norma fixa diversas diretrizes para a aplicação dessas sanções que ela estabelece, sem prever a continuidade delitiva.

Se a Lei nº 9.847/99 silencia quanto à possibilidade de estender às sanções administrativas as previsões do art. 71 do Código Penal, não cabe ao intérprete, no caso Agência Reguladora ou o Judiciário, fazê-lo.

Ainda, a autora do Parecer cita a seguinte jurisprudência, a fim de corroborar seu entendimento, ressaltando ainda a inexistência de jurisprudência pacificada acerca do tema:

ADMINISTRATIVO. SUNAB. CONSTITUCIONALIDADE. LDL4/62. INFRAÇÕES CONTINUADAS.

1 - Não é inconstitucional a Lei Delegada 4/62.

2 - O instituto do Direito Penal da continuidade delitiva não se aplica ao Direito Administrativo, face ao princípio da legalidade que informa a atuação do Administrador Público.

3 - Recurso adesivo não conhecido. Remessa oficial e apelo da SUNAB providos. (TRF 4ª Região. 4ª Turma. Apelação Cível AC 9604462482. Relatora: SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB. Julgado em 25/11/1997; Publicado no Diário de Justiça em 15/07/1998, pág. 300 – Fonte: <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em 25/01/2016).

(sem grifos no original)

Conforme já disposto, nos dois julgados citados neste capítulo foi determinada pela Justiça a aplicação do instituto da infração continuada, no entanto, conforme recorte da legislação aplicável apresentada e corroborando com o Parecer nº 38/2016/PF-ANP/PGF/AGU, não existia previsão legal nos normativos afetos à ANP para aplicação de tal instituto. Neste ponto, é importante ressaltar que as alterações promovidas pelo judiciário nos valores das multas aplicadas pela ANP à Petrobras tem respaldo no sistema adotado no direito brasileiro.

De acordo com Di Pietro³⁶, o direito brasileiro adotou o sistema de jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivas, diferenciando-se assim do sistema francês ou da dualidade de jurisdição, em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada. No sistema de jurisdição una adotado no Brasil o Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, sempre sob o aspecto da legalidade e da moralidade.

Ainda, deve-se observar lição de José dos Santos Carvalho Filho³⁷, que dispõe que *“a Administração Pública em nenhum momento exerce função jurisdicional, de forma que seus atos sempre poderão ser reapreciados no Judiciário”*.

De acordo com Fernanda Marinela³⁸, *“na esfera administrativa, há coisa julgada administrativa, o que significa dizer que na via administrativa a questão não pode mais ser modificada, não cabe mais recurso. Entretanto isso não impede o controle pelo Poder Judiciário. Importante lembrar que essa não é uma verdadeira coisa julgada, podendo a decisão ser revista pelo Poder Judiciário, no que tange à sua legalidade, dada a aplicação do art. 5º, XXXV, CF, que garante que qualquer lesão ou ameaça de lesão podem ser revistas em ação judicial”*.

Assim, fica claro que sistema legal brasileiro o Poder Judiciário tem o poder de rever decisões dos órgãos administrativos, o que explica as alterações promovidas nas sanções aplicadas nos dois processos citados neste capítulo.

³⁶ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 926.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 32. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1157.

³⁸ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1170-1171.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRA, PROPOSTAS LEGISLATIVAS RELACIONADAS AO INSTITUTO DA INFRAÇÃO CONTINUADA E A POLÍTICA DE APLICAÇÃO DE SANÇÃO EM OUTRAS AUTORIDADES DE AVIAÇÃO CIVIL

Neste capítulo inicialmente será apresentado um panorama geral de como funciona o processo administrativo sancionador na aviação civil brasileira, com a identificação de alguns dos principais diplomas normativos aplicáveis à fiscalização da atividade na esfera de atuação da ANAC e do DECEA, com ênfase especial no que os mesmos preveem com relação ao instituto da infração continuada. Também serão apresentados estudos de caso de três processos administrativos sancionadores da ANAC nas quais os infratores requereram o reconhecimento da incidência do instituto da infração continuada. Cabe observar que não serão analisados casos concretos do DECEA pelo fato dos processos não serem de acesso público.

Na sequência, serão apresentados um projeto de lei que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados e um anteprojeto de lei proposto por acadêmicos do Mestrado em Direito da FGV. O primeiro trata diretamente da aplicação do instituto da infração continuada na aviação civil brasileira, enquanto o segundo aborda o tema de forma genérica no âmbito dos processos administrativos sancionadores das agências reguladoras brasileiras.

Por fim, será disposto um breve sumário a respeito da política de aplicação de sanções para a aviação civil empregadas pela autoridade de aviação civil dos Estados Unidos e da Europa, que podem servir de base para a edição de norma relativa ao assunto no Brasil.

3.1. Poder de polícia e processo administrativo sancionador da ANAC

A Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC foi criada pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, constituindo-se em autarquia federal submetida a regime especial, à qual compete a regulação e a fiscalização das atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária (art. 1º e 2º da Lei nº 11.182/2005).

Suas competências estão listadas no art. 8º da Lei nº 11.182/2005, dos quais se destacam os incisos X, XI, XIII, XVI, XXI, XXVIII, XXX, XXXII e XXXV, transcritos a seguir:

Lei nº 11.182/2005 (...)

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

(...)

X – regular e fiscalizar os serviços aéreos, os produtos e processos aeronáuticos, a formação e o treinamento de pessoal especializado, os serviços auxiliares, a segurança da aviação civil, a facilitação do transporte aéreo, a habilitação de tripulantes, as emissões de poluentes e o ruído aeronáutico, os sistemas de reservas, a movimentação de passageiros e carga e as demais atividades de aviação civil;

XI – expedir regras sobre segurança em área aeroportuária e a bordo de aeronaves civis, porte e transporte de cargas perigosas, inclusive o porte ou transporte de armamento, explosivos, material bélico ou de quaisquer outros produtos, substâncias ou objetos que possam pôr em risco os tripulantes ou passageiros, ou a própria aeronave ou, ainda, que sejam nocivos à saúde;

(...)

XIII – regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos;

(...)

XVI – fiscalizar as aeronaves civis, seus componentes, equipamentos e serviços de manutenção, com o objetivo de assegurar o cumprimento das normas de segurança de voo;

(...)

XXI – regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos;

(...)

XXVIII - fiscalizar a observância dos requisitos técnicos na construção, reforma e ampliação de aeródromos e aprovar sua abertura ao tráfego;

(...)

XXX – expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de voo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem;

(...)

XXXII – regular, fiscalizar e autorizar os serviços aéreos prestados por aeroclubes, escolas e cursos de aviação civil;

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

(...)

Do exposto, conclui-se que cabe à ANAC regular e fiscalizar a infraestrutura aeroportuária, segurança da aviação civil e facilidades do transporte aéreo, competindo-lhe consequentemente a edição de normas que regem o setor e a fiscalização da aderência dos entes regulados às mesmas, cabendo-lhe a adoção de medidas repressivas, corretivas e punitivas em desfavor daqueles que infringem as normas de regência da atividade.

Neste ponto, observa-se que a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986,³⁹ que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA, lista em seus artigos 299 e 302 diversas condutas irregulares que ensejam a aplicação de multa aos infratores. Apesar disso, é importante registrar que existe entendimento consolidado na ANAC e nos tribunais pátrios que os atos infracionais listados nesses artigos do CBA não são exaustivos, possuindo a ANAC delegação por força de lei para a edição de normas que prevejam novas condutas infracionais.

Com relação à possibilidade de criação de condutas infracionais que não estejam previstas no CBA, é bastante didático o caso das autoridades aeroportuárias; de forma geral, não existem condutas infracionais listadas nos artigos 299 e 302 do CBA para esses entes regulados, no entanto existem Resoluções editadas pela ANAC que definem condutas irregulares que ensejam seu sancionamento.

Como exemplo, cita-se acórdão relacionado à ação impetrada pela Infraero – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária em face da ANAC, no qual a estatal questionava a legalidade da aplicação de multa com base em dispositivo infralegal, no caso com base em Resolução da ANAC. Sobre o tema, por unanimidade assim se pronunciou o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

ADMINISTRATIVO. AGÊNCIAS REGULADORAS. ANAC. PODER NORMATIVO. RESOLUÇÃO. SEGURANÇA AEROPORTUÁRIA. DESCUMPRIMENTO. INFRAERO. AUTO DE INFRAÇÃO. LEGALIDADE. MULTA. PODER DE POLÍCIA.

1. Os atos normativos editados pelas agências não são regulamentos autônomos, uma vez que não defluem da Constituição, mas sim da lei instituidora da agência, razão pela qual, tais leis, ao instituírem as agências reguladoras, conferem-lhes também o exercício de um abrangente poder normativo no que diz respeito às suas áreas de atuação.

2. A Lei nº. 11.182/2005, que criou a ANAC, estabeleceu, expressamente, entre as suas atribuições, a expedição de normas técnicas para fins de segurança das operações aeroportuárias em geral.

3. Não ha violação ao princípio constitucional da legalidade, uma vez que a Resolução editada pela autarquia especial trata de campo próprio de regulamentação infralegal por se tratar de matéria técnica que exige constantes atualizações normativas. (...)

4. Ao descumprir a resolução da ANAC, é "perfeitamente cabível a multa aplicada, por advir do Poder de Polícia, da referida agência reguladora". (AC 200983080015831, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::22/06/2010 – Pagina::237.)

(...)

(sem grifos no original)

(TRF-5 – APELAÇÃO CÍVEL AC535416-RN, Relator: Desembargador Federal convocado WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR, Data de Julgamento: 28/02/2012, Segunda Turma, 1ª Vara Federal do Rio Grande do Norte)⁴⁰

³⁹ BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7565.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

A demonstração que a ANAC tem delegação para a edição de normas que estabeleçam condutas infracionais é de fundamental importância ao analisar-se a possibilidade de aplicação do instituto da infração continuada em seu âmbito de atuação, conforme será tratado mais a frente.

