

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAMILA LUISA DARONCO

**SANÇÕES ADMINISTRATIVAS APLICADAS NA AVIAÇÃO: UMA
ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS PROCESSOS
ADMINISTRATIVOS NA AVIAÇÃO**

Florianópolis

2017

Camila Luisa Daronco

**SANÇÕES ADMINISTRATIVAS APLICADAS NA AVIAÇÃO: UMA ANÁLISE DOS
PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS NA AVIAÇÃO**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam

Florianópolis

2017

Ficha de identificação da obra

Daronco, Camila Luisa Sanções aplicadas na aviação: análise de processos / Camila Luisa Daronco; orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam, 2017. 60 p. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

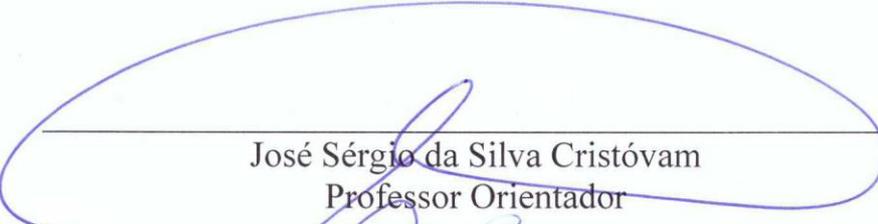
Inclui referências. 1. Direito. 2. Direito Administrativo Sancionador, Sanções na aviação; I. Cristóvam, José Sérgio da Silva. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

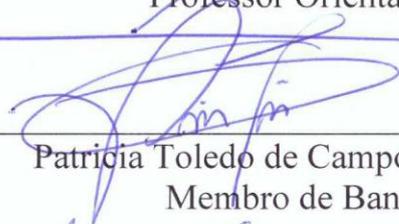
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Sanções administrativas aplicadas na aviação: uma análise dos princípios aplicáveis aos processos administrativos na aviação”, elaborado pela acadêmica Camila Luisa Daronco, defendido em 29/11/2017 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

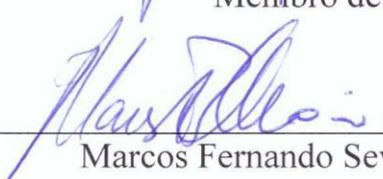
Florianópolis, 29 de Novembro de 2017



José Sérgio da Silva Cristóvam
Professor Orientador



Patrícia Toledo de Campos Cichocki
Membro de Banca



Marcos Fernando Severo de Oliveira
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Camila Luisa Daronco

RG: 546829

CPF: 010.920.390-90

Matrícula: 12201141

Título do TCC: Sanções administrativas aplicadas na aviação: uma análise dos princípios aplicáveis aos processos administrativos na aviação

Orientador: José Sérgio da Silva Cristóvam

Eu, Camila Luisa Daronco, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 29 de novembro de 2017.

Assinatura manuscrita em azul da aluna Camila Luisa Daronco.

CAMILA LUISA DARONCO

AGRADECIMENTOS

A finalização de um curso acadêmico nunca acontece sem um grande número de colaboradores tanto no campo de jogo quanto nos bastidores. Certamente Deus é o primeiro a quem devo agradecimento, não só pela vida, mas pela saúde física e mental para realizar essa conquista de concluir o curso de Direito, apesar de muitas vezes ter pensado em desistir pela dificuldade de conciliar com o trabalho como controladora de voo.

Também não chegaria até aqui sem o apoio da minha família, principalmente da minha mãe, Marlene, que sempre me incentivou e ajudou a não enlouquecer com todas as atividades que precisei conciliar. Mãe, eu te amo. A todos meus familiares meus sinceros agradecimentos por serem essa família unida da qual tanto me orgulho. Também agradeço ao meu namorado, Anderson, por me apoiar nessa jornada e fazer o possível para estar presente, mesmo que de forma virtual, nos momentos de tensão nessa etapa de conclusão do curso.

O meu muito obrigada também aos professores do curso que entenderam minha situação difícil de conciliar com o trabalho e, muitas vezes, ofereceram alternativas para as vezes em que não pude comparecer às provas e somente assim, foi possível a minha caminhada até aqui. Em especial, agradeço ao meu orientador, professor Cristóvam, pelos conselhos e dicas fundamentais para a construção desse Trabalho de Conclusão de Curso.

Agradeço também aos amigos e colegas de trabalho aos quais tantas vezes recorri para trocar serviço e poder comparecer o máximo possível nas aulas. Sem essas trocas não seria possível concluir esse ou qualquer outro curso. Aos demais amigos desde os de infância até os construídos durante a faculdade, o meu muito obrigada por todo apoio quer emocional, quer físico com trocas de materiais e informações das aulas que perdi.

RESUMO

O presente trabalho busca averiguar se o processo administrativo sancionatório na aviação cumpre os princípios da lei dos processos administrativos (lei 9.784/99). O estudo se faz relevante pois é um campo ainda pouco estudado e precisa ser tratado com seriedade já que é uma das formas de demonstração do *ius puniendi* estatal. O objetivo do trabalho é verificar se os processos administrativos que resultam em multas para os operadores de aeronaves cumprem os princípios constitucionais e legais. Sendo assim, será desenvolvido um estudo sobre os aspectos que envolvem as sanções administrativas. Além disso, será trabalhado sobre os limites da presunção de veracidade da Administração Pública, bem como será investigada a relação entre os princípios da lei dos processos administrativos (lei 9.784/99) com os processos administrativos em estudo. Ao final, será apresentada uma análise de dois processos administrativos relacionados ao tema em discussão. Nessa análise é possível identificar algumas falhas da Administração Pública, tanto na concepção do processo administrativo em questão (normas aplicadas através de Portarias) quanto no desenvolvimento com relação aos princípios que deveriam ser observados. Percebe-se, por fim, a necessidade de aperfeiçoar o processo administrativo no seio da Junta de Julgamento de Aeronáutica, órgão responsável por todo o desenvolvimento desse processo. Essa pesquisa serve para apontar apenas alguns dos aspectos mais relevantes que necessitam uma posterior atenção e um número maior de estudos na área para que haja uma evolução nesse ramo do Direito.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador. Princípios do processo administrativo. Processos Administrativos na aviação.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 09 |
| 2 | ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ÀS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS | 12 |
| 2.1 | DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR | 13 |
| 2.2 | SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS COM O DIREITO PENAL | 16 |
| 2.3 | CONCEITUAÇÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA | 26 |
| 3 | A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E OS PRINCÍPIOS DA LEI 9784/1999... 27 | |
| 3.1 | A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE | 29 |
| 3.2 | PRINCÍPIOS DA LEI 9784/1999 | 31 |
| 3.2.1 | Segurança jurídica | 32 |
| 3.2.2 | Interesse público | 33 |
| 3.2.3 | Ampla defesa e contraditório (devido processo legal) | 35 |
| 3.2.4 | Legalidade | 37 |
| 3.2.5 | Moralidade | 39 |
| 3.2.6 | Motivação | 40 |
| 3.2.7 | Finalidade | 41 |
| 3.2.8 | Razoabilidade e Proporcionalidade | 42 |
| 3.2.9 | Eficiência | 44 |
| 4 | ANÁLISE DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS NA AVIAÇÃO | 46 |
| 4.1 | PROCESSO I | 47 |
| 4.1.1 | Relato do processo administrativo | 47 |
| 4.1.2 | Análise | 49 |
| 4.2 | PROCESSO II | 55 |
| 4.2.1 | Relato do processo administrativo | 55 |
| 4.2.2 | Análise | 56 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 60 |
| | REFERÊNCIAS | 63 |

1 INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo Sancionador possui vínculo teórico, por óbvio, com o Direito Administrativo e também com a punibilidade estatal, além de trazer garantias do campo penal para serem utilizadas também na aplicação das sanções administrativas. Sendo assim, existem princípios a serem observados nos processos administrativos. O tema principal desse estudo, portanto, é a análise, a partir dessas observações teóricas, de processos administrativos sancionadores no âmbito da aviação civil.

Para contextualização do assunto, busca-se fazer considerações sobre o Direito Administrativo Sancionador, as semelhanças e diferenças com o Direito Penal e um conceito de sanção administrativa. Em seguida, são apresentados os princípios do processo administrativo conforme estabelece a lei 9.784/99 e também o da presunção de veracidade da Administração Pública. Posteriormente, analisam-se dois processos administrativos na área da aviação à luz das considerações teóricas desenvolvidas ao longo do trabalho, ou seja, da manifestação do *ius puniendi* estatal no Direito Administrativo Sancionador aliada aos princípios administrativos.

No processo judicial, em regra, observa-se com facilidade a busca pela correta aplicação do Direito, especialmente das garantias e princípios basilares estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, inclusive porque esse é uma das principais finalidades do próprio processo judicial. Entretanto, ao passar para o campo administrativo essa dimensão fica, de certa forma, enuviada. A Administração Pública goza de certas prerrogativas e privilégios que, em certos aspectos, relembram o absolutismo e, portanto, ela se agiganta ao ser parte e juiz em oposição ao particular. As Forças Armadas são ramos da Administração que causam uma sensação de opressão maior ainda. Sendo assim, os processos administrativos sancionadores aos cuidados desses órgãos tendem a ser ainda mais delicados. Exemplo desses casos são os processos administrativos que determinam as multas para a aviação civil. Então o problema é: será que esses processos cumprem os princípios constitucionais e legais?

O objetivo dessa pesquisa é verificar se os processos administrativos que resultam em multas para os pilotos, companhias aéreas e afins cumprem os princípios constitucionais e legais. Para isso, será realizado um estudo sobre os aspectos que envolvem as sanções administrativas. Também cabe verificar os limites da presunção de veracidade da Administração Pública, além de investigar a relação entre os princípios da lei dos processos administrativos (lei 9.784/99) com os processos administrativos em estudo. Por fim, será

desenvolvida uma análise de dois processos administrativos relacionados ao tema em discussão.

A respeito das justificativas, sabe-se que o Direito Administrativo Sancionador ainda é um tema pouco estudado no Brasil, contudo envolve um aspecto bastante relevante na sociedade visto que versa sobre sanções administrativas, as vezes tão ou mais severas do que as penais. Devido a esse vazio doutrinário e jurisprudencial na área, a maioria das análises se baseiam nos estudos de Direito comparado e isso acarreta interpretações muito variadas, ou seja, traz insegurança jurídica.

A lei 9.784/99 surgiu, mais de dez anos após a Constituição de 1988, como uma excelente fonte para direcionar e padronizar os processos administrativos principalmente a respeito das garantias do cidadão acusado em um processo administrativo. Porém, o histórico patrimonialista brasileiro ainda se mostra enraizado no âmago da Administração Pública, por isso se faz necessário abordar tais questionamentos.

Pessoalmente, o tema trouxe interesse ao iniciar o trabalho no controle de tráfego aéreo onde, algumas vezes, durante a operação diária, acontecem irregularidades de tráfego aéreo, então são preenchidos alguns formulários necessários para dar início à apuração da possível infração junto aos órgãos competentes. Essas situações geraram curiosidade em analisar o desenvolvimento do processo para entender como é o trâmite após o *imput* inicial feito, normalmente, pelos próprios controladores. Durante o curso de direito os questionamentos internos sobre o assunto aumentaram e agora é possível verificar com mais propriedade se as garantias constitucionais são respeitadas e como isso é realizado visto que o mundo da aviação é pouco exposto, as informações geralmente não são acessíveis com facilidade. Devido a todos esses fatores, surgiu a ideia dessa pesquisa.

O método de abordagem a ser utilizado será o método dedutivo. O método de procedimento a ser utilizado será o método monográfico. A temática será desenvolvida através da técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. Como instrumento de coleta de dados será utilizada a pesquisa de arquivos de processos.

O desenvolvimento desse trabalho se divide em três capítulos. No primeiro serão abordadas as questões teóricas que envolvem as sanções administrativas. Para isso, no primeiro tópico tratar-se-á do Direito Administrativo Sancionador, base geral para o desenvolvimento do tema. Em seguida, serão analisadas as semelhanças e as diferenças entre as sanções

administrativas e as penais. Para fechar o capítulo, buscar-se-á um conceito de sanção administrativa.

O segundo capítulo tratará dos principais princípios aplicados no processo administrativo. No primeiro tópico a questão abordada será a da prerrogativa da Administração Pública de presunção de veracidade de seus atos. Na sequência, serão desenvolvidos os princípios trazidos pela lei dos processos administrativos, lei 9.784/99: segurança jurídica; interesse público; ampla defesa e contraditório; legalidade; moralidade; motivação; finalidade; razoabilidade e proporcionalidade; e eficiência.

Já no último capítulo serão apresentados dois processos administrativos que resultaram em sanções para usuários da aviação (pilotos, operadores de aeronaves ou companhias aéreas). Esses processos serão confrontados com as teorias e princípios trazidos nos capítulos anteriores, assim será desenvolvida uma análise investigativa para descobrir se há aplicação dos princípios do processo administrativo ou não.

2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ÀS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Desde o início da civilização do *homo sapiens*, ou seja, desde que surgiu a vida em sociedade, as sanções precisaram estar presentes para conter aqueles que desrespeitavam as regras pré-estabelecidas pelo grupo. Sem isso não seria possível superar o estado de guerra descrito por Thomas Hobbes (2003) onde todos lutavam contra todos de acordo com suas paixões, que, para o autor, foi a razão da criação do Estado e representa:

... o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (...) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento dos seus pactos. (HOBBS, 2003, p. 127).