Por ora, considerando-se que esta pesquisa trata da possibilidade de aplicação do instituto da infração continuada no âmbito da aviação civil brasileira, será apresentada a seguir uma visão geral de como funciona o processo administrativo sancionador no âmbito da ANAC.

Em linhas gerais, quando um servidor da ANAC designado para o exercício de atividades de fiscalização toma ciência de indícios de infrações, ele é obrigado a promover a apuração imediata dos fatos, mediante a instauração de processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa ao autuado, de acordo com o devido processo legal. Assim, o processo administrativo tem início com a lavratura do Auto de Infração, documento que descreve a infração eventualmente praticada por pessoa física ou jurídica, quando constatada a prática de violação ao Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA, à legislação complementar e às demais normas de competência da autoridade de aviação civil.

O processo de apuração de infrações na Agência atualmente é regido pela Resolução ANAC nº 472, de 6 de junho de 2018⁴¹, que descreve o fluxo do processamento de Autos de Infração, devendo ser lida em conjunto com os demais atos normativos da Agência, sobretudo com seu Regimento Interno, tendo em vista que disposições posteriores podem alterar anteriores sobre a mesma matéria.

A partir da notificação do autuado a respeito da lavratura de Auto de Infração e lhe assegurada a ampla defesa e o contraditório, com prazo de 20 (dias) para apresentação de defesa, o processo estará pronto para receber uma decisão de primeira instância administrativa. As autoridades competentes para julgamento em Primeira Instância são os superintendentes, conforme a área de atribuição definida no Regimento Interno, sendo admitida a delegação. Atualmente, cada Superintendência conta com um setor específico para julgar autos de infração em primeira instância, sendo competente para aplicar, de acordo com Resolução ANAC nº

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº AC535416-RN, Infraero – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeronáutica. Relator: Desembargador Federal Walter Nunes da Silva Júnior, Natal, RN, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www5.trf5.jus.br/cp/>>. Acesso em: 05 ago 2019.

⁴¹ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Resolução nº 472, de 26 de julho de 2018. Estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2018/resolucao-no-472-06-06-2018>>. Acesso em: 01/09/2019.

472/2018, as penalidades de multa pecuniária e suspensão ou cassação punitivas (cumuladas ou não com multa).

Nos casos de aplicação de sanção, poderá o autuado interpor recurso no prazo de 10 (dez) dias após sua notificação acerca da decisão. Nos casos de aplicação de sanção de multa pecuniária, a autoridade competente para julgamento em Segunda Instância é a Assessoria de Julgamento de Autos em Segunda Instância (Asjin). De acordo com Resolução ANAC nº 472/2018, a Asjin possui competência para o julgamento em segunda instância somente nos processos em que a sanção aplicada for de multa pecuniária, sendo o setor também responsável pelo juízo de admissibilidade de pedidos de revisão ou recursos apresentados em decorrência de decisões em segunda instância proferidas pela unidade e pedidos de revisão ou recursos apresentados em decorrência de decisões em primeira instância que impliquem, exclusivamente, em sanções pecuniárias.

Quando for aplicada sanção de suspensão ou cassação, caberá à Diretoria Colegiada da Agência a apreciação de eventuais recursos interpostos, conforme inciso XXVIII do art. 9º da Resolução ANAC nº 381, de 14 de junho de 2016, que alterou o Regimento Interno da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.

Feitas essas considerações gerais sobre o Processo Administrativo Sancionador no âmbito da Agência Nacional de Aviação Civil, cabe ressaltar o que está previsto atualmente no art. 32 da Resolução ANAC nº 472/2018, *in verbis*:

Seção VII

Da Decisão em Primeira Instância

(...)

Art. 32. A decisão de primeira instância conterá motivação explícita, clara e congruente, abordando as alegações do autuado, indicando os fatos e fundamentos jurídicos pertinentes, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 1º **Na hipótese de prática de 2 (duas) ou mais infrações relacionadas, prevista no art. 17 desta Resolução, a apuração conjunta dos fatos não implicará a utilização de critério de dosimetria distinto** do estabelecido na Seção IX do Capítulo II do Título III desta Resolução para a imposição de sanções.

§ 2º As decisões que cominarem sanções deverão discriminar a prática de cada uma das infrações cometidas, **salvo se caracterizada infração continuada conforme normativo específico.**

(sem grifos no original)

A fim de melhor se analisar o previsto, cita-se também o art. 17 da mesma Resolução:

Seção IV

Do Auto de Infração

(...)

Art. 17. Havendo a prática de 2 (duas) ou mais infrações relacionadas a um mesmo contexto fático ou cuja prova de uma possa influir na prova de outra(s), será lavrado

um único auto de infração por pessoa física ou jurídica, individualizando-se todas as condutas e normas infringidas.

Do exposto, verifica-se que a Resolução ANAC nº 472/2018 prevê a possibilidade de lavratura de um único Auto de Infração quando da existência da prática de duas ou mais infrações relacionadas a um mesmo contexto fático, ou cuja prova de uma possa influir na prova de outra, estando previsto no § 1º do art. 32 que a apuração conjunta dos fatos não implicará na utilização de critério distinto de dosimetria. Os critérios de dosimetria estão definidos no art. 36 da mesma Resolução, que dispõe que devem ser consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes listadas nos §§ 1º e 2º, respectivamente; existem três valores de multa definidos para cada tipo infracional, um mínimo, um médio e um máximo; partindo-se do patamar médio as multas devem ser definidas neste patamar quando não incidirem circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou quando elas se equivalerem, e devem ser definidas no patamar mínimo ou máximo a depender da incidência de mais circunstâncias atenuantes ou agravantes, respectivamente.

Por sua vez, o § 2º do art. 32 determina que as decisões que cominarem na aplicação de sanções deverão discriminar a prática de cada uma das infrações cometidas, salvo se caracterizada infração continuada, conforme normativo específico. Neste ponto, observa-se que não existe até a presente data qualquer normativo que estabeleça o que é uma infração continuada no âmbito das infrações atinentes à ANAC.

3.2. Processo administrativo sancionador do DECEA

Conforme já pontuado neste trabalho, embora a ANAC seja responsável por praticamente toda a regulação da aviação civil, é importante observar que compete ao Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), organização do Comando da Aeronáutica (COMAER), planejar, gerenciar e controlar as atividades relacionadas com o controle do espaço aéreo, com a proteção ao voo, com o serviço de busca e salvamento e com as telecomunicações do Comando da Aeronáutica, conforme art. 19 do Decreto nº 6.834, de 30 de abril de 2009, de acordo com a redação dada pelo Decreto nº 7.245, de 28 de julho de 2010.

A fim de julgar as infrações referentes ao Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro (SISCEAB), em particular as Infrações de Tráfego Aéreo, foi instituído em 18 de janeiro de 2011 o Núcleo da Junta de Julgamento da Aeronáutica (JJAER), com base no Decreto nº 7.245, de 28 de julho de 2010. A Junta de Julgamento da Aeronáutica (JJAER) tem

por finalidade apurar, julgar administrativamente e aplicar as penalidades previstas na Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, e na legislação complementar, por infrações de tráfego aéreo e descumprimento das normas que regulam o Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro (SISCEAB).

Atualmente, encontra-se em vigor a Portaria DECEA Nº 258/JJAER, de 10 de dezembro de 2018⁴², que aprovou a reedição da regulamentação da competência, da organização e do funcionamento da Junta de Julgamento da Aeronáutica, assim como dos procedimentos dos respectivos processos.

Analisando-se o conteúdo desta Portaria, verifica-se em seu art. 145 que existe a previsão da infração continuada no âmbito daquele órgão, conforme disposto a seguir:

MINISTÉRIO DA DEFESA
COMANDO DA AERONÁUTICA
DEPARTAMENTO DE CONTROLE DO ESPAÇO AÉREO
PORTARIA DECEA Nº 258/JJAER, 10 DE DEZEMBRO DE 2018
Aprova a reedição da regulamentação da competência, da organização e do funcionamento da Junta de Julgamento da Aeronáutica, assim como dos procedimentos dos respectivos processos.
(...)
Art. 145 Tratando-se de infrações administrativas de mesma natureza, praticadas pelo agente em momentos sucessivos, haverá infração continuada, desde que as condições de tempo, lugar e maneira de execução caracterizem que uma ação ou omissão é a continuação da primeira.
§ 1º Nas infrações de tráfego aéreo, consideram-se infrações continuadas aquelas que são ou deveriam ser oriundas de um mesmo plano de voo.
§ 2º A graduação da penalidade ou da providência administrativa será dada aplicando-se a penalidade ou a providência administrativa correspondente a uma só das infrações, se idênticas, ou à mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.
§ 3º Para fins do disposto no parágrafo anterior, o aumento será graduado segundo o número de infrações praticadas.
§ 4º Quando da aplicação da penalidade de multa, quer isolada, quer cumulativamente com outras penalidades ou providências administrativas, o valor encontrado após o aumento previsto no parágrafo anterior não poderá ultrapassar os limites constantes da Tabela para Enquadramento de Infrações, exceto no caso previsto no parágrafo único do artigo 138 deste Regulamento, desde que respeitado o limite previsto no art. 299 do CBA.
§ 5º Os concursos de infrações ocorrem no serviço de tráfego aéreo quando o mesmo agente infrator pratica duas ou mais infrações em fases de voo distintas, ou planos de voo distintos.
§ 6º Nas violações às normas do SISCEAB, considera-se infração permanente quando há um único ato ilícito cuja conduta perdura no tempo.

Assim, nota-se que as infrações ao tráfego aéreo, de competência do DECEA, já possuem a previsão da aplicação de infração continuada, sendo consideradas infrações continuadas aquelas que são ou deveriam ser oriundas de um mesmo plano de voo, desde que as

⁴² BRASIL. Ministério da Defesa - Comando da Aeronáutica - Departamento de Controle do Espaço Aéreo. Portaria DECEA nº 258/JJAER, de 10 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/58027972> Acesso em: 05/08/2019.

condições de tempo, lugar e maneira de execução caracterizem que uma ação ou omissão é a continuação da primeira.

3.3. Estudos de caso - processos administrativos sancionadores da ANAC

Disposto em linhas gerais como funciona o processo administrativo sancionador na ANAC e no DECEA, serão analisados a seguir três processos administrativos sancionadores da ANAC que são de acesso público⁴³ e nos quais é abordado o tema da infração continuada.

3.3.1 Processo 00068.003477/2016-38

Trata-se de processo administrativo sancionador inaugurado pelo Auto de Infração nº 004200/2016, em face de piloto aeroagrícola, pelo mesmo deixar de indicar, por 12 (doze) vezes, a localidade da área de pouso no campo "observações" do Diário de Bordo, após ter operado em Área de Pouso para Uso Aeroagrícola, contrariando assim a regulamentação vigente à época dos fatos. As irregularidades foram capituladas na alínea “a” do inciso II do art. 302 do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA, c/c item 137.521(d) do RBAC 137.

A alínea “a” do inciso II do art. 302 do CBA, Lei nº 7.565, de 1986, dispõe o seguinte:

CBA
Art. 302. A multa será aplicada pela prática das seguintes infrações:
(...)
II - infrações imputáveis a aeronautas e aeroviários ou operadores de aeronaves:
a) preencher com dados inexatos documentos exigidos pela fiscalização;

Por sua vez, o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil 137 (RBAC 137) disciplina a certificação e estabelece requisitos operacionais para operações aeroagrícolas, e dispunha à época o seguinte em seu item 137.521(d):

RBAC 137
Subparte F - Documentação

⁴³ Disponíveis em: <https://sistemas.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>

137.521 Diário de bordo

(...)

(d) Quando a aeronave operar em área de pouso para uso aeroagrícola, o piloto deve registrar no campo de observações do diário de bordo a localidade onde se encontra tal área de pouso.

Notificado da lavratura do Auto de Infração em 28/6/2016, o autuado apresentou defesa em 18/7/2016, na qual alega que o Diário de Bordo teria sido preenchido com pequeno erro material e que, quando tal tipo de erro é cometido por agente público, seria corrigido de ofício ou convalidado sem nenhuma penalização. Aponta ainda suposto descumprimento do inciso V do art. 8º da Resolução ANAC nº 25, de 2008, por ausência de indicação do cargo ou função do autuante no Auto de Infração.

Após analisar a defesa apresentada, o setor competente de primeira instância decidiu em 23/10/2017 pela aplicação de uma multa no valor de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) para cada uma das 12 (doze) infrações dispostas no Auto de Infração, totalizando o valor de R\$ 14.400,00 (quatorze mil e quatrocentos reais).

Notificado da decisão de primeira instância, o autuado interpôs recurso tempestivo à Agência, no qual alega i) nulidade do Auto de Infração por ausência de indicação do cargo ou função do autuante (argumento já apresentado na defesa e refutado pela primeira instância de julgamento) e ii) a aplicação do conceito de infração continuada.

Verifica-se que as sanções aplicadas pela primeira instância foram mantidas pelo setor competente de julgamento em segunda instância da ANAC (Asjin), e considerando-se que o tema deste trabalho é o instituto da infração continuada, apresenta-se abaixo os argumentos utilizados pelo decisor em segunda instância para refutar sua aplicação:

23. Quanto à alegação de aplicabilidade do instituto da infração continuada ao presente caso, é preciso ressaltar que 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. Observe-se que 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 mandamento expresso dela no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.874, de 1999.

(...)

27. Dessa forma, resta clara a inaplicabilidade do instituto da infração continuada ao caso em tela, já que este não se encontra legalmente previsto no âmbito desta Agência e a Administração está limitada ao cumprimento estrito do que estiver previamente determinado ou autorizado por lei.

28. 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, o 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 administrativo nº 60800.018591/2010-68, originário do Auto de Infração nº 1552/2010 ([0882277](#)), em que se negou a aplicação do referido instituto segundo esse entendimento:

Por mais que o Interessado 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.

29. Diante deste panorama, tem-se que, ao aplicar o indigitado instituto ao presente caso, estar-se-ia afrontando, além do princípio da legalidade, também o da isonomia, pois se daria tratamento distinto aos regulados. Este princípio possui previsão expressa na Constituição Federal de 1988 (...)

30. Tal princípio encontra, dessa forma, aplicação ampla e geral, incidindo, portanto, também no direito administrativo. Constitui-se como o principal instruidor do princípio da impessoalidade, um dos princípios basilares da Administração Pública. Como bem afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, a impessoalidade funda-se no postulado da isonomia e tem desdobramentos explícitos em variados dispositivos constitucionais como o art. 37, II, que exige concurso público para ingresso em cargo ou emprego público, ou no art. 37, XXI, que exige que as licitações públicas assegurem igualdade de condições a todos os concorrentes: "*O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como todos são iguais perante a lei (art. 5º, caput), a fortiori teriam de sê-lo perante a Administração*" (MELLO, C. A. B. de *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiro Editores, 2009, p. 114).

31. Logo, não há que se falar em infração continuada no presente caso.

Analisando-se o trecho disposto da decisão de segunda instância do processo, verifica-se que o setor competente de segunda instância da ANAC decidiu pela inaplicabilidade do instituto da infração continuada, e baseando-se no princípio da legalidade, ressalta que tal instituto, presente no direito criminal, não se encontra previsto nas normas aplicáveis à Agência.

A decisão também destaca que como inexiste previsão legal para aplicação do instituto aos processos administrativos sancionadores da Agência, também inexistem critérios para sua configuração, o que torna impossível a definição do que seria continuidade infracional no âmbito das normas de aviação civil, motivo pelo qual se dispõe que não é praxe do órgão decisor de segunda instância aplicar tal instituto.

Outro ponto importante destacado pela decisão de primeira instância é a necessidade de se respeitar o princípio da isonomia, pois se a aplicação do instituto da infração continuada foi negada em diversos outros processos, não se pode dar num caso concreto sujeito às mesmas normas dos demais um tratamento diferenciado.

3.3.2 Processo 00066.052932/2012-15

Trata-se de processo administrativo sancionador na qual se encontram apensados outros 176 processos, relacionados a 176 Autos de Infração lavrados em face de empresa de táxi aéreo que efetuou diversos voos em aeronave com requisitos de manutenção vencidos.

Considerando-se que os autos dos processos são bastante extensos, de forma a simplificar a descrição se pode afirmar que as tarefas de manutenção que foram encontradas vencidas pela fiscalização afetavam de forma considerável a segurança de voo da aeronave. Dentre os 176 Autos de Infração se observam algumas diferenças de capitulação no que diz respeito à norma complementar infringida, no entanto todos têm em comum a mesma capitulação legal no CBA, qual seja, a alínea “e” do inciso III do art. 302, que assim dispõe:

CBA

Art. 302. A multa será aplicada pela prática das seguintes infrações:

(...)

III - infrações imputáveis à concessionária ou permissionária de serviços aéreos:

(...)

e) não observar as normas e regulamentos relativos à manutenção e operação das aeronaves;

Após análise da defesa apresentada pela autuada, o setor competente de primeira instância considerou configuradas 114 infrações, tendo aplicado desta maneira 114 multas no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – o valor máximo referente ao tipo infracional -, totalizando desta maneira multa no valor de R\$ 1.140.000,00 (um milhão cento e quarenta mil reais).

Notificado da decisão de primeira instância, a empresa autuada reiterou suas alegações apresentadas em defesa, dentre as quais a alegação de continuidade infracional.

Dentre as alegações apresentadas em defesa e recurso relacionadas à continuidade infracional, cabe citar trechos do voto proferido na decisão de segunda instância, que descreve os argumentos apresentados pela defesa:

O Interessado manifesta entendimento de que é aplicável ao caso a vertente da continuidade delitiva, por considerar que se trata de diversas infrações administrativas da mesma espécie e apuradas em um mesmo momento; e que, portanto, deveria ser aplicada apenas uma multa para as diversas infrações em pauta, de acordo com a dosimetria e valoração definida pela Autoridade de Aviação Civil. Complementa seu posicionamento, afirmando que o Auto de Infração em questão seria parte de uma série de Autos lavrados pelo mesmo fato gerador, “em tríplice identidade entre sujeito, fato e fundamento”, aplicando-se, portanto, o princípio do direito do *non bis in*

idem, que vedaria a incidência de mais de uma punição individual por um mesmo fato.

Ao julgar o recurso em segunda instância, a turma recursal da Assessoria de Julgamentos de Autos em Segunda Instância (Asjin) do Rio de Janeiro, por unanimidade, negou-lhe provimento. Neste ponto, cabe apresentar o disposto no voto da relatora do processo na segunda instância, que ao enfrentar as alegações relacionadas à incidência da continuidade delitiva assim se manifestou:

Diante da alegação do Interessado quanto à continuidade do delito infracional, em concordância com o setor de primeira instância, no presente caso, evidenciam-se 114 infrações autônomas descritas nos autos de infração listados nos processos nº 37 a 150 da Tabela 1.

Cabe dizer que, cada operação da aeronave em situação irregular, pelo descumprimento de qualquer regulamento, dá ensejo a infrações distintas. Assim, verifica-se que cada irregularidade constatada nos referidos autos de infração são todas autônomas passíveis, portanto, de aplicação de penalidades de forma independente, pelo fato de se referirem a operações distintas ocorridas em datas, horários e etapas de voo distintos.

Ainda, cabe ressaltar que, no caso concreto, não se pretende aplicar múltiplas punições para uma mesma conduta, pois tratam-se de 114 diferentes condutas, devendo ser analisado cada ato infracional imputado que resulta, se confirmado na aplicação da penalidade.

Dessa maneira, afasta-se também a alegação da Recorrente quanto à aplicação do princípio *non bis in idem*, conforme já mencionado, verifica-se que as irregularidades descritas nos referidos autos de infração não representam o mesmo fato gerador, ou seja, verifica-se que ocorreram operações distintas da aeronave em situação irregular quanto às inspeções e/ou DA vencidas.