Sendo assim, as penalidades são entidades tão antigas quanto a própria civilização e é impossível tratar desse histórico tão vasto neste trabalho, fugiria ao propósito, mas essa noção de antiguidade do instituto é importante para entender algumas questões relacionadas à evolução da própria sociedade principalmente a partir do surgimento do Estado. Aliás, para Hans Kelsen (1991), não existe ordem jurídica sem sanções, ou seja, ele considera o Direito formado por ordens coativas pois reage contra condutas socialmente indesejáveis. Isso significa que as normas são restrições e, caso não sejam cumpridas, o próprio ordenamento jurídico já previu uma sanção correspondente. Essa penalidade deve ser recebida como um mal pelo sujeito e pode ser a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos entre outros.

Isso ocorre, ainda na visão de Kelsen, pois o Direito determina as normas de conduta que devem ser seguidas e elas podem ser de “proibição”, “permissão” ou “obrigação”. Sendo assim, existem regras sobre o que os indivíduos devem observar, isso não significa que eles assim o farão. O dever-ser não corresponde necessariamente ao ser, por isso o ordenamento jurídico não conseguiria cumprir seu papel se não previsse as sanções.

Um aspecto interessante é o fato de, normalmente, as sanções estarem ligadas, no imaginário coletivo e até mesmo no jurídico, ao campo do Direito Penal. Isso talvez aconteça pelo desenvolvimento histórico do próprio Direito, conforme destaca Norberto Bobbio (2006), em um período primitivo, o Estado apenas nomeava o juiz para resolver as controvérsias entre os particulares e, para isso, procurava a norma a ser aplicada ao caso em análise, seja nos costumes quanto nos critérios de equidade, e em sequência, adicionava à função judiciária aquela coativa, culminando com a execução das decisões do juiz. Já com o Estado moderno, o juiz perdeu a faculdade de obter as normas a serem aplicadas na resolução de controvérsias por

normas sociais e passou a ser compulsória a aplicação apenas das normas postas pelo Estado, a partir de então, o único capaz de criar o Direito.

Contudo, apesar de pouco lembradas, as sanções administrativas são mais frequentes do que parecem: processos administrativos contra servidores públicos, multas de trânsito, sanções por quebra de contratos administrativos, enfim, elas estão nas mais diversas áreas, sejam cotidianas ou não. Diante disso, o presente capítulo trará um breve histórico a respeito do Direito Administrativo Sancionador bem como irá situá-lo no ordenamento jurídico brasileiro. Também será abordado a respeito de sua relação com o Direito Penal e, por fim, apresentar-se-á uma busca pelo conceito de sanção administrativa.

2.1 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Para estudar as sanções administrativas precisa-se entender o que é o Direito Administrativo¹ Sancionador. É um ramo de poucos estudos no campo científico nacional, porém, recentemente despertou interesse de muitos pesquisadores que buscam fonte principalmente no Direito comparado para embasar suas análises e teorias. É justamente nesse sentido que se segue um breve histórico do tema (invariavelmente atrelado ao desenvolvimento do próprio processo administrativo) bem como sua conceituação.

A relação com o Direito Penal sempre esteve presente, as condutas sancionadas realizam um movimento pendular entre esse e o Direito Administrativo. No período das reformas francesas do século XIX, o pensamento liberal influenciou uma maior separação entre os campos supracitados e o consequente aumento das condutas penalmente tipificadas com o objetivo de controlar e restringir o poder do Estado². Nesse mesmo período e paralelo a isso, desenvolve-se a ideia (ainda embrionária) de vincular a atividade administrativa a normas pré-estabelecidas, o processo administrativo ainda representava o poder do governante de gerenciar seus subordinados. (NIEBUHR, 2014).

Novo ciclo acontece com o sistema político de bem-estar social emergente ao final da Segunda Guerra Mundial. Nesse período, Alemanha e Itália vivenciam o aumento do Direito Penal o que levou a uma sobrecarga do aparato judicial. Para resolver essa questão, a doutrina

¹ Não é objetivo do trabalho discorrer sobre as inúmeras definições de Direito Administrativo, porém a seguir será exposta uma sucinta discussão sobre o tema.

² A bandeira do liberalismo era retirar o máximo possível o poder punitivo do Estado, sendo assim, como em condutas tipificadas no campo penal o Estado tem influência consideravelmente menor do que nas administrativas (onde normalmente há certa margem de discricionariedade do administrador) houve uma inflação do Direito penal (GUARDIA, 2014).

desses países passou a diferenciar o ilícito penal do administrativo para estimular a diminuição das condutas no campo penal. A Alemanha utilizou o critério do bem jurídico tutelado para diferenciar as infrações penais das administrativas. Já a Itália foi ainda mais radical e passou para o campo administrativo todas as condutas penalizadas com pena pecuniária. (RINCÓN, 1986).

O resultado desse movimento foi a ampliação do sistema de sanções regulamentadas no campo administrativo. Na Alemanha, o então chamado Direito de ordenação social³ passou a abarcar crimes de menor potencial ofensivo⁴. Já o Direito espanhol reagiu de forma diferente ao aumento de intervencionismo estatal, houve desde logo uma hipertrofia do Direito Administrativo Sancionador visto que o Estado poderia manipular mais facilmente sua autoridade no campo administrativo. Diante desse fator, a doutrina espanhola se empenhou em incentivar a aplicação dos mesmos princípios penais ao processo administrativo⁵. Posteriormente, a Espanha optou por unificar o poder punitivo estatal e, até os dias de hoje, são aplicados os mesmos princípios penais e processuais penais ao Direito Administrativo Sancionador. (MELLO, 2007; GUARDIA, 2014).

Esse aumento substancial que a Administração Pública obteve no século XX foi um fator relevante, isso porque acarretou em uma maior normatização funcional das organizações para controlar os subordinados e deixá-los restritos aos regulamentos e, por consequência, às ordens dos superiores hierárquicos. Por outro lado, atuar conforme ritos predeterminados passou a ser considerado como essencial para a organização e eficiência da Administração. (PASTOR, 2000).

Após esse sucinto histórico se faz relevante um enquadramento do tema no cenário jurídico. Inicialmente, o primeiro aspecto a ser exposto é o fato de estar trabalhando no campo do Direito Administrativo, ou seja, a Administração Pública é o pano de fundo de todo esse contexto sempre presente quer direta ou indiretamente. E o conceito de Direito Administrativo trazido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto é pertinente para essa análise:

... é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, regras e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao

³ Espécie de judicialização do Direito Administrativo.

⁴ Novamente a ideia nesse caso é retirar do Estado a opção de criar e punir ilícitos para reduzir a probabilidade programas governamentais autoritários.

⁵ Cf. OLIVEIRA, Ana Carolina C. de. *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

atuarem concreta, direta e imediatamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa (MOREIRA NETO, 2014, p. 46).

Além disso, Fábio Medina Osório (2015) explica que a amplitude de atuação do Direito Administrativo é proporcional ao tamanho do Estado. Isso já ficou evidente na história do desenvolvimento desse ramo do Direito com o movimento pendular. Isso significa que “fenômenos inerentes ao chamado espaço público não estatal podem receber a incidência do Direito Administrativo, se forem tais entidades enquadradas num setor detentor de prerrogativas públicas estatais, delegadas, outorgadas ou transferidas.” (OSÓRIO, 2015, p. 83).

Dentro dessa perspectiva estão alocadas as sanções aplicadas pela Administração Pública que podem ser apresentadas de duas formas: as de sujeição geral e as de sujeição especial. Aquelas são as sanções aplicadas a qualquer particular sem vínculo com a Administração, enquanto essas dizem respeito as sanções impostas a funcionários públicos subordinados ao regime administrativo. (OSÓRIO, 2015).

Sobre essa relação Adolfo Carretero Perez e Adolfo Carretero Sanchez (1992) explicam que a relação de sujeição geral assim se identifica, pois se refere a condutas imposta a generalidade, ou seja, decorre do ordenamento jurídico oponível *erga omnes*. Por outro lado, o regime de sujeição especial surge devido a uma peculiar relação entre a Administração e o seu servidor público, ou seja, *inter partes*, onde cabe ao funcionário observar e cumprir as obrigações às quais está sujeito pela posição especial na qual se encontra em face à Administração Pública. O poder disciplinar está intrinsecamente ligado a essa relação, já no caso de punição ou restrição a direito dos cidadãos em geral não se pode falar em poder disciplinar, mas sim em poder de polícia⁶.

No caso do Direito Administrativo Sancionador, é necessário fazer uma observação sobre a diferença em relação ao poder de polícia. Essa diferença consiste, especialmente, pelo fato de poder de polícia não ser sanção apesar de também representar uma restrição de direitos do particular. Isso acontece porque o objetivo não é retribuir uma conduta ilícita (praticada ou omitida) mas sim proteger os interesses da sociedade. Além disso, não é condição para aplicar o poder de polícia o devido processo legal e, como traz Daniel Ferreira (2001, p. 24): “tudo o

⁶ Poder Disciplinar é a prerrogativa que a Administração tem de punir seus servidores, internamente e sem a interferência jurisdicional, por conta da ocorrência de infrações funcionais, exigindo-se sempre a motivação da decisão administrativa e a obediência ao devido processo legal. Poder de Polícia é a limitação que a Administração Pública pode impor ao condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em favor do interesse público (CRISTÓVAM, 2016b).

que o aparato estatal impuser antes de deferido o prévio contraditório e ampla defesa válida sanção não poderá ser.”

Diante do exposto, o Direito Administrativo Sancionador pode ser enquadrado como um ramo do Direito Administrativo que compreende a forma pela qual a Administração Pública, através de um processo administrativo, aplica uma sanção a um particular (administrado⁷ ou não) em decorrência de um descumprimento de uma prescrição legal ou regulamentar. Lembrando ainda que a sanção administrativa é reflexo do *ius puniendi* estatal assim como acontece no Direito Penal. Devido a essa estreita aproximação entre esses dois ramos do Direito, será tratado a seguir a respeito das principais semelhanças e diferenças entre eles, bem como alguns conceitos importantes serão trazidos para a discussão.

2.2 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS COM O DIREITO PENAL

Desde sua origem, o Direito Administrativo Sancionador esteve ligado ao Direito Penal uma vez que ambos representam o poder punitivo do Estado e esse fato traz diversas semelhanças em vários aspectos, tanto formais quanto materiais. Entretanto uma separação é necessária, para isso é preciso verificar também as diferenças entre eles.

Provavelmente a principal semelhança entre os institutos é que ambos fazem parte do *ius puniendi* estatal. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2013) reconhecem um interesse geral na limitação que sofre o poder punitivo onde o objetivo deve ser conservar a paz social e a segurança jurídica. Isso restringe o Estado, determina os limites para a coerção penal. Objetivamente, isso significa que somente poderá haver a punição caso sejam cumpridas duas condições: se provar a culpa do autor da conduta e se respeitar os limites dessa punição. Já o Direito Administrativo, nesse sentido, possui um papel mais amplo do que o Direito Penal. As limitações impostas vão além das restrições do Estado em relação ao indivíduo, atingem também as relações não estatais, ou seja, entre os próprios particulares e suas relações individuais.

Seja no Direito Penal ou no Administrativo, o poder punitivo estatal deve se basear nos princípios e normas constitucionalmente postos para assegurar os direitos fundamentais dos administrados e dos cidadãos como salientam Amaral e Neto:

⁷ Esse trabalho não pactua com a visão de que cidadão também é um administrado, porém não será discutido esse assunto pois fugiria do objetivo dessa pesquisa.

O Direito Punitivo estatal, tanto no Direito Penal como no Direito Administrativo, se funda sobre um conjunto de princípios e regras garantidoras de direitos dos administrados e dos cidadãos que, apesar das diferentes formas de aplicação, a depender de se tratar de infração penal ou administrativa, informa o *ius puniendi* estatal. Sem a observância de tais normas a atividade punitiva estatal se torna ilegítima e arbitrária. (MOREIRA NETO; GARCIA, 2014, p. II-1).

Isso significa que todos os requisitos observados no processo penal – onde existe vasta literatura sobre o assunto inclusive com a exploração das ideias garantistas⁸ – também devem ser postos em prática no processo administrativo. Todos os estudos realizados nesse sentido no campo penal não só podem como devem ser aplicados ao administrativo com a mesma intensidade para promover os direitos individuais dos sujeitos no processo administrativo.

Princípios como: legalidade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade, *non bis in idem* são alguns exemplos de garantias aplicadas aos processos penal e administrativo. Assim é perceptível que as semelhanças entre os institutos são substanciais e se faz necessário diferenciar os mesmos para delimitar o objeto de estudo dessa pesquisa⁹.

Uma das diferenças levantadas por Rafael Munhoz de Mello (2007) é referente ao regime jurídico. As sanções administrativas e penais pertencem a regimes jurídicos distintos pois apesar do Direito Administrativo Sancionador também representar o *ius puniendi* estatal, ele pertence ao regime jurídico administrativo, ou seja, não é Direito Penal. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2016), regime jurídico administrativo significa trabalhar com dois princípios: a supremacia do interesse público¹⁰ sobre o privado e a indisponibilidade, pela

⁸ Ver: FERRAJOLI, Luigi. Garantias e Direito Penal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 7, n. 26, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/9487/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 07 set. 2017. Um exemplo da ideia do autor pode ser entendido na sua frase: “É no terreno da defesa que se mede, mais que em qualquer outro, a vigência das garantias penais e processuais e, por outro lado, a desigualdade dos cidadãos frente a lei penal”.

⁹ Na Espanha, a proposta de Lei Orgânica Reguladora do Poder Sancionador da Administração feita para reformar o sistema após a Constituição de 1978 acreditava não haver diferença substancial entre sanção administrativa e penal “... la sanción administrativa y la penal no hay diferencias de orden sustancial; más aún, que ambas sanciones son especies de un mismo genus: la sanción punitiva, lo que significa, a su vez, trasladando la afirmación del plano del objeto (sanción) al del sujeto, que la potestad de la Administración en materia sancionadora es especie y expresión (junto a la potestad de los jueces penales) de la más amplia potestad punitiva del Estado” (RINCÓN, 1986, p. 204).

¹⁰ Entendido pelo autor como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (2012, p.62). O autor traz ainda três princípios subordinados a esse: posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; posição de supremacia do órgão nas mesmas relações; restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de

Administração, dos interesses públicos. Interessante expor, nesse momento, a visão de Herald Garcia Vitta (2011) sobre a questão, para o autor, nos limites do Direito, a Administração pode usar coação administrativa devido, justamente, à supremacia do interesse público sobre o particular, isso porque ela detém competência, nos termos da lei, para exigir ações ou omissões dos cidadãos, em nome e em favor do interesse público.

Ao relacionar o conceito de Mello (2016) com a exposição de Vitta (2011), percebe-se uma intrínseca relação entre regime jurídico administrativo e a própria sanção administrativa. Ou seja, o princípio da supremacia do interesse público está contido no regime jurídico administrativo e ao mesmo tempo é ele que autoriza a Administração Pública a usar a coação. Sendo assim, através das sanções administrativas, o Estado visa, em última análise, garantir a defesa do interesse da sociedade.

Como ainda são poucos os autores dedicados a trabalhar com o Direito Administrativo Sancionador, buscar uma definição de regime jurídico nessa área é tarefa difícil. Entretanto, Ferreira (2001, p. 85) resolve essa questão e traz uma conceituação específica de regime jurídico administrativo sancionador: “conjunto sistematizado de princípios e normas informadores da imposição e aplicação, no exercício da função administrativa, das sanções de mesma natureza”.

Outro ponto de relevante diferença reside na gravidade das sanções aplicadas. Osório (2015) acredita que o Direito Administrativo Sancionatório também possui diferentes gravidades, escolha feita, em regra, pelo legislativo de forma discricionária baseada em valores sociais dominantes para a tipificação e sancionamento dos comportamentos proibidos. É lógico que medidas como multas, por exemplo, são comuns aos dois ramos, entretanto, a grande diferença reside no fato de caber exclusivamente ao Direito Penal aplicar sanções privativas de liberdade conforme expõe a Constituição Federal no inciso LXI do art. 5º “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (grifo meu). Sendo assim, excetuando-se o caso dos militares subordinados a um regime bem específico de disciplina e hierarquia, as infrações administrativas não podem culminar em pena privativa de liberdade, talvez isso explique porque estudos sobre as garantias constitucionais tenham se desenvolvido com mais afinco no campo penal.

natureza pública. Celso Antônio Bandeira de Mello faz uma distinção entre interesse público e interesse individual “... pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade” (2011, p. 60).

Assim como a brasileira, outras constituições trazem previsão semelhante. É o caso da Constituição espanhola (1978) que assim trata do assunto no seu artigo 25.3: “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”¹¹.

Outra explicação para essa diferença está na questão da legalidade como apresenta Osório (2015), as normas de Direito Administrativo Sancionador tradicionalmente eram manejadas e tratadas no contexto do poder de polícia da Administração Pública, onde suas principais características eram remetidas à discricionariedade das autoridades competentes. Devido a isso, atualmente se observa grande flexibilidade na legalidade, repleta de competências discricionárias, usualmente voltadas à direção do interesse público. Essa é, portanto, um importante diferencial entre as duas vertentes: legalidade administrativa e legalidade penalista.

A respeito das diferenças entre as infrações nesses dois campos do Direito, Mello (2007) expõe duas correntes doutrinárias utilizadas na tentativa de realizar tal diferenciação. Ambas correntes abordam aspectos materiais para explicar essa caracterização. A primeira corrente é a qualitativa, ela considera que existe uma diferença substancial, ou seja, um campo específico para os crimes e outro para as infrações administrativas, essas seriam condutas menos ofensivas do que aquelas e englobariam principalmente os interesses da Administração Pública. A outra corrente é a quantitativa, segundo ela, ilícitos penal e administrativo seriam um mesmo fenômeno, ao contrário do que prega a qualitativa, também não concorda com a divisão entre ilícitos contra interesses da Administração ou não. Nesse ponto de vista, o critério seria a gravidade, ou seja, condutas consideradas mais graves ficariam a cargo do Direito Penal ao passo que aquelas avaliadas como menos graves seriam tratadas pelo Direito Administrativo.

Um critério interessante usado por Osório (2015) para diferenciar as sanções administrativas das penais é a partir da análise do critério subjetivo, ou seja, de acordo com a autoridade competente por julgar o processo. Sendo assim, processos administrativos avaliados pela autoridade administrativa são assim considerados e, por consequência, processos judiciais, julgados pelos magistrados, caso resultem em sanções, essas serão enquadradas como penais.

¹¹ Apesar da crítica de RINCÓN (1986) ao legislativo espanhol por demorar em fazer uma adequação das leis que tratavam de sanções administrativas conforme a, então, nova constituição. “Frente a la inactividad del legislador, en lo que a la reforma del sector se refiere, poco se podía hacer. No obstante, hay que reconocer que la jurisprudencia, en especial la constitucional, ha intentado, en la medida de sus fuerzas y no siempre acertadamente, sujetar la actividad sancionadora de la Administración a una serie de principios generales” (RINCÓN, 1986, p.188).

Ainda para o mesmo autor, as sanções penais e administrativas, dentro de uma pretensão unitária do *ius puniendi*, são ontologicamente indiferentes já que a priori “não haveria possibilidade de distinções qualitativas, substanciais entre ilícitos criminais e administrativos”. (OSÓRIO, 2011, p. 119).

Outro tópico onde aparecem diferenças entre sanções penais e administrativas é na possibilidade de imputá-las a terceiros ou não. Em uma infração de trânsito (isso também ocorre nas infrações de tráfego aéreo como será tratado no último capítulo), por exemplo, a multa é aplicada ao proprietário do veículo mesmo que outro seja o condutor, o ônus de provar que não estava dirigindo o veículo é do sujeito imputado, caso isso não ocorra, ele sofrerá a sanção. Já no Direito Penal isso não é possível de acontecer uma vez que a pena não pode ser imposta a terceiro:

... é difícil negar que as penas¹² não tenham a finalidade de punir, especialmente porque sempre consideram a figura do criminoso e as próprias condições especiais em que ocorreu a conduta proibida. Diferentemente, as sanções administrativas têm por especial objetivo desestimular condutas administrativamente reprováveis, o que justifica a possibilidade legislativa de – em certos casos – se considerar somente o comportamento proibido e imediatamente imputar a terceiros a responsabilidade pela infração. A pena, ao contrário, nunca pode ser diretamente imposta a outro que não o criminoso. (FERREIRA, 2001, p. 90).

Concluída tal separação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, a pesquisa seguirá com a delimitação do objeto de estudo. Para isso uma exposição da sanção administrativa será feita em seguida com alguns apontamentos sobre o tema culminando com uma busca pelo conceito mais adequado a esse estudo.

2.3 CONCEITUAÇÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Em primeiro lugar, cabe destacar a diferença entre infração e sanção. Ferreira (2001, p. 63) entende infração como “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”. Fica ainda mais explicativa a distinção entre elas com o ensinamento de Mello (2016, p. 99), para o

¹² O autor faz a diferença de nomenclatura, utiliza a palavra ‘pena’ para as sanções penais enquanto para as administrativas usa ‘sanção’. Nesse trabalho também será feita tal distinção visto que muitos autores apresentados na pesquisa também coadunam do mesmo pensamento.

qual infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa onde haja previsão de consequente sanção imposta por decisão de uma autoridade no exercício de função administrativa, isso não significa que precise ser obrigatoriamente aplicada no campo administrativo.

Já Mello (2001) explica que as normas de conduta têm estrutura complexa e são formadas por dois elementos: a norma primária e a norma secundária. A parte primária se refere a conduta prescrita à sociedade que, como já foi explicado, pode ser uma proibição, uma obrigação ou uma permissão, caso isso não seja cumprido se configura o ilícito¹³. Já a norma secundária é a previsão da consequência negativa aplicada a esse descumprimento, ou seja, é a sanção.

Para Bobbio (2006), a definição de sanção estaria ligada à eficácia da norma, à sua pertinência ou não ao sistema e não obrigatoriamente à sua juridicidade, pois, diferentemente de Kelsen como apresentado anteriormente, ele acredita que existem normas jurídicas desprovidas de sanção. O autor ainda diferencia três tipos de sanção: as morais, as sociais e as jurídicas. Morais seriam aquelas nas quais a punição seria somente interior, imposta pelo próprio sujeito. Sociais, por sua vez, seriam aquelas externas, impostas pelo grupo social no qual o sujeito está inserido, como uma reprovação pública ou exclusão do grupo, por exemplo. Por fim, as jurídicas seriam as externas institucionalizadas e, portanto, compostas de comportamento previsto e respectiva sanção para seu descumprimento.

Dentro das sanções jurídicas ainda é preciso diferenciar a administrativa da penal. A sanção penal, conforme Francisco Bissoli Filho (2010, p. 51) é:

... um mal lícito que se contrapõe a um mal ilícito, distinguindo-se das demais sanções jurídicas, ou seja, das sanções administrativas, civis e políticas, pelos seus requisitos: (...) ser uma realização da organização estatal (estatalidade); estar revestida de formalidades específicas; e estar imbuída de propósitos também específicos. (...) é uma consequência jurídica estatal cominada abstratamente na lei penal, aplicável pelo juiz com observância das formalidades processuais a quem concretamente praticou uma conduta que violou a norma penal, sendo passível de ser executada pelos órgãos estatais encarregados.

A doutrina não é pacífica quanto ao conceito de sanção administrativa. Grande parte dela o considera à luz da incidência formal do Direito Administrativo. Sendo assim, o critério seria apenas a autoridade competente para aplicá-la conforme já explicado anteriormente no

¹³ Alguns autores propõem diferenciação entre infração e ilícito, aqui não será feita essa distinção pois não acrescentaria ao objetivo do trabalho. Ambas serão usadas como sinônimo.

tópico sobre Direito Administrativo Sancionador. Pactuam dessa visão Mello (2016), Perez e Sanchez (1992) e Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (2014). O conceito de Perez e Sanchez começa definindo que é um mal jurídico que a Administração impõe ao administrado que incorreu em alguma conduta repreensível. Enterría e Fernández (2014) seguem a mesma lógica e afirmam que a sanção administrativa é um mal imposto pela Administração ao administrado em consequência de uma conduta tida como ilegal. Já na ótica de Mello (2016) a sanção administrativa é a consequência gravosa prevista em caso de alguém incorrer em uma infração administrativa cuja imposição é responsabilidade da própria administração.

A respeito da restrição trazida pelos autores espanhóis ao conceito, no qual afirmam que os sujeitos do processo seriam apenas os administrados, parece um equívoco e não caberia tal reserva, pelo menos não no caso de ordenamentos semelhantes ao brasileiro visto que muitas sanções administrativas atingem os cidadãos em geral. Alguns exemplos disso seriam: as multas de trânsito, as multas por descumprimento em contratos licitatórios, as multas por irregularidades em estabelecimentos comerciais, entre outras. Claramente quando os autores se referem à administrado querem abarcar os cidadãos em geral como sendo administrados pelo Estado, porém essa ideia não parece adequada para o conceito buscado aqui.

Na concepção de Osório (2015), a sanção administrativa deve ser conceituada para além da visão formal apresentada por muitos autores. Na sua definição, trabalha com os elementos subjetivo e objetivo, sendo aquele a autoridade administrativa e este o efeito aflitivo da medida em que se exterioriza (se desdobra em privação de direitos preexistentes e imposição de novos deveres). Aborda ainda os elementos teleológico – sobre a finalidade repressora - e formal – abrange a natureza administrativa do procedimento. Com esses elementos a definição do autor é a seguinte:

...um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. (OSÓRIO, 2015, p. 106-107).

O conceito de Osório realmente está bem completo, entretanto ele está em minoria quando a discussão é o aspecto formal da sanção administrativa. Para ele, independente da sanção ser aplicada por um juiz ou por um legislador, ela será administrativa caso seu aspecto

material assim a defina. Nesse sentido também seguirá essa monografia, portanto cabe analisar ainda a ideia de Vitta uma vez que ele pactua dessa visão e combina elementos interessantes na definição de sanção administrativa como:

... a consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica. (VITTA, 2003, p. 66).

Percebe-se nessa definição alguns componentes que podem ser observados mais detalhadamente. Primeiramente, “consequência repressiva” significa que deve ser algo que imponha uma opressão ao sujeito, que o reprima de algum modo. Em segundo lugar, ele traz o critério da competência (aspecto formal), o qual já foi tratado anteriormente uma vez que se aplica ao Direito Administrativo Sancionador em geral.

O terceiro aspecto, relacionado com o anterior, é sobre a função administrativa, ou seja, não basta que a sanção seja aplicada por uma autoridade administrativa, ela deve estar no exercício de uma função administrativa que, na visão de Marçal Justen Filho (2016) é o conjunto de poderes jurídicos com a finalidade de desenvolver a satisfação dos interesses essenciais, além de promover os direitos fundamentais e que o desempenho requer uma organização estável e permanente, manifestados sob regime jurídico infralegal e exteriorizados em decisões destituídas de natureza jurisdicional.

Para Mello (2016) existem dois critérios para diferenciar a função estatal: o subjetivo (orgânico) e o objetivo (que se subdivide em material e formal). O critério orgânico separa as funções com base no órgão que as exerce, sendo assim todas as atividades do Poder Legislativo são consideradas funções legislativas e segue a mesma lógica para as jurisdicionais e administrativas. Esse critério é inútil para o propósito desse estudo pois as atividades de cada Poder são muito variadas, o Legislativo, por exemplo, ao mesmo tempo que cria leis (sua atividade predominante), promove concurso público para a contratação de servidores, ato que também ocorre nos demais poderes da União.