Conforme citado pelo setor de primeira instância, “também não se pode admitir que, como defende a autuada, diversas condutas infracionais de natureza similar, ou “de mesma espécie” sejam punidas em conjunto, com uma única multa. Entender dessa forma seria admitir que aquele já que efetuou uma operação em situação irregular continuasse a fazê-lo impunemente – afinal, como consequência de tal entendimento, a autuada seria penalizada na mesma medida por operar uma ou dezenas de vezes a aeronave em descumprimento à legislação aeronáutica. É necessário, portanto, com vistas a preservar a efetividade da ação punitiva por parte da Administração, que um infrator seja penalizado de maneira proporcional ao número de violações por ele praticadas.”

Importante ressaltar que a Resolução ANAC nº 13/2007, já revogada, e a atual Resolução ANAC nº 25/2008, que dispõem sobre o processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades, no âmbito da competência da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, azem qualquer menção sobre tratamento de infrações permanentes ou continuadas.

Portanto, evidenciam-se infrações autônomas descritas nos referidos autos de infração, não podendo, portanto, ser acostada a alegação da continuidade do delito infracional e aplicação do princípio *non bis in idem*.

Do exposto, verifica-se que as 114 operações realizadas com a aeronave em situação irregular de manutenção foram consideradas autônomas, sendo destacado que cada operação em situação irregular, pelo descumprimento de qualquer regulamento, dá ensejo a infrações distintas, ou seja, “são todas autônomas passíveis, portanto, de aplicação de penalida-

des de forma independente, pelo fato de se referirem a operações distintas ocorridas em datas, horários e etapas de voo distintos”.

É importante também frisar o entendimento que já havia sido exposto pelo setor competente de primeira instância e com o qual a relatora em segunda instância dispõe concordar: entender que diversas condutas infracionais de natureza similar, ou “de mesma espécie” sejam punidas em conjunto com uma única multa, seria admitir que aquele já que efetuou uma operação em situação irregular continuasse a fazê-lo impunemente, sendo portanto, com vistas a preservar a efetividade da ação punitiva por parte da Administração, que um infrator seja penalizado de maneira proporcional ao número de violações por ele praticadas.

Outro ponto importante disposto pela relatora diz respeito à inexistência à época dos fatos e do julgamento de qualquer menção sobre tratamento de infrações permanentes ou continuadas no âmbito de atuação da ANAC, o que infere-se, está relacionado com o princípio da legalidade.

3.3.3 Processo 00066.039844/2014-90

Trata-se de processo administrativo em face de empresa de táxi aéreo que permitiu que seus prepostos preenchessem planos de voo a fim de operar aeronave com indicação de aprovação para as operações RVSM (Separação Vertical Mínima Reduzida, do inglês *Reduced Vertical Separation Minimum*), sem que naquelas datas a aeronave e o operador estivessem autorizados pela ANAC a realizar operações no espaço aéreo RVSM. Foram verificados 110 (cento e dez) operações da aeronave nesta situação irregular, sendo as irregularidades capituladas na alínea “e” do inciso III do art. 302 do CBA, c/c o Apêndice G do Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica – RBHA 91.

A alínea “e” do inciso III do art. 302 do CBA dispõe o seguinte:

CBA

Art. 302. A multa será aplicada pela prática das seguintes infrações:

(...)

III - infrações imputáveis à concessionária ou permissionária de serviços aéreos:

(...)

e) não observar as normas e regulamentos relativos à manutenção e operação das aeronaves;

Por sua vez, o Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica - RBHA 91 estabelece regras gerais de operação para aeronaves civis. Ele é aplicável nos termos do Apêndice G - Operação em Espaço Aéreo com Separação Vertical Mínima Reduzida - RVSM:

Seção 1. Definições

Espaço aéreo com separação vertical mínima reduzida (RVSM). Dentro de um espaço aéreo RVSM, o controle de tráfego aéreo (ATC) separa verticalmente as aeronaves por um mínimo de 1000 pés entre os níveis de voo (FL) 290 e FL 410 inclusive. Espaço aéreo RVSM é um espaço aéreo de qualificação especial; **o operador e a aeronave usada pelo operador necessitam ser aprovados pelo DAC.** O controle de tráfego aéreo fornece aos operadores RVSM as informações para planejamento da rota.

(...)

Seção 2. Aprovação da Aeronave

(a) Um operador pode ser autorizado a conduzir operações RVSM se o DAC verificar que a aeronave cumpre com as condições desta seção.

(...)

Seção 3. Autorização do Operador

(a) A autorização para um operador conduzir voo num espaço aéreo onde o RVSM é aplicado é emitida nas especificações operativas ou através de uma carta de autorização, como aplicável. Para emitir a autorização o DAC deve verificar se a aeronave do operador foi aprovada de acordo com a Seção 2 deste apêndice e se o operador atende a esta seção.

(b) O requerente de autorização para operar dentro de um espaço aéreo RVSM deve requerer na forma e da maneira estabelecida pelo DAC. O requerimento deve incluir o seguinte:

(...)

Seção 4. Operações RVSM

(a) Cada pessoa requerendo uma autorização para operar dentro de um espaço aéreo RVSM deve anotar corretamente no plano de voo preenchido para o controle de tráfego aéreo a situação do operador e da aeronave no que diz respeito à aprovação RVSM. Cada operador deve verificar a aplicabilidade do RVSM para a rota planejada através de fontes apropriadas de informações sobre planejamento de voo.

(b) Nenhuma pessoa pode informar, em um plano de voo preenchido para o controle de tráfego aéreo, que um operador ou aeronave está aprovado para operações RVSM, ou operar em uma rota ou área onde a aprovação RVSM é requerida, a menos que:

(1) O operador seja autorizado pelo DAC para executar tais operações; e

(2) A aeronave tenha sido aprovada e atenda aos requisitos da seção 2 deste apêndice.

(...)

(sem grifos no original)

Após refutar os argumentos apresentados em defesa pela autuada, o setor competente de primeira instância confirmou os atos infracionais notificados no Auto de Infração nº 001088/2014/SPO e aplicou 110 multas no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), patamar mínimo referente ao tipo infracional, totalizando o montante de R\$ 440.000,00 (quatrocentos e quarenta mil reais).

Neste ponto, vale destacar trecho da decisão de segunda instância proferida, que trata do conteúdo do recurso interposto pela autuada:

Em grau recursal, o interessado alega, novamente, que houve erro no enquadramento do AI pois entende que não há qualquer relação entre o fato e a capitulação feita, tendo em conta que o núcleo da infração é informar no plano de voo, através de seu

preenchimento, equivocadamente a situação da aeronave no que tange a aprovação para voar RVSM. Dessa maneira, deduz que a infração deveria estar enquadrada no art. 302, inciso II, alínea "a" do CBA (preencher com dados inexatos documentos exigidos pela fiscalização). **Partindo desse raciocínio prossegue argumentando que o legislador considerou como sendo uma única infração preencher vários documentos, com dados inexatos, logo, deve-se reconhecer a aplicabilidade da teoria da continuidade delitiva para o caso em tela.** Por fim requer o reenquadramento do Auto de Infração para o art. 302, inciso II, alínea "a" do CBA e que seja aplicada a teoria da continuidade delitiva, para fins de aplicação de sanção. (sem grifos no original)

Ao tratar das alegações da autuada, a decisão de segunda instância dispõe o seguinte a respeito do instituto da continuidade delitiva:

No que tange à aplicabilidade da teoria da continuidade delitiva para o caso em tela, tecemos os seguintes comentários.

Primeiramente vale ressaltar que 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. Ademais, 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 mandamento expresso dela no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999.

(...)

Dessa forma, resta clara a inaplicabilidade do instituto da infração continuada ao caso em tela, 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.

Destaque-se, ainda que, no Direito Criminal, a aplicação do instituto do *crime continuado* depende de que alguns critérios sejam preenchidos, critérios esses estabelecidos e elencados no dispositivo legal que prevê a incidência do instituto, o art. 71 do Código Penal. 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 mais que a Interessada entenda que as infrações possam 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.

Ademais, vale lembrar que a infração administrativa, quanto ao resultado, aos efeitos provocados pela conduta do infrator - mas sem com ela se confundir - pode ser material ou formal. Enquanto as infrações materiais exigem um resultado que não se confunde, nem se esgota, com a conduta do infrator, as infrações formais ou de *mera conduta* são aquelas que se concretizam independentemente de um efetivo resultado externo à tipificada conduta. [FERREIRA, Daniel. Infrações e sanções administrativas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>].

Ora, nota-se que é exatamente o caso tratado nos presentes autos. As infrações cometidas pela interessada devem ser consideradas como distintas, uma vez que, cada uma das 110 (cento e dez) condutas, conforme RBHA 91 - **informar, em um plano de voo preenchido para o controle de tráfego aéreo, que um operador ou aeronave está aprovado para operações RVSM, ou operar em uma rota ou área onde a aprovação RVSM é requerida, sem que haja autorização desta Agência**

Reguladora -está aperfeiçoada no momento em que a autuada pratica o fato descrito na norma, independentemente do resultado, e assim, devem ser puníveis de forma individualizada. Sendo aquele normativo de cumprimento obrigatório para todos aqueles que operam aeronaves civis, o seu descumprimento implica, por sua vez, a subsunção da infração à alínea “e”, do inciso III, do artigo 302 do CBA.

Desse modo, afasto as razões da recorrente e, diante da comprovação dos atos infra-cionais pelo descumprimento da legislação, restou configuradas as irregularidades apontadas no AI nº 001088/2014/SPO, ficando a Interessada sujeita a aplicação das sanções administrativas.

(sem grifos no original)

Do exposto, nota-se que a decisão de segunda instância foi na mesma linha do processo 00068.003477/2016-38, citado no item 3.3.1 deste trabalho, motivo pelo qual não serão dispostos maiores comentários a respeito da mesma. Por fim, ressalte-se que este processo foi judicializado pelo autuado, tramitando atualmente na 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sob o número de processo 5010730-96.2019.4.03.0000. Embora ainda não exista decisão tomada no processo, por se tratar de um processo na qual consta no polo passivo a Agência Nacional de Aviação Civil, trata-se de um caso interessante e que deve ser acompanhado de perto.