O critério objetivo material leva em conta a natureza das atividades desenvolvidas independente do órgão que a desempenhe. Sendo assim, existe função jurisdicional quando há solução de conflitos com a aplicação do Direito ao caso concreto, administrativa quando o Estado atende aos fins a ele atribuídos pela lei e, finalmente, legislativa quando há expedição de atos gerais e abstratos.

Já, segundo o critério objetivo formal, o órgão que exerce a atividade e o seu conteúdo não são os aspectos mais relevantes, o importante aqui é o regime jurídico em questão. No caso da função administrativa sua “principal característica é um peculiar modo de submissão à lei formal” (MELLO, 2007, p. 29 - 30). Sendo assim, percebe-se a estreita ligação da função administrativa com o princípio da legalidade como também apresenta Mello (2012, p. 36):

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Após tais observações, a presente pesquisa se filia aos pensamentos de Mello (2016) e de Mello (2007) e considera adequado adotar o critério formal, pois ele é assertivo ao trazer o princípio da legalidade¹⁴ como fundamental para estabelecer essa caracterização de função administrativa. E essa legalidade não significa apenas obediência ao ordenamento, ela representa a necessária autorização de lei formal para os atos administrativos serem considerados lícitos, além disso devem ser desempenhados com o objetivo exclusivo de atingir os propósitos determinados pelo legislador. Essa é a diferença primordial entre a legalidade que deve ser observada pelos particulares e a que deve ser seguida pela Administração Pública, enquanto aqueles podem fazer tudo o que a lei não proíbe, essa somente está autorizada a fazer aquilo que está previsto na norma jurídica e nos estritos limites de tal autorização. Além disso, há um “dever-poder”¹⁵ na função administrativa, ou seja, a Administração Pública não somente está proibida de fazer o que a lei não determina como também está obrigada a cumprir todos os poderes delegados a ela.

Visto isso, percebe-se que esse exercício de função administrativa pode, inclusive, ser realizado por um funcionário público que não tenha a função original de administrar. Membros do legislativo e do judiciário podem desempenhar esse papel nos casos em que os respectivos poderes também precisam cumprir atipicamente funções administrativas¹⁶.

¹⁴ Será abordado o princípio com mais profundidade no próximo capítulo.

¹⁵ Para usar a expressão de Mello (2016).

¹⁶ Outro claro exemplo disso é a Lei de Improbidade Administrativa (LIA, Lei 8.429/92). Porém, nesse caso, ela é aplicada por juízes, no âmbito da jurisdição, apesar de, materialmente, tratar de sanção administrativa. Ressalta-se que esse é o posicionamento minoritário de Osório e Vitta, já para Ferreira e Rafael Munhoz de Mello, por exemplo, já que a LIA é aplicada por magistrados na função jurisdicional, não se enquadra como sanção administrativa uma vez que eles adotam o critério orgânico.

Exemplo disso é quando existe um processo disciplinar dentro de um desses poderes já que nesses casos são averiguados pelos próprios órgãos. A respeito disso, Osório (2011) acredita que a posição da Administração Pública como acusadora ou promotora em um procedimento ou processo punitivo, armada dos poderes sancionatórios e, mesmo com a presença inevitável de grande parte das sanções administrativas a cargo do Poder Executivo, isso não é quesito indispensável à caracterização da sanção administrativa, já que não indica contraposição exclusiva a “sanções judiciais”, em regra. Para o autor é um argumento que não se sustenta e deixa de obedecer às bases sancionadoras, serve apenas para delimitar a ideia de sanção administrativa com base em um simples elemento subjetivo e funcional, onde a presença da Administração Pública como órgão sancionador em um dos pólos da relação seria suficiente para uma definição.

O quarto aspecto do conceito de Vitta apresentado acima diz que a sanção deve ser desfavorável ao sujeito. Parece óbvio esse ponto pois a própria palavra sanção já traz esse significado de ser uma imposição de algo negativo. Já o próximo critério diz respeito ao caráter preventivo, “desestimular” carrega a ideia de que as pessoas não descumpririam as normas para não sofrerem as sanções, como uma forma de a Administração Pública se impor através da sensação de receio provocada no particular ao conhecer as penalidades possíveis. Nesse sentido também trata Mello, para ele a função das sanções administrativas é:

... desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. (MELLO, 2016, p. 877 - 878).

Por fim, o conceito de Vitta discorre sobre a conduta praticada em ofensa à norma. Ou seja, o agente deve agir contra o ordenamento, comissiva ou omissivamente. Para isso, as condutas devem estar tipificadas, pois somente assim é possível ao sujeito determinar quais atos podem ou não ser considerados contra o ordenamento.

Diante desses vários elementos considerados nessa definição por Heraldo Garcia Vitta, percebe-se que o autor consegue trazer uma visão completa do que seja a sanção administrativa. Sem desprezar todas as ideias apresentadas pelos demais autores e expostas nesse capítulo, porém com foco principal nesse último conceito será desenvolvido o restante desse trabalho.

Após essa definição de sanção administrativa será necessário conhecer os princípios a serem observados nos processos administrativos sancionatórios. A lei 9.784/99 trata dos processos administrativos e enumera os princípios que devem ser seguidos, são eles: segurança jurídica, interesse público, ampla defesa, contraditório, legalidade, moralidade, motivação, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

A presunção de inocência é outro aspecto sempre presente nos processos administrativos. A Administração Pública tradicionalmente carrega e impõe essa prerrogativa, porém ela não é absoluta. Juntamente com a abordagem dos princípios da lei 9.784/99, essa será a discussão apresentada no capítulo seguinte.

3 A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E OS PRINCÍPIOS DA LEI 9.784/1999

Muitos são os princípios atribuídos ao Direito Administrativo Sancionador, cada autor enumera um rol diferente, certamente grande parte de princípios se repete dentre essas variadas listas. De acordo com os objetivos dessa pesquisa, optou-se por trabalhar com a presunção de veracidade e com os princípios expressos no art. 2º da lei 9.784/99 visto que parecem os mais adequados para desenvolver um critério para a análise a ser feita no último capítulo. Como cada um dos princípios mereceria um espaço bem mais amplo para ser abordado em todas suas nuances, o enfoque será por destacar brevemente suas ideias principais e abordá-los mais especificamente na sua aplicação no campo administrativo.

Para desenvolver uma discussão sobre diferentes princípios, inicialmente, é preciso uma sucinta retomada sobre essa temática propriamente dita. Para a maioria dos operadores do direito, falar em princípios lembra Robert Alexy¹⁷ e sua teoria da ponderação de princípios desenvolvida a partir do trabalho de Ronald Dworkin¹⁸. Entretanto, antes de chegar a essa ideia de ponderação, houve uma trajetória da evolução dos princípios desde a época do jusnaturalismo, obviamente coincidindo com o desenvolvimento do próprio Direito.

Conforme o esperado, a ideia de princípios no jusnaturalismo estava relacionada ao pensamento da época sobre o que era o Direito. As noções de justiça e moral estavam intrinsecamente conectadas às normas vigentes na sociedade. Os princípios gerais do Direito estavam ligados ao Direito natural, ou seja, a teoria jusnaturalista afirmava que existia um Direito divino e isso seria natural dentro de cada ser humano. Assim, todos já teriam internalizados o justo e o injusto, portanto os princípios gerais do Direito seriam um reflexo disso. Porém, essa concepção tornava os princípios muito abstratos, mesmo assim foi preponderante até o século XIX. (BONAVIDES, 2010).

Em seguida veio o positivismo jurídico. Época marcada pela codificação das leis e, nessa perspectiva, dos princípios também. Contudo, a aplicação deles era apenas de forma acessória, a lei era a principal fonte do Direito restando aos princípios preencher as lacunas do ordenamento. Mesmo positivados, os princípios não eram vinculantes, assumiam uma função de pouca relevância no sistema jurídico. E essa foi justamente uma das fortes críticas feitas ao

¹⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

¹⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

positivismo ao começar a perder força na primeira metade do século XX. (CRISTÓVAM, 2016a).

A partir de então, o novo constitucionalismo começou a se delinear e, com ele, os princípios gerais do Direito ganharam força e passaram ao status de princípios constitucionais com a aplicabilidade e a substancialidade próprias desse patamar. Atualmente um conceito de princípio interessante é encontrado no texto de Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 47): “designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”. Com essa definição fica perceptível a ideia de princípios como um grande pano de fundo onde todo Direito deve se desenvolver.

Cabe aqui uma breve discussão sobre a diferença entre princípio e regra, questão muito debatida pela doutrina sob diversos aspectos. Nesse estudo, a distinção será sob o aspecto das generalidades visto que é apenas para expor um panorama geral do assunto e não o foco da pesquisa. Nesse sentido, os princípios estão ligados a ideia de fundamento, mandamento, pressuposto teórico vinculante utilizado para entrelaçar todo o ordenamento. Já as regras se referem a situações mais específicas, dependem de encaixe quase literal à situação fática em questão.

Outro fator interessante a diferenciar regras e princípios é a forma de incidência no caso concreto. Enquanto esses podem ser aplicados em parte, ou seja, podem ser ponderados e aplicados mais de um ao mesmo tempo e em proporções diferentes, aquelas só têm duas opções: ou correspondem à situação fática ou não podem ser utilizadas. Importante destacar que ambos têm a mesma relevância para o sistema, como ressalta Luís Roberto Barroso (2003, p. 34):

Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.

O autor também explica que ambos institutos são normativos, ou seja, fazem parte do repertório de opções do intérprete. Destaca ainda três critérios de diferenciação entre eles: o conteúdo, a estrutura normativa e as particularidades da aplicação. Quanto ao conteúdo, os princípios são axiológicos, expressam valores ou finalidades; enquanto as regras são descrições de condutas já valoradas antecipadamente pelo legislador. Sobre a estrutura normativa, a regra é aplicada caso ocorra o fato previsto em abstrato, logicamente não é um processo mecânico,

porém, em geral, não envolve processo longo de racionalização; já os princípios não detalham a conduta a ser seguida para sua realização, sendo assim, a atividade do intérprete se torna mais complexa para atingir os fins desejados pela norma. Com relação as particularidades de aplicação, Barroso afirma se tratar das teorias desenvolvidas a partir de Dworkin e Alexy, onde regras são aplicadas na forma de tudo ou nada, ou seja, incide apenas se os fatos nela previstos ocorrerem; já os princípios são compostos, geralmente, por um fundamento ético, valores, enfim são diretrizes a serem seguidas.

Justamente nesse último quesito se coloca a questão de possibilidade de aplicação de mais de um princípio ao mesmo caso concreto através da ponderação entre eles. Existem interesses e garantias constitucionais possíveis de colisão. Isso ocorre, por exemplo, entre liberdade de expressão e o direito à privacidade, entre a livre iniciativa e a intervenção estatal e, no caso dessa pesquisa, será discutido, entre outros aspectos, a colisão entre presunção de veracidade e garantias individuais no devido processo legal administrativo.

3.1 A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE¹⁹

A Administração Pública goza de alguns privilégios em relação aos particulares para tornar exequível certas ações estatais com o objetivo de defender o interesse público. Dentre esses privilégios estão: os prazos processuais e prescricionais diferenciados, a posição de ré na maior parte dos processos judiciais, as modificações unilaterais em contratos administrativos, a exigibilidade dos atos administrativos, a revogação unilateral dos próprios atos e sua invalidação, dentre outros. A presunção de veracidade também está nesse rol de privilégios, ela permite que multas sejam aplicadas por um agente de trânsito, por exemplo, visto que aquilo relatado pelo agente na autuação será considerado verídico caso o particular não consiga provar o contrário. Também é esse instituto que aufere fé pública a todos os fatos constantes de certidões, atestados ou declarações expedidas pelo Poder Público.

Moreira Neto (2014) encaixa a presunção de veracidade no megaprincípio da segurança jurídica. Nele se enquadra o princípio da presunção de validade, o qual, por sua vez, é composto por outras quatro vertentes de presunção: a de veracidade, a de legalidade, a de

¹⁹ Existe também a presunção de legitimidade, outro instituto assemelhado a esse, mas que não será foco dessa pesquisa, apesar de semelhantes, a presunção de veracidade considera os atos administrativos verdadeiros, já a de legitimidade, considera-os legais, legítimos. Segundo tal conceito, os atos administrativos gozam de presunção *juris tantum* de legitimidade até que sejam declarados inválidos, quer pela via administrativa quer pela jurisdicional.

legitimidade e a de licitude da ação administrativa. Isso justificaria a obrigação do ônus da iniciativa e da produção probatória ao particular para alegar a existência de vícios invalidantes e a aplicação da sanatória de possíveis vícios, mesmo àquela resultante do decurso do tempo.

Entretanto, Pedro de Menezes Niebuhr e Amanda Pauli de Rolt (2017) destacam que, como a sanção administrativa faz parte do *ius puniendi* estatal, a presunção de veracidade da Administração Pública deve ser relativizada e contraposta ao direito constitucional à presunção de inocência conferido ao particular. Essa garantia oferece (ou deveria oferecer) a segurança de ser condenado apenas por sentença irrecorrível onde haja prova de ter praticado a conduta (omissiva ou comissiva). Então, o Estado deve provar o ilícito cometido pelo acusado. Apesar disso, a jurisprudência normalmente ainda se posiciona em favor da Administração e, caso o particular não consiga fazer prova de sua inocência, os Tribunais mantêm a sanção administrativa, isso fica evidente ao tentar um recurso contra multas de trânsito, por exemplo.

Todavia, percebe-se esse fato como um problema do sistema jurídico, pois extingue o freio ao poder punitivo do Estado. Dessa forma, se o Estado quiser punir (por qualquer objetivo, inclusive arrecadatório) é só optar pelo processo administrativo onde as garantias individuais não precisam ser estritamente observadas. O legislativo pode simplesmente escolher não incidir o processo penal, basta manifestar o *ius puniendi* através das sanções administrativas.