3.4. Propostas legislativas relativas ao instituto da infração continuada

Objetivando enriquecer a discussão a respeito do tema da infração continuada na aviação civil, a seguir será apresentado um projeto de lei que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados e um anteprojeto de lei proposto por acadêmicos do Mestrado em Direito da FGV. O primeiro trata diretamente da aplicação do instituto da infração continuada na aviação civil brasileira, enquanto o segundo aborda o tema de forma genérica no âmbito dos processos administrativos sancionadores das agências reguladoras brasileiras.

3.4.1 Projeto de Lei nº 10.083/2018

Durante esta pesquisa, verificou-se que consta em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 10.083/2018⁴⁴, que propõe alterar a Lei nº 7.565/1986 (Código

⁴⁴ Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 10.083/2018 - Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que "Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica", para dispor sobre a penalidade de advertência e infração continuada. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idPropo->

Brasileiro de Aeronáutica), para dispor sobre a penalidade de advertência e infração continuada, conforme transcrição integral do texto proposto disposta abaixo:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei acrescenta dispositivos ao art. 289 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que “Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica”, para dispor sobre a penalidade de advertência e infração continuada.

Art. 2º O art. 289 da Lei nº 7.565, de 1986, passa a vigorar acrescido dos seguintes dispositivos:

Art. 289.....

IV – advertência

§ 1º A penalidade de advertência será aplicada nas infrações de menor potencial ofensivo, definidas em regulamento da autoridade aeronáutica ou do órgão regulador, nos casos em que a ação ou omissão não resultar em perigo para a segurança da aviação.

§ 2º Quando o infrator cometer infração continuada, ser-lhe-á aplicada a penalidade de uma só das infrações, se idênticas, ou da mais grave, se diversas.

§ 3º Entende-se como infração continuada o cometimento de duas ou mais infrações da mesma espécie e nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

(sem grifos no original)

Dentre as justificativas apresentadas pelo Deputado Márcio Alvino, autor da Proposta de Lei, para promover a alteração merecem destaque os seguintes trechos:

(...)

O art. 289 da Lei nº 7.565/86, que institui o Código Brasileiro de Aeronáutica, prevê a aplicação de várias penalidades pelo descumprimento das normas que regem o setor da aviação civil. Não se encontra, entretanto, no rol dessas possibilidades, a penalidade de advertência. Como consequência disso, o que se verifica no setor aéreo é um exagero de punições no âmbito do procedimento fiscalizatório, que resulta numa enxurrada de recursos com o objetivo de atenuar as penalidades aplicadas aos operadores.

Outra ressalva se faz à própria metodologia punitiva que orienta a atuação fiscalizatória da Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC, que pune cada ação ou omissão, tida como irregular, como se fossem eventos isolados, ainda que esses eventos estejam absolutamente conectados e sejam a continuação de uma mesma infração.

Importante salientar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ – já reconheceu a possibilidade de considerar infração continuada na administração pública quando há sequência de diversos ilícitos de mesma natureza, apurados em uma única ação fiscal, in verbis: “há infração continuada quando a administração pública, em uma mesma oportunidade fiscalizatória, constata a ocorrência de diversas infrações da mesma natureza, o que enseja a aplicação de multa singular” (REsp 1666784/RJ).

(...)

Em segundo lugar, propomos a criação da figura da infração continuada, que ocorre quando há o cometimento de duas ou mais infrações da mesma espécie e nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. Nesses casos, será aplicada ao infrator a penalidade de uma só das infrações, se idênticas, ou da mais grave, se diversas.

Esperamos, com essas medidas, tornar mais efetivo o sistema punitivo no setor da aviação civil, em prol do aumento da segurança dos voos operados em território nacional.

(...)

Inicialmente, chama a atenção o fato da pena de “advertência” ter sido incluída no inciso IV do art. 289 do Código Brasileiro de Aeronáutica, uma vez que atualmente o art. 289 do CBA possui cinco incisos, e encontra-se em vigor de acordo com o texto a seguir:

Código Brasileiro de Aeronáutica (...)

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

De acordo com a plataforma de consulta a Projetos de Lei da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 10.083/2018 foi protocolado pelo Deputado Márcio Alvino em 18/04/2018, sendo o mesmo apensado ao Projeto de Lei nº 9.800/2018⁴⁵ em 03/05/2018. Da análise do Projeto de Lei nº 9.800/2018 percebe-se que ambos têm em comum a previsão da pena de advertência no art. 289 do CBA, o que explica o apensamento de ambos para sua tramitação conjunta.

Em 28/11/2018, foi aprovado por unanimidade na Comissão de Viação e Transportes (CVT) da Câmara dos Deputados Parecer que trata de ambos os Projetos de Lei. No relatório aprovado o relator dispõe que a matéria é de tremenda relevância, pois visa prever em lei “*procedimentos administrativos que tornem mais racional e efetivo o trabalho de fiscalização da Agência Nacional de Aviação Civil*”. Ainda no relatório o Deputado acrescenta informações publicadas pela ANAC em 2017 relativas à Resolução ANAC nº 472/2018, quando a mesma ainda estava sendo colocada em consulta pública, e destaca trechos da Resolução posteriormente aprovada e atualmente em vigor que foram de encontro com as propostas levadas a termo pelos Projetos de Lei nº 9.800/2018 e 10.083/2018.

Neste ponto, é interessante apresentar a literalidade do que foi disposto no relatório:

(...)

Tendo em vista que a Resolução nº 472/18, da ANAC, ataca corretamente problemas identificados pelos autores dos dois projetos em exame, seria razoável admitir que ambas as propostas perdem sua razão de ser, isto é, deixam de se fazer necessárias para aperfeiçoar a atividade de fiscalização da aviação civil.

Todavia, uma importante indagação se apresenta: considerando o desiderato da segurança jurídica, não convém inscrever na lei a possibilidade de o regulador se valer dos procedimentos aqui mencionados?

⁴⁵ Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 9.800/2018 - Acrescenta parágrafos ao art. 289 da Lei nº 7.565, de 1986, para dispor sobre a aplicação de advertência nas infrações de menor potencial ofensivo. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2169433&ord=1>>. Acesso em 18/06/2019.

O fato é que o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 1986) não prevê entre as providências administrativas cabíveis em face de uma infração a adoção de advertência. Tampouco se ocupa da hipótese de infração continuada.

Assim, embora esteja de acordo com as disposições presentes na Resolução nº 472/18, da ANAC, entendo prudente que os procedimentos a que se referem os Projetos de Lei nº 9.800/18 e nº 10.083/18 sejam incluídos no Código Brasileiro de Aeronáutica, evitando, com isso, o surgimento de discussão jurídica relacionada à validade da medida de advertência ou à caracterização das infrações continuadas.

É por isso que voto pela aprovação do Projeto de Lei nº 9.800, de 2018, e do Projeto de Lei nº 10.083, de 2018, na forma do substitutivo anexo

Do exposto, verifica-se que o relatório considera que a Resolução ANAC nº 472/2018 ataca corretamente os problemas identificados pelos autores dos projetos de Lei, no entanto por segurança jurídica, considerou-se prudente a inclusão da pena de advertência e do instituto da infração continuada no CBA.

Por fim, cabe tecer considerações pelo texto substitutivo adotado e aprovado pela Comissão, disposto abaixo:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei acrescenta dispositivos à Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que “Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica”, para incluir a advertência no rol de providências administrativas cabíveis em caso de cometimento de infração, e para definir o tratamento aplicável no caso da prática de infração continuada.

Art. 2º A Lei nº 7.565, de 1986, passa a vigorar com as seguintes alterações:

I – Acrescenta-se ao art. 289 os seguintes dispositivos:

“Art. 289.....
.....
VI – advertência.

§ 1º A advertência poderá ser aplicada se constatada infração de baixo potencial ofensivo ou que não afete a segurança das operações aéreas, conforme definido em regulamento, cabendo a fixação de prazo para reparação da irregularidade.

§ 2º Findo o prazo mencionado no § 1º deste artigo, sem que o infrator tenha reparado a irregularidade que deu causa à advertência, poderá a autoridade aeronáutica tomar as demais providências administrativas previstas no caput deste artigo.” (NR)

II – Acrescenta-se ao art. 291 o seguinte dispositivo:

“Art. 291.....
.....

§ 3º Havendo a prática de duas ou mais infrações relacionadas a um mesmo contexto fático ou cuja prova de uma possa influir na prova de outras, será lavrado um único auto de infração, individualizando-se todas as condutas e normas infringidas.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Primeiramente, destaca-se que a pena de advertência foi inserida no inciso VI do art. 289 do CBA, o que sugere que a proposta inicial do mesmo ser inserido no inciso IV tratava-se de mero erro de digitação.

Com relação à proposta de inserção do § 3º no art. 291 do CBA, é preciso avaliar sua efetividade com relação à aplicação do instituto da infração continuada. Nota-se que o texto é praticamente o mesmo disposto no art. 17 da Resolução ANAC nº 472/2018, disposto abaixo:

Resolução nº 472/2018 (...)

Art. 17. Havendo a prática de 2 (duas) ou mais infrações relacionadas a um mesmo contexto fático ou cuja prova de uma possa influir na prova de outra(s), será lavrado um único auto de infração por pessoa física ou jurídica, individualizando-se todas as condutas e normas infringidas.

Embora a justificativa do Projeto de Lei seja no sentido de inserir a previsão da infração continuada no Código Brasileiro de Aeronáutica, entende-se que a proposta de texto tal como aprovada na Comissão de Viação e Transportes não é efetiva, pois o fato de ser lavrado um único auto de infração que individualize todas as condutas e normas infringidas não acarreta no sancionamento de apenas uma multa ou na aplicação do instituto da infração continuada. Pelo contrário, observa-se que a previsão da lavratura de um único auto de infração com a individualização de mais de uma conduta já estava prevista inclusive na já revogada Resolução ANAC nº 25/2008, que antes da publicação da Resolução ANAC nº 472/2018 regia o processo de apuração de infrações na Agência, e nunca significou a aplicação do instituto da infração continuada.

Sobre esse assunto, importa observar o que está previsto no § 1º do art. 32 da Resolução ANAC nº 472/2018: *“Na hipótese de prática de 2 (duas) ou mais infrações relacionadas, (...) a apuração conjunta dos fatos não implicará a utilização de critério de dosimetria distinto (...) para a imposição de sanções”*; ou seja, o texto substitutivo adotado e aprovado pela Comissão carece de efetividade quanto aos objetivos dos projetos.

Por fim, registre-se que os Projetos de Lei foram arquivados em 31/01/2019, nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que determina que no fim de uma legislatura as proposições que ainda se encontrem em tramitação devam ser arquivadas. Em 20/02/2019 os mesmos foram desarquivados, sendo este o último movimento dos projetos.

3.4.2 Anteprojeto de Lei

Durante a execução desta pesquisa foi encontrado anteprojeto de Lei publicado no livro *“Processo administrativo nas agências reguladoras: uma proposta de disciplina legislativa”*, confeccionado por alunos do Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação, da turma de 2014 da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas.

De acordo com a apresentação do livro,

Trata-se da elaboração de anteprojeto de lei que se propõe a disciplinar o processo administrativo no âmbito das agências reguladoras federais, destacando pontos essenciais ao tema, tais como: (i) delimitação do conceito de agência reguladora e suas principais características; (ii) etapas do processo normativo, com ênfase no modelo de gestão de risco e análise de impacto regulatório, seguido por um programa de efetivo rigor e controle da manutenção dos objetivos da regulação; (iii) mecanismos de fiscalização e sanção; (iv) procedimentalização dos instrumentos consensuais de resolução de conflitos, com a possibilidade de celebração de acordos entre os agentes envolvidos; (v) relacionamento com outros órgãos estatais; e (vi) mecanismos de participação e prestação de contas.

O anteprojeto de Lei proposto na publicação trata de forma genérica o instituto da infração continuada em seu art. 34, nos seguintes termos:

Art. 34 Será caracterizada como infração administrativa continuada a prática, pelo mesmo agente, de mais de uma ação ou omissão que configurem a mesma infração administrativa e que, pelas condições de tempo, segmento de mercado e maneira de execução, indiquem a existência de relação de continuidade entre as condutas praticadas.

Parágrafo único. Nos casos de infração administrativa continuada deverá ser agravada a sanção, conforme critérios a serem disciplinados em ato normativo de cada agência reguladora.

Assim, observa-se que os autores além de proporem a ocorrência do instituto da infração continuada no âmbito administrativo, também destacam que os critérios para sua aplicação devem ser disciplinados em ato normativo de cada agência reguladora.

3.5. A política de aplicação de sanções em outras autoridades de aviação civil

A seguir será disposto um breve sumário a respeito da política de aplicação de sanções para a aviação civil empregadas pela autoridade de aviação civil dos Estados Unidos e da Europa, que podem servir de base para a edição de norma relativa ao assunto no Brasil.

3.5.1 A política de aplicação de sanção na autoridade de aviação civil dos Estados Unidos da América – *Federal Aviation Administration - FAA*

A aviação civil nos Estados Unidos é regulada pela *Federal Aviation Administration – FAA*. Atualmente, o documento que trata do sancionamento de infratores é a Order 2150.3C⁴⁶, intitulada *FAA Compliance and Enforcement Program*.

O documento é bastante abrangente com relação aos mais diversos aspectos da regulação da atividade de aviação civil, e no Capítulo 9 são apresentadas as políticas de sancionamento de infratores, intitulado “*Legal Enforcement Action Sanction Policy*”, com orientações gerais sobre como a autoridade de aviação civil seleciona o tipo de sanção a ser aplicada e o respectivo valor da sanção.

O processo para determinação das sanções que devem ser impostas a um infrator está detalhado no subitem 6 do Capítulo 9, e será apresentado de forma resumida a seguir:

a) inicialmente o conselho da FAA que determina as sanções a serem impostas analisa o nível de severidade de uma violação identificada a partir de tabelas existentes no próprio documento, que listam inúmeras infrações possíveis e os entes regulados que podem estar envolvidos nessas violações;

b) a seguir, a partir de orientações também dispostas no documento, é identificado o grau de culpabilidade do infrator, que pode ter três classificações: a primeira e mais leve se refere a uma violação por descuido, sem ser configurada imprudência ou intenção; a segunda, por imprudência, quando a conduta do infrator demonstra uma grande desconsideração ou indiferença deliberada com relação à segurança ou aos padrões de segurança; a terceira e mais grave é a intencional, quando o infrator sabe que sua conduta é irregular ou proibida.

c) através do nível de severidade da violação e do grau de culpabilidade do infrator, uma tabela também disposta no documento serve para se identificar a faixa geral de sancionamento que deverá ser observada; que pode ser baixa, moderada, alta ou máxima.

d) a partir das informações já levantadas, são definidas as sanções específicas que devem ser imposta ao infrator através de uma nova tabela; nesta tabela existe uma linha que prevê a suspensão de um detentor de certificado e as faixas de suspensão em dias, que dependem da faixa geral de sancionamento encontrada no passo anterior; adicionalmente, existem mais 17 linhas na tabela, todas apresentando faixas de valores de multas que devem ser apli-

⁴⁶ UNITED STATES OF AMERICA. Federal Aviation Administration – FAA. Order 2150.3C Compliance and Enforcement Program. Disponível em: <https://www.faa.gov/documentLibrary/media/Order/FAA_Order_2150.3C.pdf>. Acesso em: 10/07/2019.

cadadas para os diversos tipos de infratores, dependendo da faixa geral de sancionamento definida; como exemplo, só com relação ao tamanho das empresas existem seis opções diferentes.

A partir da sanção específica encontrada no último passo descrito acima, o conselho da FAA identifica possíveis circunstâncias agravantes ou atenuantes aplicáveis ao caso, levando em consideração fatores tais como o grau de perigo da conduta, o histórico de violações do infrator, o nível de experiência do detentor de certificado, o grau de disposição à se adequar às normas, se as violações são sistêmicas ou isoladas, se foram tomadas ações corretivas antes ou depois da constatação da infração pela FAA, qual o grau de inadvertência do infrator com relação a conduta, se foi realizado o reporte voluntário da conduta e se o condutor foi condenado criminalmente pela conduta. Em processo similar ao que é feito pela ANAC, são quantificadas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, partindo-se do patamar médio da faixa de sanção a ser imposta é definida a sanção a ser aplicada.

Finalmente, chega-se ao motivo principal da apresentação deste resumo de como ocorre o processo sancionatório na aviação civil dos Estados Unidos: após todos os passos para definição da sanção a ser imposta, que estão definidos entre os subitens 6(a) e 6(g) do Capítulo 9 da Order 2150.3C, os subitens 6(i) e 6(j) apresentam orientações relativas a “*multiple acts*”.

As orientações gerais a respeito do que são “*multiple acts*” estão no subitem 6(i), que atesta que as ações de *legal enforcement* frequentemente envolvem atos múltiplos que resultam em violações, e que de forma ordinária a sanção nesses casos é determinada pela soma individual da penalidade por cada ato; entretanto, a FAA reconhece que isso pode produzir uma sanção desproporcionalmente severa, o que fará com que o conselho reduza a sanção a um nível proporcional aos fatos e circunstâncias do caso. O documento também prevê que alguns casos podem ser tão sérios que podem requerer um sancionamento superior à soma das penalidades individuais ou podem indicar uma falta de qualificação que requeira ação corretiva.

Já o subitem 6(j) detalha de forma minuciosa a política especial que define limites nos casos que envolvem atos múltiplos que resultem em múltiplas violações originadas de um ato ou omissão inicial, que aqui nesse trabalho chamamos de infração continuada, a fim de se prevenir sanções desproporcionalmente altas.

O documento dispõe de forma enfática que as considerações especiais só valem para as violações no qual o grau de culpabilidade é o “descuido”, não devendo ser aplicadas para os casos em que o grau de culpabilidade é a “imprudência” ou “intencional”.

A fim de determinar a penalidade apropriada em um caso onde a política especial pode ser aplicada, o conselho da FAA utiliza o menor entre os seguintes valores: o valor da soma de todas as penalidades calculado de forma ordinária, conforme definido entre os itens 6(a) e 6(g) do Capítulo 9 da Order, ou o valor previsto nestas considerações especiais.

Para determinar o valor da penalidade com as considerações especiais, inicialmente é determinado o valor da penalidade para a primeira ação ou omissão verificada que originou as demais violações, de acordo com as regras ordinárias para sua determinação.

Para as múltiplas violações resultantes da primeira violação, deve-se utilizar uma tabela disposta dentro do mesmo subitem que apresenta as faixas de sanção que devem ser aplicadas, com base no tipo de infrator e no grau de severidade das violações. Nos casos que envolverem múltiplas violações que resultaram de uma mesma ação ou omissão inicial que tenham diferentes níveis de severidade, o conselho deverá utilizar o mais alto nível de severidade existente. A partir da faixa de valores da multa a ser aplicada definida através da tabela, devem ser consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes para a determinação da penalidade que deve ser aplicada.

Ao final, a sanção a ser aplicada deverá ser a soma da sanção individual calculada para o primeiro ato mais o valor calculado da penalidade a ser aplicada devido às múltiplas violações verificadas.

Este exemplo de como é calculada a sanção pela autoridade de aviação civil dos Estados Unidos demonstra que existe a preocupação daquela autoridade em garantir a proporcionalidade das sanções aplicadas e chama muito a atenção o fato das condições especiais só poderem ser aplicadas às violações no qual o grau de culpabilidade do infrator é o “descuido”, não cabendo para os casos de “imprudência” ou “intencional”.

3.5.2 A política de aplicação de sanção na autoridade de aviação civil europeia - *European Union Aviation Safety Agency – EASA* – Agência Europeia para a Segurança da Aviação Civil

No âmbito da Agência Europeia Para a Segurança da Aviação (*EASA*), verificou-se que o próprio documento de criação do órgão define limites para a aplicação de multas aos entes regulados.