Considerar (quase) absoluta a presunção de veracidade da Administração Pública é um retrocesso em relação às garantias já conquistadas pelo Estado Democrático de Direito. A atividade da Administração Pública em um processo administrativo deveria ser a mesma desempenhada pelo Ministério Público no processo penal, ou seja, ela deveria provar a conduta atribuída ao particular. Essa prova pode ser em sentido amplo, testemunhal, documental, entre outras. A tecnologia facilita essa prova, em uma multa de trânsito, por exemplo, o smartphone pode ser utilizado para fazer fotos e filmagens, ou até mesmo o colega de serviço pode ser testemunha (assim como acontece no ramo penal). Não é mais concebível e razoável diante dos meios disponíveis continuar a fundamentar as decisões apenas na presunção de veracidade, isso também vai de encontro ao princípio da razoabilidade a ser debatido mais à frente.

A dúvida deve militar em prol do acusado, caso não haja provas ou haja provas no mesmo nível, ele deve ser absolvido. No processo penal, mesmo depois do inquérito policial, o Ministério Público tem o ônus da prova, da mesma forma, depois do auto de infração continua existindo a necessidade de a Administração provar a acusação.

A presunção de veracidade é coerente e tem um discurso compatível com o sistema de supremacia do interesse público e com a separação de poderes, entretanto isso deve ser

relativizado, principalmente ao se aplicar uma sanção. Em muitos casos, ao transferir o ônus da prova para o particular, será imputada uma produção de prova impossível, por exemplo. Isso é contrário às garantias do ordenamento, principalmente se o Estado tem condições de produzir provas da sua alegação.

Gustavo Binenbojm (2016) acredita que, nessa perspectiva abordada, o Direito Administrativo surge avesso ao princípio da separação de poderes e da legalidade sobre os atos administrativos e se mostra mais próximo ao Estado absolutista. Isso porque o Poder Executivo concentra as funções de administrar, de criar o direito que lhe é aplicável e, ainda, é responsável por aplicá-lo aos conflitos onde ele mesmo atua como parte contra os particulares. Para o autor, esse modelo representa o oposto do Estado Democrático de Direito, uma vez que desenvolvem categorias jurídicas voltadas à preservação da autoridade estatal (potestas) e não visam a garantia dos direitos individuais dos cidadãos (libertas). As relações paritárias de igualdade são substituídas pela ideia de verticalidade, com conseqüente supremacia do Estado. Ainda destaca: “a própria noção de interesse público é construída a partir da ótica dos governantes, como algo naturalmente superior e contraposto aos interesses dos particulares” (p. 41). Isso é extremamente significativo para o desenvolvimento do argumento desse estudo, mais à frente será tratado de interesse público e dessa relação intrínseca com essa visão de presunção de veracidade.

3.2 PRINCÍPIOS DA LEI 9.784/1999

Em consonância com o processo de democratização da Administração Pública, em 1999 é promulgada a lei 9.784 para regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública. Ela trouxe muitos avanços, principalmente no sentido de positivar garantias individuais em favor do particular frente ao Estado. O art. 2º expôs diretamente os princípios a serem observados durante o processo administrativo, são eles: segurança jurídica, interesse público, ampla defesa, contraditório, legalidade, moralidade, motivação, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência. O legislador ainda optou por deixar em aberto esse rol com a expressão “dentre outros”. Nesse tópico será analisado cada um desses institutos legais.

3.2.1 Segurança jurídica

Falar sobre segurança jurídica atualmente é quase um clichê. Não porque ela não seja importante, exatamente pelo contrário, é uma questão extremamente relevante principalmente quando se trata de um Estado Democrático de Direito. Justamente por isso, é uma temática muito recorrente e está presente em qualquer debate no campo do Direito. Não é um princípio expresso na Constituição Federal²⁰, é considerado um dos princípios gerais do Direito, uma vez que perpassa todo o ordenamento jurídico. Já para Moreira Neto (2014), a segurança jurídica é considerada um megaprincípio.

O cerne desse princípio é garantir às pessoas que o Direito se comportará da mesma maneira para situações iguais ou semelhantes. Isso fica mais evidente na questão dos precedentes jurídicos, ou seja, duas pessoas com processos iguais ou muito semelhantes devem esperar o mesmo desfecho, infelizmente nem sempre isso é respeitado²¹. No caso de processo administrativo não há razões para ser diferente, especialmente quando se trata de sanções é de suma importância proporcionar segurança jurídica para os cidadãos.

Também decorre da segurança jurídica a máxima constitucional da legalidade “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e também a da tipicidade e da anterioridade “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Sendo assim, existe a proteção ao particular contra arbitrariedades do Estado já que sabem as condutas permitidas e proibidas pelo ordenamento jurídico.

Uma das premissas desse instituto é a vedação ao retrocesso social, principalmente ao se tratar de garantias e direitos fundamentais (SARLET, 2010). Essa perspectiva é de suma importância nesse estudo, visto que as garantias já adquiridas pelos particulares nos processos onde figuram como réu devem ser mantidas, e a segurança jurídica é mais um princípio a fundamentar essa ideia. Ao enfrentar o *ius puniendi* estatal - quer na via penal, quer na administrativa - o acusado não pode ter os direitos já conquistados ao longo da evolução do Direito negados ou restritos. Nesse sentido e buscando trazer para o viés da sanção administrativa, ressalta-se a implicação de segurança jurídica também na estrita observação ao

²⁰ A segurança é uma garantia positivada na Constituição como direito fundamental, porém o seu viés jurídico tem contornos bem específicos e traz um sentido totalmente diferente à palavra. Por isso, a segurança jurídica não será tratada aqui como derivada da segurança em sentido amplo como fez Ingo Wolfgang Sarlet (2010).

²¹ A discussão quanto a eficiência da segurança jurídica foge aos limites desse estudo.

direito ao devido processo legal nos processos administrativos bem como todas as evoluções conquistadas nesse campo, independente da seara onde se desenvolveram (mesmo que, nesse caso, a maioria ocorreu na penal).

3.2.2 Interesse público

A supremacia do interesse público sobre o privado é o fundamento básico para a convivência em sociedade, pois caso cada um buscasse apenas seus interesses particulares seria o retorno ao estado de guerra de Hobbes conforme já citado no segundo capítulo. Portanto, é pressuposto do próprio Estado a proteção ao interesse público. Apesar da Constituição Federal não falar explicitamente disso, a supremacia do interesse público está presente em vários dispositivos como no caso da desapropriação, da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, entre outros. (MELLO, 2016).

Na verdade, o interesse público também representa o interesse individual, pois cada um desfruta da vida em sociedade e, como membro dela, gostaria de preservar alguns aspectos em comum com os demais, como o meio ambiente, por exemplo. Isso não significa que, em algum momento, o interesse de algum particular não venha a colidir com o público, por exemplo, caso ele queira desmatar uma área para construir um shopping, pode sofrer restrições em prol do bem comum.

O interesse público, da coletividade, não pode ser confundido com o interesse da Administração Pública e de seus entes. Mello (2011) diferencia interesse público primário e secundário. Primário é aquele da sociedade como um todo consagrado em lei e entregue aos cuidados do Estado. Por outro lado, o secundário é o interesse da entidade personalizada do Estado e só pode ser buscado pelo aparelho estatal caso seja coincidente com os interesses públicos primários.

Nesse sentido, é importante trazer à discussão a ideia de indisponibilidade do interesse público. Ou seja, a coisa pública não pertence ao administrador e por isso ele não pode usufruir dela senão estritamente conforme a indicação da lei. Jamais o interesse público pode, especialmente no Estado de Direito, ser objeto de acordos e ajustes a não ser aqueles previstos na própria lei.

Apesar da restrição legal, esse princípio também traz algumas prerrogativas como consequência de seu desdobramento, a autotutela é uma delas. Ela fornece à Administração Pública a possibilidade de rever seus próprios atos, revogar conforme conveniência e

oportunidade e anular ou corrigir os inválidos. Outra faceta decorrente desse princípio é a autoexecutoriedade dos atos administrativos, assim é possível, segundo certas previsões legais, desempenhar determinados atos sem a necessidade de buscar as vias judiciais em um primeiro momento.

Entretanto, algumas vezes, a simples alusão ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é suficiente para fornecer uma “carta branca” à Administração Pública. José Sérgio da Silva Cristóvam (2015) faz críticas contundentes nesse sentido e sobre vários aspectos: lógico, epistemológico, axiológico, ideológico e conceitual-normativo. Para o autor é preciso uma superação do paradigma tradicional onde o interesse público possui uma prevalência abstrata. Deve haver uma evolução e (re) construção desse postulado a partir da ponderação de interesses.

Ao relacionar essa ideia com a presunção de veracidade apresentada anteriormente, reforça-se o argumento de ausência de uma presunção (quase) absoluta em favor da Administração. A presunção de veracidade se pauta justamente no conceito abstrato de supremacia do interesse público sobre o particular, conceito que, conforme analisado, está em cheque. Certamente não está a se desconsiderar esse princípio, mas apenas o tirando do pedestal supremo de prevalência absoluta e impondo a ponderação de interesses entre ele e os demais valores constitucionais. Conforme é possível observar:

A superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público acaba por subtrair o fundamento da legitimidade jurídico-política e institucional dessas prerrogativas, que não mais podem ser justificadas pela simples alusão a um parâmetro de apriorística prevalência abstrata do interesse público (coletivo) sobre o privado (individual). (CRISTÓVAM, 2015, p. 307).

Sendo assim, repensar o conceito de interesse público significa também reformular todos os demais derivados dele. A presunção de veracidade da Administração Pública é um exemplo e já não pode mais ser encarada como suficiente para validar os atos administrativos contra os particulares de forma quase suprema, principalmente diante de processos administrativos bem como de suas respectivas sanções. A simples invocação da prerrogativa de presunção de veracidade não pode ser suficiente para impor alguma sanção administrativa sem qualquer outra prova contra o particular.

3.2.3 Ampla defesa e contraditório (devido processo legal)²²

Caso seja necessário ser parte em algum tipo de processo, seja judicial ou não, toda pessoa (física ou jurídica) tem a garantia de que ele será desenvolvido de acordo com o princípio do devido processo legal. Esse, por sua vez, é composto pela ampla defesa e pelo contraditório, ou seja, a capacidade de se defender deve ser considerada em todos os seus aspectos e nenhum tipo de restrição pode ser feita para tolher alguma das partes interessadas em rebater e em expor seus argumentos.

O instituto do devido processo legal surge na Carta Magna inglesa que João-sem-Terra foi obrigado a assinar por pressão dos barões em 1215. O documento previa que o homem livre teria direito a ser julgado pelos seus pares de acordo com os costumes e precedentes da época, a *law of de land* ou lei da terra. Cerca de um século depois, em 1354, essa expressão foi substituída pelo, hoje famoso, *due process of law*, por Eduardo III, no *Statute of Westminster of the Liberties of London*. Na América, foi a Emenda Constitucional V, de 1789 que usou pela primeira vez essa terminologia. (MELLO, 2016).

Com o aumento das Constituições prevendo a proteção aos direitos sociais e individuais nos Estados Democráticos de Direito pelo mundo, o princípio do devido processo legal passou a ser praticamente item obrigatório para, aliado à legalidade, forçar o Estado a abandonar definitivamente as imposições de cunho absolutistas. O crescimento de importância desse princípio levou a atual Administração Pública a ficar adstrita de tal forma ao *due process of law* que se tornou vetor de direcionamento de todas as relações entre ela e a sociedade em geral.

As sanções administrativas podem ser tão coercitivas quanto algumas sanções penais, portanto é tão importante que elas sigam os requisitos do devido processo legal conforme prevê a Constituição da República no artigo 5º, inciso LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Aliado a isso estão os princípios do contraditório e da ampla defesa que também estão resguardados pela Carta Magna no mesmo artigo inciso LV “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

²² Optou-se por tratar dos dois princípios juntos, pois ambos decorrem do devido processo legal e assim será feita a análise desse conjunto mais conectadamente. Como apresenta Ferreira (2001, p. 106): “São eles – o contraditório e a ampla defesa -, portanto, faces da mesma moeda: a que garante o respeito ao devido processo legal”.

A ampla defesa é o viés do devido processo legal que garante ao acusado o direito a uma defesa técnica de um advogado e também a possibilidade de praticar os atos que lhe julguem convenientes para se defender. Além disso, implica na garantia de defesa prévia (liminar) e a requisição judicial de produção de todas as provas necessárias e possíveis ao Direito. Além de estar no caput do art. 2º da lei 9.784, a ampla defesa se mostra em vários outros pontos dessa lei, como na obrigatoriedade de intimação em todos os atos processuais, no direito à ciência da tramitação e à vista dos autos, entre outros.

Já o contraditório, apesar de muito semelhante, refere-se mais a questão de possibilidade de se opor aos argumentos da outra parte, de rebater as alegações e de ser ouvido antes de qualquer decisão no processo, inclusive no Código de Processo Civil de 2015, essa questão foi reforçada²³ demonstrando a preocupação do legislador com o contraditório no processo, certamente, por analogia, essa relevância também deve ser estendida a outros ramos além do civil.

Um aspecto muito importante decorrente do devido processo legal é o livre acesso à informação sem o qual é impossível construir uma defesa adequada. E nesse quesito o processo administrativo precisa evoluir muito em relação ao colega penal, apesar de, recentemente (2011), ser promulgada a lei de acesso à informação. Nas relações de sujeição especial, a restrição ao acesso à informação acontece, pois a hierarquia impõe uma certa opressão e poder sobre o administrado caso ele resolva questionar ou ponderar demais com os superiores, principalmente se ele ainda não for estável. Nas relações de sujeição geral, nem sempre o particular tem o conhecimento adequado para conseguir pleitear pelo seu direito à informação junto à Administração, basta ele se deparar com um servidor público despreparado ou até de “má vontade” para não conseguir o acesso ao qual requer.