Trata-se do Regulamento da Comunidade Europeia – (CE) n.º 216/2008⁴⁷, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 20 de fevereiro de 2008, “*relativo a regras comuns no domínio da aviação civil e que cria a Agência Europeia para a Segurança da Aviação, e que revoga a Directiva 91/670/CEE do Conselho, o Regulamento (CE) n.º 1592/2002 e a Directiva 2004/36/CE*”. Atualmente, o documento vigora em sua quarta revisão, datada de 5 de janeiro de 2016.

As multas (chamadas no documento em português de coimas) e as sanções pecuniárias compulsórias de carácter periódico são tratadas no art. 25 do documento, que dispõe o seguinte:

Regulamento da Comunidade Europeia – (CE) n.º 216/2008 (...)

Artigo 25.º

Coimas e sanções pecuniárias compulsórias de carácter periódico

1. Sem prejuízo dos artigos 20.º e 55.º, a Comissão pode, a pedido da Agência:

a) Aplicar coimas às pessoas e às empresas para as quais a Agência tenha emitido um certificado, sempre que estas infringjam, intencionalmente ou por negligência, as disposições do presente regulamento ou as suas regras de execução;

b) Aplicar, às pessoas e às empresas para as quais a Agência tenha emitido um certificado, sanções pecuniárias compulsórias de carácter periódico, calculadas a partir da data fixada na sua decisão, a fim de obrigar as pessoas e as empresas em causa a cumprirem as disposições do presente regulamento e as suas regras de execução.

2. As coimas e sanções pecuniárias compulsórias de carácter periódico a que se refere o n.º 1 devem ser dissuasivas e proporcionadas, quer quanto à gravidade da infracção quer quanto à capacidade financeira do titular do certificado, tendo em conta, designadamente, a gravidade do risco para a segurança. O montante das coimas não pode exceder 4 % do rendimento ou do volume de negócios anual do titular de um certificado. O montante da sanção pecuniária compulsória não pode exceder 2,5 % da média diária do rendimento ou do volume de negócios do titular de um certificado.

3. A Comissão aprova, nos termos do n.º 3 do artigo 65.º, regras pormenorizadas para a execução do presente artigo. Neste contexto, a Comissão deve especificar, designadamente:

a) Os critérios pormenorizados para a fixação do montante do pagamento da coima ou da sanção pecuniária compulsória; e

b) Os procedimentos de inquérito, as medidas conexas e a metodologia de elaboração de relatórios, bem como o regulamento interno que preside à tomada de decisões, incluindo as disposições em matéria de direitos de defesa, acesso ao processo, representação legal, confidencialidade, disposições temporárias, fixação dos montantes e cobrança das coimas e sanções pecuniárias compulsórias de carácter periódico.

4. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias dispõe de plena jurisdição para fiscalizar decisões em que a Comissão tenha fixado uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória de carácter periódico. O Tribunal de Justiça pode revogar, reduzir ou agravar a coima ou a sanção pecuniária compulsória de carácter periódico que tenha sido imposta.

5. As decisões tomadas nos termos do n.º 1 não possuem natureza penal.

(sem grifos no original)

⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento da Comunidade Europeia – (CE) n.º 216/2008. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02008R0216-20160126&from=EN>>. Acesso em: 10/07/2019.

Do artigo, verifica-se que embora não sejam detalhados muitos critérios tal como faz o normativo da *Federal Aviation Administration*, o montante das coimas, ou multas, não pode exceder 4% do rendimento ou do volume de negócios anual do titular de um certificado. Assim, entende-se que mesmo sem haver definições complexas a respeito de infrações continuadas, a limitação imposta para o montante de multas acaba por tratar do tema.

Também é interessante notar que no item 1 do art. 25 é definido que as multas podem ser aplicadas às pessoas e às empresas sempre que estas infringjam, intencionalmente ou por negligência, as disposições do regulamento, não existindo diferenciação entre a violação ter sido intencional ou por negligência para aplicação do limite de 4% definido.

4. RESULTADOS DA PESQUISA

Neste capítulo serão analisados os resultados alcançados por esta pesquisa com relação à aplicação do instituto da infração continuada no âmbito da aviação civil brasileira.

Conforme demonstrado no capítulo 2 desta pesquisa, na Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, que “*Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências*”, o legislador incluiu na lei a hipótese de ocorrência de infração continuada, no entanto sem definir como ela seria configurada no âmbito administrativo.

Através da análise dos acórdãos apresentados nesta pesquisa relativos a processos administrativos sancionadores judicializados da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP e da análise dos normativos que regem a atividade de fiscalização daquela Agência, verifica-se que mesmo sem existir definição de infração continuada em seu âmbito de atuação o judiciário definiu a aplicação do instituto da infração continuada nos dois processos apresentados nesta pesquisa, tomando como analogia para isso o previsto no Código Penal.

Embora o Poder Judiciário tenha o poder de rever decisões dos órgãos administrativos, o que explica as alterações promovidas nas sanções aplicadas nos julgados colacionados, entende-se que os órgão de regulação não podem aplicar o instituto da infração continuada caso o mesmo não esteja previsto nos normativos que regem a atividade fiscalizada. Sobre o assunto, é importante ressaltar que 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 expressa no *caput* do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁸ e no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que “*Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*”, conforme dispostos abaixo:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de lega-

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

lidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999, que Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal

(...)

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

(...)

(grifos meus)

Na doutrina, Alexandre Santos de Aragão⁴⁹ explica esse princípio: " *O princípio da legalidade administrativa significa, então, nessa acepção, que a Administração Pública, ao contrário do particular, que pode fazer tudo que a lei não proíba, só pode fazer aquilo que a lei (aqui entendida de forma larga, como ordenamento jurídico) esteie*".

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁰ assim o conceitua: " *O princípio da legalidade no Brasil significa que a Administração nada pode fazer senão o que lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize*".

Sendo assim, nota-se que embora o Poder Judiciário tenha o poder de aplicar o instituto da infração continuada mesmo que não exista previsão do mesmo nos normativos que regem a atividade de um certo órgão regulador, deve-se reconhecer que devido ao princípio da legalidade o próprio órgão regulador ao decidir a respeito da aplicação de uma sanção ao ente regulado não pode reconhecer a incidência do instituto caso não exista previsão em seus normativos.

Trazendo essa questão para a aviação civil, entende-se que para aplicação do instituto da infração continuada em processos administrativos no âmbito da aviação civil brasileira o mesmo deve estar previsto nos normativos que regem a atividade. Desta maneira, conforme exposto no capítulo 3 deste trabalho, no âmbito de atuação do DECEA o mesmo pode ser aplicado, uma vez que já encontra-se regularmente previsto, enquanto no âmbito de atuação da ANAC, embora haja referência no § 2º do art. 32 da Resolução ANAC nº 472/2018 à possibilidade de configuração de infração continuada, sua aplicação prescinde de normativo específico, que ainda não foi editado pela Agência.

O entendimento aqui manifestado de que o instituto da infração continuada não pode ser aplicado caso não exista previsão legal é corroborado pelas decisões de processos ad-

⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 62.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ministrativos sancionadores da ANAC, conforme pode ser visto nos estudos de caso apresentados nos itens 3.3.1, 3.3.2 e 3.3.3 deste trabalho.

Considerando-se a conclusão de que o instituto da infração continuada não pode ser aplicado atualmente no âmbito de atuação da ANAC por falta de previsão legal, é importante se analisar as duas propostas legislativas encontradas durante a pesquisa que tratam do tema, dispostas nos itens 3.4.1 e 3.4.2 deste trabalho: a primeira, de forma específica para a aviação civil e a segunda, de forma genérica para todas as agências reguladoras.

Quanto à proposta de Lei nº 10.083/2018, apresentada no item 3.4.1, é importante notar que embora a justificativa do Projeto de Lei seja no sentido de inserir a previsão da infração continuada no Código Brasileiro de Aeronáutica, conforme detalhado naquele tópico, entende-se que a proposta de texto tal como aprovada na Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados não é efetiva. Conforme exposto, a alteração aprovada não vai de encontro à justificativa apresentada. Ao contrário do que se pretendeu com a proposta, dispor no CBA que deverá ser lavrado um único auto de infração que individualize todas as condutas e normas infringidas quando da constatação de mais de uma infração não leva ao entendimento de que o infrator será sancionado no valor equivalente a apenas uma multa ou na aplicação do instituto da infração continuada, o que torna inócuo o texto aprovado. Ainda, conforme detalhado no item 3.4.1, a previsão da lavratura de um único auto de infração com a individualização de mais de uma conduta já estava prevista inclusive na já revogada Resolução ANAC nº 25/2008, que antes da publicação da Resolução ANAC nº 472/2018 regia o processo de apuração de infrações na Agência, e também está prevista atualmente no § 1º do art. 32 da Resolução ANAC nº 472/2018: “*Na hipótese de prática de 2 (duas) ou mais infrações relacionadas, (...) a apuração conjunta dos fatos não implicará a utilização de critério de dosimetria distinto (...) para a imposição de sanções*”; ou seja, o texto aprovado pela Comissão carece de efetividade quanto aos objetivos dos projetos.

Já com relação ao anteprojeto de Lei apresentado no item 3.4.2 deste trabalho, o qual foi publicado no livro “*Processo administrativo nas agências reguladoras: uma proposta de disciplina legislativa*”, confeccionado por alunos do Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação, da turma de 2014 da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, é importante registrar que, corroborando com a proposta, entende-se que é bastante apropriado que cada agência defina especificamente o que pode ser considerada uma infração continuada dentro de sua esfera de atuação, pois considerando-se a infinidade de atividades reguladas pelo Estado, inclusive por vezes com grandes variações dentro de uma mesma agência reguladora, parece

que o mais correto é que cada órgão defina de forma técnica a possibilidade ou não de aplicação do instituto e os requisitos para sua configuração.