Entretanto, para evitar justamente essa situação, o legislador estipulou no art. 37 da lei 9.784: “Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias”. Dessa forma, fica evidente a impossibilidade de aplicação de uma sanção administrativa sem a observação dos critérios da ampla defesa e do contraditório.

²³ Os artigos 7º, 9º e 10 do novo CPC são exemplos da preocupação em preservar o contraditório. Em especial se destaca o art. 9º: “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

3.2.4 Legalidade

A legalidade surgiu como contraposição ao poder absolutista do Estado. Pode-se dizer que, graças a esse princípio, surgiu o Estado de Direito, diametralmente oposto ao Estado Absolutista, onde não é mais a vontade do soberano que prevalece, mas sim a do povo, pelo menos teoricamente. Ou seja, o povo elege seus representantes, esses, por sua vez, criam as leis, sendo assim o povo e o Estado se submetem às suas próprias leis. Com isso, o Estado está obrigado a agir sempre *secundum legem*, jamais *contra legem* ou mesmo *praeter legem*. (MELLO, 2016).

As transformações sociais e econômicas do século XVIII levaram a burguesia a pressionar o poder posto, principalmente com a expansão da concepção iluminista e os ideais liberais. Com isso, as lutas pelas garantias da população e a consequente limitação do Estado desencadearam a evolução do conceito de liberdade como hoje é conhecido. Pode-se dizer que a Administração no Estado absolutista se apresentava legalmente incondicionada, já com o Estado de Direito ela passou a ser condicionada à lei. No Brasil, desde a Constituição imperial de 1824, já havia o postulado da legalidade semelhante ao que aparece no texto atual. O art. 179, inciso I trazia o seguinte texto: “Nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei”.

Apesar da antiguidade do instituto no ordenamento brasileiro, Mello (2016) afirma que a legalidade é justamente o princípio qualificador do Estado de Direito. Assim se percebe a lei como limitadora do Estado uma vez que este fica totalmente vinculado ao princípio da legalidade.

O princípio da legalidade infere que deve haver uma lei formal para prever o ilícito e a consequente sanção, ou seja, apenas o legislador pode tipificar condutas passíveis de sanção (quer penal, quer administrativa). Essa exigência está concretizada na Constituição Federal no inciso XXXIX do art. 5º, corresponde ao famoso princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O art. 5º, inciso II da lei fundamental também estabelece: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, esse viés da legalidade determina que ninguém tem obrigação (fazer ou não fazer) sem prévia cominação legal. Além disso, essa lei deve ser anterior ao fato, é o princípio da irretroatividade estritamente vinculado ao da legalidade.

Especificamente no que tange à Administração Pública, conforme já citado no capítulo anterior, ela está adstrita à lei de forma mais próxima do que o particular, visto que, enquanto

o cidadão pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a máquina pública só está autorizada a executar o permitido pela lei, essa é a chamada legalidade administrativa. Essa vertente da legalidade também é conhecida como princípio da reserva legal absoluta, à qual está vinculado o Estado, através de todos os seus entes, órgãos e agentes, mesmo delegados.

Conforme assinalado anteriormente, a legalidade precisa ser formal. Sendo assim, é necessário que as sanções sejam previstas apenas por lei, não por decreto ou regulamento, por exemplo. Isso fica mais evidente ao ler o art. 84, inciso IV da Constituição que define que o Executivo pode expedir regulamentos com a finalidade de possibilitar a execução das leis. Sendo assim, regulamento não pode trazer alguma obrigação além daquela determinada pela lei. “Logo, não há como o decreto – ou, pior, ato de escala inferior – prever infrações e criar sanções administrativas: ou vêm dispostas na lei ou inexistem no mundo jurídico”. (SUNDFELD apud FERREIRA, 2001, p. 93).

Além disso, conforme o parágrafo primeiro do art. 68 da Constituição Federal, os direitos individuais não podem ser delegados pelo Congresso Nacional ao Presidente da República. Logo, como todo conteúdo do artigo 5º da Constituição trata de direitos individuais, inclusive o inciso II sobre a legalidade, não é possível conferir interpretação diversa sobre o assunto. Nesse sentido, explica muito bem Mello (2011, p. 360) ao discorrer sobre o fato de que a lei não pode simplesmente estipular e delegar ao regulamento a previsão das infrações e sanções aplicáveis:

... se à lei fosse dado dispor que o Executivo disciplinaria, por regulamento, tal ou qual liberdade, o ditame assecuratório de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” perderia o caráter de garantia constitucional, pois o administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa ora em virtude de regulamento, ora de lei, ao líbido do legislativo, isto é, conforme o legislador ordinário entendesse de decidir.

Nesse ponto cabe uma observação quanto aos regimes de sujeição geral e de sujeição especial, o problema é como a legalidade formal se aplicaria em cada caso. A questão fica mais complexa quando se trata de infrações administrativas, principalmente no regime de sujeição especial. Ferreira (2001) acredita que esse fator pode ser flexibilizado nesse caso, ou seja, as sanções estariam previstas em lei, mas com uma autorização genérica para estatutos definirem as infrações.

No caso de sujeição geral, a maioria dos autores concorda que não é possível impor sanção sem a prévia tipificação legal. Isso porque não tem respaldo constitucional para obrigar

o particular a fazer ou deixar de fazer algo sem uma lei que assim o determine. Já no caso de sujeição especial a diferença é a existência de um “contrato” entre o prestador de serviço público e a Administração. Ou seja, quando alguém se vincula ao Estado, ele se sujeita voluntariamente ao poder disciplinar e à hierarquia, bem como a todos os estatutos internos que regem a atividade em questão.

Para Mello (2007), existe uma diferença entre criar direitos e obrigações de modo primário e de modo secundário. Ele afirma que os regulamentos estão autorizados a inovar de forma secundária, ou seja, a utilidade de tal ferramenta é desenvolver preceitos legais já existentes. O modo primário cabe apenas ao legislativo, isso significa total impossibilidade de a Administração Pública inovar na ordem jurídica com a criação de regulamentos sem qualquer relação de subordinação com a lei. Os regulamentos devem ser apenas de execução com a ideia de possibilitar o cumprimento da lei. Por outro lado, isso não significa apenas reproduzir a lei, existe uma margem de discricionariedade para a Administração examinar qual a melhor forma de aplica-la com base no interesse público e na finalidade contida na lei.

No caso da sanção administrativa, foco desse trabalho, é necessário reduzir ao máximo a discricionariedade do administrador com a previsão expressa da infração e da sanção consequente (tipicidade), antes da ocorrência do fato (anterioridade). Essa perspectiva também se relaciona com os aspectos já tratados na segurança jurídica, pois, o particular deve saber quais as condutas proibidas para poder optar por não as praticar e, assim, ter a segurança de não ser acusado e condenado em processo administrativo.

3.2.5 Moralidade

Princípio consagrado na Constituição Federal, a moralidade se refere à ética que deve ser observada pela Administração Pública. Fazem parte desse instituto a boa-fé e a lealdade, isso significa uma atuação sincera não apenas com os administrados, mas também com todos os cidadãos. Fica vedado comportamento maldoso, malicioso ou com o intuito de dificultar o exercício de direitos individuais.

Decorre desse princípio a ideia de probidade administrativa. O legislador demonstra muita preocupação com o tema, uma vez que, além da previsão constitucional, existe a Lei 8.429/92 para tratar especificamente da improbidade administrativa. Inclusive o art. 85, V, da Constituição prevê como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República contrários a probidade administrativa. A Constituição Federal traz também o parágrafo 4º do

art. 37 e estipula “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Observa-se que essa é uma das restritas cinco hipóteses de cassação dos direitos políticos (art. 15, V), isso demonstra o zelo com que o constituinte quis proteger a moralidade administrativa. Como se não bastasse, ela também está resguardada pelo art. 5º, LXXIII, onde estão previstas as hipóteses de cabimento de ação popular.

Certamente não é possível qualquer ofensa aos valores morais socialmente considerados ser taxada como desrespeito ao princípio da moralidade administrativa. A imoralidade proibida pelo ordenamento diz respeito aos valores juridicamente protegidos, ou seja, refere-se aos bens tutelados pelo Direito. Como também defende Mello (2011, p.123) “entendemos que este (o princípio da moralidade administrativa) será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado”.

No processo administrativo, esse princípio se refere a necessidade de transparência e ética. A Administração Pública deve assegurar a boa-fé e a lealdade com o particular, principalmente em se tratando de acusações possíveis de culminar em uma sanção administrativa.

3.2.6 Motivação

Princípio basilar no processo administrativo, a motivação impõe a obrigação para a Administração de apontar os fundamentos de direito e de fato justificantes de seus atos. É preciso uma explicação lógica de enquadramento das providências tomadas dentro da lei onde está previsto tal comportamento. A falta de motivação produz a invalidade dos atos administrativos.

A Constituição Federal trata do assunto no art. 93, X onde determina: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas”. Contudo essa restrição aos tribunais deve ser mitigada de forma a ser estendida às demais decisões administrativas dos três Poderes uma vez que todas são realizadas no exercício da função administrativa. Mello (2007, p. 235) concorda com essa visão “sendo o regime jurídico o mesmo, a exigência de motivação aplica-se a todas as decisões administrativas, por analogia e por força do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais”.

Em relação às sanções administrativas a lei 9.784/99, em seu artigo 50, não deixa dúvidas sobre a obrigatoriedade da motivação: “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando (...) imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções”. Sendo assim, a imposição de sanção administrativa deve ser justificada com base nas provas produzidas no processo, a respectiva fundamentação do enquadramento do fato concreto ao ilícito tipificado, a correlação com o autor do delito e ainda os fatores levados em conta na dosimetria da pena. Vale ressaltar que, quanto maior a discricionariedade oferecida ao administrador na escolha da sanção, mais clara deverá ser sua fundamentação para justificar a opção feita, isso inclui a exposição das razões e circunstâncias fáticas de cada caso.

Um ponto relevante a ser observado é o aumento da importância que o princípio da motivação está recebendo. Isso é perceptível claramente no mais recente Código lançado, o de processo Civil de 2015. Apesar de versar sobre o mundo judicial, é possível inferir e compartilhar em outros ramos do direito a relevância da fundamentação nas decisões em geral. O novo CPC, inclusive, é bem específico no parágrafo 1º do art. 489 ao apontar diversas situações, antes usadas por muitos juízes, que não podem mais ser admitidas como fundamentação. Portanto, no processo administrativo não há razões para ser diferente, as decisões obrigatoriamente devem ser motivadas e bem fundamentadas, principalmente no caso de restringir direitos e garantias dos particulares.

3.2.7 Finalidade

O princípio da finalidade é, de certa forma, subjetivo pois traduz a razão de ser da lei, o objetivo para o qual foi promulgada e buscar isso requer uma análise interpretativa do aplicador. Inclusive existe um erro específico desse instituto, o desvio de finalidade. Ele acontece caso uma lei seja utilizada como “bengala” para atingir fins particulares ou simplesmente diferentes do proposto nela. Esse desvio, também chamado de excesso de poder²⁴, acarreta na anulação do ato administrativo.

²⁴ Boa parcela da doutrina entende que abuso de poder é o gênero do qual derivariam as espécies desvio de finalidade e excesso de poder. Foge ao interesse desse estudo se aprofundar nessas questões terminológicas visto que todas implicam, de certa forma, em questões contrárias à finalidade, portanto serão usadas como sinônimos.

A Constituição Federal não traz nenhum artigo específico que trate diretamente da finalidade²⁵, entretanto, ela decorre da própria legalidade visto que o agente público precisa estar adstrito à lei e não apenas de modo formal. Contudo, a lei 9.784 aponta expressamente este princípio e a doutrina também o apresenta como parte integrante das observações feitas à Administração Pública, isso porque a finalidade serve para alertar ao administrador que não basta apenas cumprir literalmente o que a lei determina, é necessário estar de acordo com os objetivos incutidos nela.

Por exemplo, se a lei prevê uma cota de 25% da arrecadação do tributo Y para ser aplicada na educação e ocorre um colapso na saúde, o gestor não pode aplicar essa cota destinada à educação para cobrir o rombo na saúde, por mais que isso pareça ser de interesse público. Isso porque o legislador, ao estipular as finalidades nas leis, já o fez pensando (teoricamente) em um planejamento orçamentário geral onde estariam abarcadas todas as necessidades públicas.

Sendo assim, a finalidade corresponde à orientação legislativa imposta de forma vinculante (não há espaço para discricionariedade) à Administração. Em sentido amplo é a busca pelo interesse público, entretanto não é apenas isso, pois, em sentido estrito, corresponde ao objetivo expresso ou implícito apresentado na lei. E isso deve estar presente no desenvolvimento do processo administrativo, todos os atos praticados nele devem servir a finalidade estabelecida pela lei, bem como a correta adequação de uma possível sanção.

3.2.8 Razoabilidade e Proporcionalidade

Esse tópico tratará dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade²⁶ juntos por questões de semelhança de argumentos na aplicação de ambos no campo das sanções administrativas. Isso não significa que serão tratados como sinônimos ou como sendo o mesmo princípio. Apesar das particularidades de cada um, o raciocínio construído e as implicações processuais de ambos têm traços similares e, portanto, parece viável abordar ambos juntos nesse tópico da pesquisa.

²⁵ Implicitamente é possível verificar indicação constitucional de desvio de poder no art. 5º, LXIX onde trata do Mandado de Segurança e prevê como hipótese de cabimento desse remédio constitucional o abuso de poder que, em outras palavras, é resultado de desvio de finalidade do agente público.

²⁶ Apesar de não serem considerados princípios propriamente ditos por questões terminológicas conforme destaca Cristóvam (2016a), ambos serão tratados dessa forma nesse estudo simplesmente por questões de enquadramento já que a Lei 9784 assim os nomeia e também porque fugiria ao objetivo dessa pesquisa abordar tal problematização.

O princípio da razoabilidade infere que a Administração Pública, especialmente no exercício de funções discricionárias, deve se limitar a atuar de acordo com uma linha de raciocínio lógico e coerente sem restrições desarrazoadas a direitos subjetivos dos administrados e dos cidadãos em geral. A conduta esperada dos agentes públicos é a mesma esperada de uma pessoa em condições normais de sensatez e prudência, ou seja, sem excessos para mais ou para menos.

Já o princípio da proporcionalidade diz respeito a questões de intensidade e extensão dos atos administrativos, ou seja, eles não apenas devem estar adstritos à lei, mas também é mister que sejam executados na “quantidade” correta para atingir a finalidade desejada pelo legislador. Quando a Administração Pública impõe restrições de direitos em excesso ou estende demasiadamente sua competência a ponto de exceder o necessário para alcançar o interesse público, a conduta é ilegítima.

As palavras razoabilidade e proporcionalidade não estão expressas na Constituição Federal. Todavia, esses princípios derivam diretamente da matriz jurídico-filosófica do *due process of law* apesar de terem origens diferentes. A proporcionalidade emergiu a partir da reação dos europeus contra o poder absolutista do rei, já a razoabilidade evoluiu a partir de tensões sociais nos Estados Unidos e, primeiramente, referia-se a aspectos estritamente processuais, em seguida experimentou uma vagarosa evolução para um âmbito substantivo:

O "substantive due process", juntamente com outros princípios constitucionais como a igualdade e a idéia de justiça, tornou-se instrumento importantíssimo na defesa dos direitos individuais, ferramenta limitadora do exercício arbitrário do Poder Legislativo e da discricionariedade administrativa. O controle da razoabilidade das leis e dos atos administrativos discricionários permitiu ao Poder Judiciário examinar os atos legislativos e administrativos sob o prisma da justiça, não só formal, mas sobretudo material (CRISTÓVAM, 2011).

Cabe análise de uma importante discussão nesse terreno, o mérito administrativo. As questões de conveniência e oportunidade são próprias do Executivo, fazem parte do exercício da função administrativa. Sendo assim, a interferência do judiciário seria uma afronta à separação dos Poderes. Por isso, desde 1894, a lei 221 proíbe tal atuação judiciária com exceção para os casos de total incompetência da autoridade ou do excesso de poder.

Nesse sentido, a jurisprudência tem mantido o entendimento de acordo com essa lei. Entretanto, quanto à razoabilidade e à proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a favor de certa ampliação do Poder Judiciário para garantir os direitos subjetivos dos cidadãos frente a atuações injustas e desarrazoadas da Administração Pública. Certamente

isso não significa uma atuação do judiciário em qualquer questão de discricionariedade administrativa, pois assim estaria claramente ferindo a separação de Poderes, ou seja, o judiciário não deve interferir nos casos onde a escolha entre duas ações administrativas seriam proporcionais e razoáveis, pelo contrário, a interferência só pode acontecer quando fica evidente o descabimento da decisão da autoridade administrativa.

Enfim, apesar de faltar muito para encerrar as avaliações acerca desses dois “cânones interpretativos”²⁷, a fundamental importância deles nesse estudo diz respeito as respectivas relevâncias ao tratar de sanções administrativas. Isso justamente porque é o campo da discricionariedade administrativa mais invasivo ao sujeito, quer esteja em relação de sujeição especial, quer esteja em relação de sujeição geral com a Administração.

O desenvolvimento da proporcionalidade e da razoabilidade aconteceu na tentativa de alcançar a legalidade plena. Isso significa ir além do simples controle formal da norma, é buscar a legalidade substancial dos atos administrativos, atingir a finalidade proposta pela lei (CRISTÓVAM, 2016a). Nesse sentido, o gestor público deve sopesar, principalmente ao aplicar uma sanção, se a medida adotada está dentro de um critério razoável entre ação e consequência, entre o benefício auferido para o interesse público e a carga aplicada ao particular, aspecto muito importante para a análise a ser feita no capítulo seguinte.

3.2.9 Eficiência

O mais novo entre os princípios expressos no rol do art. 37 da Constituição Federal, inserido pela emenda constitucional nº 19/1998. Ao lado da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, a eficiência fecha os cinco princípios impostos constitucionalmente como requisitos específicos a serem observados pela Administração Pública. Apesar dessa positivação tardia, a eficiência já se fazia implícita no ordenamento jurídico, aliás, deriva da própria legalidade assim como já discutido sobre finalidade, proporcionalidade e razoabilidade. Isso porque, como a perseguição é pelo interesse público, não caberia aceitar que a Administração agisse de forma ineficiente e contraproducente. Para Mello (2016), esse instituto é uma vertente de um antigo conhecido do Direito italiano, o princípio da boa administração.

O destaque que o legislador de 1998 ofereceu à eficiência serviu para corroborar e reforçar a ideia de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos públicos. Muitos

²⁷ Expressão usada por Cristóvam.

autores assim como Paulo Modesto (2007) acreditavam desnecessária a inclusão da eficiência pela emenda nº 19/1998, pois tais quesitos já deveriam ser implícitos à legalidade. Entretanto, assim como aconteceu com a finalidade, a proporcionalidade e a razoabilidade, o legislador optou por enfatizar esse viés da legalidade e o levar ao patamar de princípio no art. 2º da lei 9.784.

No desenvolvimento do processo administrativo, a eficiência também deve ser buscada. Isso se demonstra na celeridade do processo, na correta disponibilidade de informações à parte (inclusive através do meio eletrônico), em evitar procedimentos repetidos, enfim, em vários aspectos. Além disso, a economicidade também é um aspecto importante e, nesse sentido, o processo eletrônico traz muitas vantagens e não só pode como deve ser utilizado pela Administração Pública.

Diante desses princípios e definições trabalhados, o capítulo seguinte tratará de aplicar esses conceitos a dois processos administrativos sancionatórios na área da aviação. Será desenvolvida uma análise para verificar se esses princípios estabelecidos pela lei 9.784/99 são, de fato, observados nos processos administrativos em questão. A Junta de Julgamento de Aeronáutica forneceu para esta pesquisa os cinco últimos processos finalizados, porém apenas dois serão trabalhados visto que os demais não apresentavam contestações das partes autuadas e, portanto, não havia material substancialmente útil para desenvolver a análise proposta por esse trabalho.

4 ANÁLISE DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS NA AVIAÇÃO

Para contextualizar esse estudo, é necessária uma breve introdução sobre as estruturas que fizeram e fazem parte dos processos administrativos responsáveis por averiguar possíveis infrações na área da aviação. No dia 22 de abril de 1931, pelo Decreto nº 19.902, surgiu o Departamento de Aeronáutica Civil, órgão brasileiro criado para estudar, orientar, planejar, controlar, incentivar e apoiar as atividades de aviação civil pública e privada, também era o responsável por apurar as infrações de tráfego aéreo. Inicialmente, era subordinado ao Ministério da Viação e Obras Públicas, mas em 1941 passou para o Ministério da Aeronáutica²⁸ e, em 1969, seu nome foi modificado para Departamento de Aviação Civil (DAC). O corpo de funcionários era formado basicamente por servidores vinculados à aeronáutica, tanto militares quanto civis.

Já em março de 2006, com o propósito de desmilitarizar o transporte aéreo brasileiro e iniciar um projeto de privatização dos aeroportos, o DAC cedeu seu espaço para a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Na verdade, a ANAC teve sua origem como componente do DAC. Somente após cinco anos esperando uma aprovação do Congresso Nacional, em 27 de setembro de 2005, criada pela lei 11.182, surgiu a ANAC, a qual foi ampliada no ano de 2006, sendo formada por cinco diretores nomeados pelo Presidente da República com mandato de cinco anos. Com isso, todas as atividades que eram realizadas pelo DAC relacionadas à aviação civil, tais como: planejar, gerenciar e controlar as atividades relacionadas com a aviação civil foram transferidas para a total responsabilidade da ANAC, inclusive o julgamento de processos administrativos sancionatórios, os quais retornaram aos cuidados da aeronáutica com a criação da Junta de Julgamento da Aeronáutica (SILVA; SANTOS, 2009).

Conforme o site da própria Junta de Julgamento da Aeronáutica (JJAER), ela foi oficialmente instituída em 18 de janeiro de 2011, em uma Sessão Magna aberta pelo Vice-Diretor do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA) à época, Major-Brigadeiro-do-Ar Rafael Rodrigues Filho. Na ocasião, foi apresentado o Decreto nº 7245 de 28 de julho de 2010, que deu origem a esse órgão, bem como as demais portarias que designam seus membros, competência, organização, funcionamento, procedimentos, dentre outros. À JJAER compete, hoje, julgar as infrações referentes ao SISCEAB (Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro), em particular as Infrações de Tráfego Aéreo.

²⁸ Hoje denominado Comando da Aeronáutica.

4.1 PROCESSO I²⁹

4.1.1 Relato do processo administrativo

Esse processo administrativo trata de uma infração de tráfego cometida pelo piloto de uma companhia aérea. A ocorrência de tráfego aéreo aponta que, no dia 07 de maio de 2015, o piloto teria subido 1.500 pés acima do nível de voo³⁰ solicitado por ele mesmo e autorizado pelo controlador de tráfego no trajeto entre o aeroporto Ministro Victor Konder em Navegantes/SC e o aeroporto de Congonhas em São Paulo/SP. O auto de infração enquadra a ocorrência no art. 302, inciso II, alínea “i” da Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica) que estipula multa no caso de: “desobedecer aos regulamentos e normas de tráfego aéreo”. Esse descumprimento seria referente a vários itens da Instrução do Comando da Aeronáutica (ICA) 100-12/2013³¹.

O registro da ocorrência foi feito pelo Centro de Controle de Área de Curitiba (ACC-CW³²), órgão responsável por controlar o voo no momento. Portanto, todas as avaliações preliminares do caso, assim como o enquadramento e as provas foram providenciadas pelo ACC-CW. Juntamente com a ficha de comunicação de infração de tráfego aéreo, o ACC-CW demonstra os itens da ICA 100-12 descumpridos, efetua a transcrição das gravações das comunicações entre piloto e controlador e faz a revisualização radar³³.

Ao receber essas informações, a JJAER elaborou o auto de infração e encaminhou a notificação de autuação para a companhia aérea fazer a defesa preliminar. Em defesa, a empresa alegou ilegitimidade passiva com base no Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 302, inciso II

²⁹ Referente ao Processo autuado sob nº 67613.037333/2015-41, do Segundo Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle do Espaço Aéreo - CINDACTAII. Será referenciado como processo I. Os processos não foram anexados ao estudo por solicitação da JJAER em manter em sigilo os nomes dos envolvidos.

³⁰ É o nível de pressão atmosférica constante medido a partir da pressão atmosférica média no nível do mar que é de 1.013,2 hectoPascais (29,92 polegadas de Mercúrio); é apresentado pelas letras FL (*Flight Level*) seguidas de 3 dígitos referentes às centenas de pés; por exemplo: FL 280 representa a indicação barométrica do altímetro de 28.000 pés, e FL 075 representa 7.500 pés. Para exemplificar, no caso em tela, o piloto solicitou o FL 250 e subiu até o FL 265, a separação vertical mínima entre aeronaves nesse caso é de 1.000 pés, ou seja, se tivesse uma aeronave no FL 260 na mesma aerovia e na mesma posição geográfica no momento desse descumprimento poderia ter ocorrido uma colisão.

³¹ Um dos regulamentos de tráfego aéreo que estipula as regras a serem observadas pelos controladores e pilotos. Atualmente foi modificado e desmembrado também na ICA 100-37/16 e na MCA (Manual do Comando da Aeronáutica) 100-16/16.

³² Designativo do órgão.

³³ Revisualização é a gravação em vídeo da imagem exata mostrada ao controlador na tela do radar durante a ocorrência. Essa imagem oferece várias informações como a velocidade, o nível de voo autorizado, o nível de voo real da aeronave, o destino e a posição geográfica da aeronave, entre outras. O Sistema utilizado pelo ACC-CW se chama Sagitário e ele possui uma ferramenta que chama a atenção do controlador com a palavra *overshot* em destaque caso uma aeronave descumpra a restrição de nível de voo, como foi o caso.

que determina: “infrações imputáveis a **aeronautas e aeroviários** ou operadores de aeronaves” (grifo da defesa), para a empresa isso significa que o autuado deveria ser o piloto. Sendo assim, pede a declaração de nulidade do auto de infração por contrariar a legalidade e indicam as previsões do art. 37 da Constituição e do art. 2º da lei 9.784.

O voto do relator trouxe uma descrição sucinta do caso e, em seguida a fundamentação. O primeiro parágrafo da fundamentação já apresentou a questão da presunção de legitimidade: “Cumpre destacar, a priori, que a Administração tem presunção de legitimidade dos atos que pratica, cabendo o ônus da prova da existência de vício do ato administrativo a quem alega, ou seja: ao administrado”. (Processo I, fls. 35).

Em seguida, o relator destacou os artigos do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) utilizados para possibilitar a imputação dos atos dos pilotos aos operadores de aeronaves³⁴ (nesse caso é a companhia aérea), baseado nisso, o argumento da defesa de ilegitimidade passiva foi rejeitado. Em seguida, apresentou as provas enviadas pelo ACC-CW e destacou os trechos das transcrições e revisualizações onde ocorreu a infração, assim afirmou ter a autoria e a materialidade para caracterizar como infração de tráfego aéreo. Com isso, continuou com a gradação da pena. Iniciou expondo respaldo no art. 141 do Regulamento da Junta de Julgamento da Aeronáutica (RJAER). Considerou um processo anterior da autuada (menos de um ano antes) para negar atenuação da pena e também utilizou esse mesmo processo como circunstância agravante. Por fim, aplicou multa de R\$ 9.000,00 com base no art. 302, inciso II, alínea “i” do CBA e também no art. 138 do RJAER.