Por fim, é importante se observar que a política de aplicação de sanções empregada atualmente pela ANAC se difere substancialmente da política de aplicação de sanções empregadas pelas autoridades de aviação civil estadunidense e europeia no que se refere à possibilidade de aplicação do instituto da infração continuada. Embora não seja empregado a expressão exata “infração continuada” nos normativos da FAA (*Federal Aviation Administration* – autoridade de aviação civil estadunidense) e da EASA (*European Union Aviation Safety Agency* – autoridade de aviação civil europeia), vê-se que essas autoridades preveem limites para a aplicação de multas aos seus entes regulados: enquanto a ANAC hoje não possui qualquer limitação prevista para os casos de infrações continuadas, verifica-se que a autoridade estadunidense estabelece de forma bastante abrangente a possibilidade de limitação de sanções e a autoridade europeia determina de forma simples um limite percentual sob o faturamento para aplicação de multa a seus entes regulados.

Como apontado no capítulo 3 desta pesquisa, a Resolução ANAC nº 472/2018, que atualmente rege o processo de apuração de infrações, já possui a previsão de caracterização de infração continuada conforme normativo específico, de acordo com o disposto no § 2º do art. 32, *in verbis*:

Seção VII

Da Decisão em Primeira Instância

(...)

Art. 32. A decisão de primeira instância conterá motivação explícita, clara e congruente, abordando as alegações do autuado, indicando os fatos e fundamentos jurídicos pertinentes, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 1º **Na hipótese de prática de 2 (duas) ou mais infrações relacionadas, prevista no art. 17 desta Resolução, a apuração conjunta dos fatos não implicará a utilização de critério de dosimetria distinto** do estabelecido na Seção IX do Capítulo II do Título III desta Resolução para a imposição de sanções.

§ 2º As decisões que cominarem sanções deverão discriminar a prática de cada uma das infrações cometidas, **salvo se caracterizada infração continuada conforme normativo específico.**

(sem grifos no original)

Esta referência à caracterização da infração continuada em normativo publicado pela Agência em 2018 sugere que o tema encontra-se sob análise deste órgão. Com relação ao mesmo, parece oportuno que as políticas de aplicação de sanção utilizadas pelas autoridades estadunidense e europeia sejam levadas em consideração pela ANAC, pois podem contribuir para o aperfeiçoamento da nossa legislação.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que no momento é possível a aplicação do instituto da continuidade delitiva no âmbito da aviação civil brasileira somente com relação às atividades de fiscalização atinentes ao Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA, uma vez que já existe previsão regulamentar nos normativos daquele Órgão a respeito da forma de aplicação de tal instituto. Com relação aos processos administrativos sancionadores atinentes à esfera de atuação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, nota-se que embora exista previsão da aplicação da chamada infração continuada no art. 32 da Resolução ANAC nº 472, de 6 de junho de 2018, o mesmo prescinde de normativo específico, que ainda não foi editado pela Agência, o que acarreta na atual impossibilidade de aplicação do instituto da infração continuada em seus processos administrativos.

Ao longo deste trabalho foram apresentados dois processos administrativos da ANP e três processos administrativos da ANAC nos quais as respectivas agências reguladoras não reconhecerem a aplicabilidade do instituto da infração continuada. Apesar de não ter sido encontrado qualquer processo administrativo sancionador da ANAC que trate de infração continuada judicializado e já com decisão, nos dois processos da ANP citados a Justiça reconheceu a incidência do instituto e determinou a aplicação de multa singular, reformando assim as decisões administrativas da ANP. Ainda, ressalte-se o fato da justiça reconhecer a incidência do instituto da infração continuada em processos administrativos a partir de analogia com o Código Penal, e mesmo assim a pena ser aplicada no valor equivalente a somente uma multa, sendo ignorados os critérios de exasperação da pena previstos no mesmo Código Penal utilizado por analogia.

Essas constatações sugerem que os órgãos de regulação devem estar sempre atentos à jurisprudência que se consolida no judiciário com relação aos seus processos administrativos sancionadores, a fim de que observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, possam editar normas que de fato garantam o alcance do interesse público na sua área de atuação. Desta maneira, entende-se que é salutar que os órgãos de regulação sejam explícitos sobre a possibilidade ou não de aplicação do instituto da infração continuada em suas áreas de atuação, o que pode reduzir a chance de interferência do poder judiciário em seus processos administrativos sancionadores.

Ainda, conforme apontado neste trabalho, é importante levar-se em consideração que o art. 71 do Código Penal prevê critérios para a aplicação do instituto da continuidade delitiva, existindo fartos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema na esfera criminal. Levando-se para a esfera administrativa, especificamente para a aviação civil, é preciso que qualquer normativo que pretenda normatizar a aplicação do instituto da infração continuada apresente de forma clara e objetiva todos os requisitos que devem estar incidentes para sua caracterização, constituindo-se em tarefa bastante complexa e que merece ser amplamente discutida com os entes regulados.

Com relação à normatização do instituto da infração continuada, corroborando com disposto no anteprojeto de Lei apresentado proposto por alunos do Mestrado em Direito da FGV, entende-se que os critérios para sua aplicação devem ser disciplinados em atos normativos de cada órgão regulador dotado de poder de polícia, pois são eles que detém conhecimento técnico para tal. No caso específico da ANAC, conforme demonstrado nesta pesquisa, a Agência tem o poder de definir condutas infracionais em sua esfera de atuação. Ora, se pode definir condutas infracionais, entende-se que deve definir o que pode ser considerado infração continuada.

Ainda, é importante ressaltar vários pontos que merecem ser levados em consideração quando da confecção de normativo para configuração da infração continuada:

- caso seja possível, pode-se levar em consideração se o infrator tinha conhecimento ou não do ato infracional;
- pode ser levado em consideração a gravidade das condutas infracionais, verificando-se se o ato infracional tem somente caráter formal ou também material;
- é preciso se definir se há limite de infrações que podem ser agrupadas para configuração da infração continuada;
- é preciso se definir se há limite de tempo dentro do qual será admitida a continuidade da infração.

Também merecem consideração quando da definição do instituto da infração continuada no âmbito da ANAC a forma de tratamento da infração continuada utilizada pela autoridade de aviação civil dos Estados Unidos (*Federal Aviation Administration – FAA*), que define de forma bastante interessante como deve ser tratada a questão, e a forma simples – que no entanto pode ser eficaz – como a autoridade de aviação civil europeia (Agência Europeia Para a Segurança da Aviação – EASA) limita o valor que o montante de multas pode atingir.

Por fim, entende-se que esta pesquisa aponta questões e alternativas que devem ser levadas em consideração pela ANAC quando da definição do instituto da infração continuada.

ada em sua esfera de atuação. Outrossim, o trabalho também pode contribuir com a comunidade acadêmica e com a sociedade na discussão sobre a aplicação da infração continuada no âmbito administrativo, em especial com relação à atividade de aviação civil.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 6.834, de 30 de abril de 2009**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores e das Funções Gratificadas do Comando da Aeronáutica, do Ministério da Defesa, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6834.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.245, de 28 de julho de 2010**. Altera o Anexo I ao Decreto nº 6.834, de 30 de abril de 2009, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores e das Funções Gratificadas do Comando da Aeronáutica, do Ministério da Defesa, para incluir na estrutura organizacional do Comando da Aeronáutica a Junta de Julgamento da Aeronáutica, e o Anexo I ao Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006, que dispõe sobre a instalação, a estrutura organizacional da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e aprova o seu regulamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7245.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7565.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1984**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999**. Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9847.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

BRASIL. **Lei nº Lei 11.182, de 27 de setembro de 2005**. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer nº 38/2016/PF-ANP/PGF/AGU. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/documentos_publicos/procuradoria_federal/Parecer_no_038-2016_despacho_043-2016.pdf>. Acesso em: 01/07/2019.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. **Resolução nº 472, de 26 de julho de 2018**. Estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2018/resolucao-no-472-06-06-2018>>. Acesso em: 01/09/2019.

BRASIL. Ministério da Defesa - Comando da Aeronáutica - Departamento de Controle do Espaço Aéreo. **Portaria DECEA nº 258/JJAER**, de 10 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/58027972> Acesso em: 05/08/2019.

BRASIL. Ministério de Trabalho e Emprego – Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral da União. **PARECER/CONJUR/MTE/Nº 078/2011**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/264736#ementa>>. Acesso em 03/06/2019.

BRASIL. Ministério de Trabalho e Emprego – Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral da União. **PARECER/CONJUR/MTE/Nº 302/2010**. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/258347>>. Acesso em: 03/06/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.129.674 - RJ (2017/0160082-5), ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Relator: Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF, 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1782525 RJ (2018/0230025-5), ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Relator: Relator: Ministra Regina Helena Costa. Brasília, DF, 13 de maio de 2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível/Reexame Necessário nº 0046860-70.2012.4.02.5101, ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Relator: Desembargador Federal José Antônio Neiva. Rio de Janeiro, RJ, 10 de maio de 2017. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=apolo-inteiro-teor&id=2017.07.28.00468607020124025101_324073.pdf>. Acesso em: 05 ago 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº AC535416-RN, Infraero – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeronáutica. Relator: Desembargador Federal Walter Nunes da Silva Júnior, Natal, RN, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www5.trf5.jus.br/cp/>>. Acesso em: 05 ago 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 7. ed. rev., atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 9. ed. Niterói: Impetus, 2015.

JALIL, Mauricio Schaun; GRECO FILHO, Vicente (Coord.). **Código Penal comentado: doutrina e jurisprudência**. Barueri: Manole, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1170-1171.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Poder de polícia na atualidade**: Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 13

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da constituição federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Viviane Veira da. **A omissão do poder de polícia**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento da Comunidade Europeia – (CE) nº 216/2008**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02008R0216-20160126&from=EN>>. Acesso em: 10/07/2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Federal Aviation Administration – FAA. Order 2150.3C **Compliance and Enforcement Program**. Disponível em: <https://www.faa.gov/documentLibrary/media/Order/FAA_Order_2150.3C.pdf>. Acesso em: 10/07/2019.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.