A empresa foi notificada da decisão e apresentou recurso administrativo. O argumento foi a falta de fundamentos na notificação da decisão o que impossibilitou a defesa da recorrida, como base usou as garantias ao contraditório e à ampla defesa do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal; o art. 2º, parágrafo único, incisos VII, VIII e IX e art. 50 da lei 9.784. Com fulcro em tais argumentos, a companhia fez o pedido de anulação da decisão administrativa. A JJAER negou provimento ao recurso e, em sua fundamentação, afirma que a aplicação da lei 9.784 é subsidiária conforme o art. 69 da própria Lei. Informa ainda que o processo é regido pela regulamentação da JJAER conforme os Decretos nº 6.834/09 e 7.245/10, conforme o art. 322, § 4º, do CBA. Por fim, é afastada a alegação de nulidade pois, com base no art. 10 da Regulamentação da JJAER, foram cumpridos os requisitos da notificação da

³⁴ Operador da aeronave é, em geral, o proprietário. Conforme definição do CBA, operador da aeronave é “o proprietário da aeronave ou quem a use diretamente ou através de seus prepostos, quando se tratar de serviços aéreos privados”.

decisão e também pelo fato dos autos estarem disponíveis para consulta e cópia na sede da Junta no Rio de Janeiro.

Na análise do mérito do recurso, novamente é apresentado o argumento de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, inclusive com a citação de um trecho do livro de Hely Lopes Meirelles sobre a inversão do ônus da prova em decorrência dessa presunção. Assim se encerra o processo com a manutenção da aplicação da sanção administrativa de multa no valor de R\$ 9.000,00.

4.1.2 Análise

O início da fundamentação já apresenta a ênfase na premissa de presunção de legitimidade e/ou veracidade da Administração Pública e, ainda, salienta que disso decorre a inversão do ônus da prova em desfavor do particular. Na fase recursal desse primeiro processo, o julgador inclusive cita o consagrado autor Hely Lopes Meirelles como argumento de autoridade³⁵ para corroborar a inversão do ônus da prova em favor da Administração:

A recorrente não trouxe aos autos qualquer prova capaz de informar o auto de infração emitido por esta JJAER, bem como a decisão proferida em primeira instância, atos administrativos estes que, como é cediço, gozam de presunção de legitimidade e veracidade, transferindo-se o “ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 162). (Processo I, fls. 71).

Em primeiro lugar, para analisar tais questões, é necessário retomar a discussão do terceiro capítulo onde foi tratado de presunção de veracidade bem como sobre a sua estreita ligação com o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Nesse capítulo, os conceitos serão correlacionados e interligados para a análise dos processos administrativos apresentados nesse estudo.

Constata-se, inicialmente, pelos trechos destacados, que as palavras legitimidade e veracidade são tratadas como sinônimos e, portanto, proceder-se-á a análise nessa lógica, ou seja, onde se lê presunção de legitimidade será aplicada a ideia discutida de veracidade, visto

³⁵ Cf. DEMO, Pedro. *Argumento de autoridade X autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. O autor trabalha a questão da utilização de argumentos de uma autoridade simplesmente por ser ela quem fala e não pela força lógica do próprio argumento, como se o argumento adquirisse força apenas por ser pronunciado por autoridade.

que o foco não é discutir a legitimidade do ato, mas sim a sua imposição como verdadeiro caso o particular não consiga provar o contrário.

Conforme visto no capítulo anterior, a presunção de veracidade está firmada em algumas premissas, uma das mais expressivas é a da supremacia do interesse público sobre o particular. Entretanto, com crise do paradigma tradicional do Direito Administrativo baseado na supremacia do interesse público, essa presunção em favor da Administração também entra em cheque.

Segundo Cristóvam (2015), o paradigma tradicional é a clássica teoria da supremacia do interesse público invocada pela Administração e aceita no país praticamente sem críticas ou análise mais aprofundada. Já o paradigma emergente é aquele pautado na lógica constitucional, isso significa a centralidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos fundamentais, a ponderação proporcional de interesses e o modelo de Administração Pública democrática. Para o autor, o paradigma tradicional deve ser superado por vários motivos, um deles é a grave consequência que ele traz: “é a de não exigir fundamentação ou justificação das escolhas e decisões do Poder Público” (p.140).

Sendo assim, se o paradigma tradicional de supremacia de interesse público deve ser rediscutido e repensado, logo, todas as presunções derivadas dele também precisam de reformulação e esse é o caso da presunção de veracidade. Apesar de grande parte da doutrina admitir que essa presunção é *juris tantum*, percebe-se claramente que não existe nenhum tipo de relativização nos trechos dos discursos apresentados, a única alternativa ao particular seria provar a sua inocência. Conforme já foi discutido, essa alternativa vai contra a garantia constitucional de presunção de inocência, direito fundamental estabelecido no artigo 5º.

A fundamentação do voto, ao iniciar com esse discurso, demonstra perfeitamente a crítica feita, ou seja, assim como acontece no caso da supremacia do interesse público, bastaria levantar a bandeira da presunção de veracidade para não exigir argumentos mais consistentes na construção dos motivos e justificativas do voto do relator. Além disso, Lucia Valle Figueiredo (2001, p. 171) afirma: “a presunção se inverte quando os atos forem contestados em juízo ou, diríamos nós, também fora dele, quando contestados administrativamente”.

Contudo, no decorrer do processo em questão, várias provas contundentes são apresentadas pela Administração Pública, como as gravações e as transcrições das comunicações orais entre controladores e pilotos e a revisualização radar. Então isso parece um paradoxo, não parece haver motivo para o administrador-julgador apelar para a prerrogativa de presunção de veracidade se existem provas suficientes para acusar e condenar o operador da

aeronave. Vai contra toda a lógica desenvolvida para ungir a Administração dessas presunções conforme já desenvolvido no capítulo anterior.

A explicação para o uso de tal alegação parece ter uma ligação maior com o significado psicológico que ela traz do que propriamente jurídico. Simbolicamente é uma forma de pressionar, impor a supremacia da Administração, em outras palavras significa: “a princípio você é culpado, nós (Administração Pública) somos os donos da verdade”, nitidamente uma antítese ao Estado Democrático de Direito, aliás, soa muito parecido ao velho conhecido absolutismo.

Ao ler o voto, o aeronavegante logo se depara com essa presunção em seu desfavor e o conseqüente agigantamento da Administração-parte. Ao invés de uma relação de igualdade entre as partes do processo, existe uma nítida verticalização onde a Administração se impõe como parte e, concomitantemente, como intérprete com o poder de decidir o litígio.

Aliás, nesse aspecto também cabe destacar outra incoerência presente nesses processos de apuração de infração de tráfego aéreo. A Junta de Julgamento da Aeronáutica (JJAER) faz o auto de infração e ela mesma julga. Não é por acaso que, ao ler o processo a sensação ao longo dele é de que o acusador e o julgador são a mesma pessoa, na verdade eles realmente são. Não são nem mesmo repartições diferentes dentro da Aeronáutica, todas as atribuições do processo administrativo, desde a lavratura do auto de infração até a segunda instância são conferidas à JJAER pelos Decreto 7.245/10 que modificou o Decreto 6.834/09. Em seu art. 19, § 3º estabelece:

À Junta de Julgamento da Aeronáutica compete apurar, julgar administrativamente e aplicar as penalidades previstas na Lei no 7.565, 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.

Nessa observação, conecta-se outro princípio já trabalhado, o devido processo legal. Para existir ampla defesa substancial, as partes não podem ser tratadas de forma desigual, portanto os ônus e deveres processuais necessitam ser equitativos. Entretanto, por óbvio não é o que acontece nos processos administrativos como o analisado nesse tópico. Isso porque o fato da Administração ocupar duas posições processuais torna o processo eivado de parcialidade³⁶

³⁶ Sabe-se que imparcialidade é algo inatingível mesmo no processo judicial, visto que todo julgador tem suas vivências e convicções. Portanto, mesmo indiretamente, as decisões possuem certa dose de parcialidade, porém, nesse aspecto abordado, a questão é a parcialidade em níveis inaceitáveis por haver uma relação direta entre julgador e parte, já que são o mesmo ente.

em níveis inaceitáveis. Além disso, de acordo com o exposto no segundo capítulo, tanto o processo administrativo sancionador quanto o penal representam o *ius puniendi* estatal e, portanto, as garantias já concretizadas no campo penal, devem se estender ao administrativo. Ao fazer essa analogia, fica evidente a irracionalidade do mesmo órgão acusar e julgar, seria como se o Ministério Público julgasse os próprios acusados.

Mello (2007) também acredita que o órgão julgador e o acusador devem ser diferentes, é uma solução simples para resolver esse problema. Ele propõe algo semelhante ao que acontece na Espanha, onde órgãos distintos praticam as atividades incumbidas à Administração. Ou seja, o órgão administrativo competente para julgar deverá ser diferente daquele que atua como parte. Aliás, a lei 9.784 prevê isso no art. 47 “O órgão de instrução que **não for competente para emitir a decisão final** elaborará relatório indicando o pedido inicial, [...]” (grifo meu).

Com essa separação dentro do processo administrativo, ficaria mais evidente quem é o acusador e quem é o julgador, assim evitaria essa parcialidade e verticalidade em desfavor do particular. Da forma como acontece agora, o processo serve como mera formalidade visto que já existe uma decisão pré-concebida, afinal se a JJAER está acusando alguém é porque tem razões para considera-lo responsável por um ilícito e, portanto, passível de sanção. Impossível dizer que existe o mínimo de imparcialidade nessa relação processual. O devido processo legal substancial é inexistente.

Para que o princípio da isonomia seja respeitado e a imparcialidade seja efetiva, no processo administrativo sancionador deve haver distinção entre o órgão que atua como parte na fase instrutória e o órgão que exerce a competência de julgar. Processo que não respeite tal divisão não pode ser considerado devido processo legal. (MELLO, 2007, p. 233).

A questão da legalidade é outro problema encontrado nesse modelo de processo administrativo analisado. Primeiro, a Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que é o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) determina em seu art. 322, § 4º “O Poder Executivo, através de decreto, regulamentará a organização e o funcionamento da Junta de Julgamento da Aeronáutica”.

Sendo assim, a criação da JJAER é feita através do Decreto 7.245/2010 que modifica o Decreto 6.834/2009. A partir de então, através do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), unidade a qual a JJAER é vinculada, o Comando da Aeronáutica cria regulamentos internos para dirigir as ações da entidade, inclusive no que tange às infrações e respectivas sanções, como é o caso da Portaria nº 9/DGCEA, de 5 de janeiro de 2011. Essa portaria define

em uma tabela os valores das multas para cada infração enunciada no Código Brasileiro de Aeronáutica, bem como os critérios para gradação da penalidade.

Pode-se entender a partir dessa estrutura que existe uma lei, o CBA, que define genericamente as infrações e delega, nas suas disposições finais, a um decreto o poder de regulamentar a organização e o funcionamento de uma Junta de Julgamento. Entretanto, conforme já tratado nos capítulos anteriores, isso fere o princípio da legalidade já que somente a lei pode impor sanções. Mesmo com o “aval” do CBA para a regulamentação de uma junta de julgamento, as sanções deveriam estar determinadas em lei.

Da forma como é feito atualmente, o CBA apenas enumera os ilícitos genericamente e expõe possíveis formas de sanção, dentre elas, a multa. Porém a lei apenas indica a quantia máxima de 1.000 valores de referência, ou seja, a gradação da pena fica a cargo de ampla discricionariedade da JJAER. Os valores atribuídos exatamente a cada infração estão descritos na Portaria nº 9, mais especificamente em uma tabela em seu anexo II, onde consta o valor mínimo (com atenuante), o valor intermediário e o valor máximo (com agravante). Com isso, ao mesmo órgão é atribuído o poder de apurar a possível infração, autuar, julgar, aplicar sanção e, ainda, legislar sobre a gradação dessa sanção.

Além disso, o julgador em segunda instância recorreu ao art. 69 da lei 9.784/99 para afirmar a subsidiariedade dessa lei e, portanto, embasar a aplicação dos regulamentos da JJAER ao caso. Porém, o artigo mencionado fala que a lei será subsidiária em relação a outras leis próprias para cada processo administrativo, ou seja, como a Portaria não é uma lei, não pode aplicar esse artigo e, muito menos a subsidiariedade. Sendo assim, a lei 9.784 deve ser aplicada ao caso, a subsidiariedade apenas poderia ser em relação ao CBA.

Isso contraria tudo que já foi exposto no capítulo anterior sobre garantias processuais, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa e contraditório. A legalidade, pelo fato da gradação da sanção ser determinada por Portaria. A razoabilidade e a proporcionalidade são infringidas visto que foge aos padrões e garantias processuais minimamente razoáveis para aplicar a pretensão punitiva estatal se o mesmo órgão acusa, julga e legisla. Esse mesmo fato inviabiliza também o devido processo legal substancial, pois, conforme já foi exposto, o contraditório e a ampla defesa são realizados como mera formalidade e não atingem a finalidade constitucional dos institutos.

Outro aspecto a ser analisado no processo em questão é em relação às circunstâncias a serem consideradas na gradação da pena. A Portaria nº 9 define em seu art. 141:

Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, as circunstâncias de tempo e lugar, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, a unicidade ou a pluralidade de lesados ou possíveis lesados, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do infrator.

No artigo seguinte considera atenuantes: o reconhecimento da prática da infração no prazo para a defesa e a inexistência de aplicação de penalidades e providências administrativas ao infrator no último ano. Já as agravantes são cinco: reincidência; obstruir o procedimento de investigação e/ou o processo administrativo, ou ainda o trabalho dos órgãos de controle; a obtenção, para si ou para outrem, de vantagens resultantes da infração; a exposição ao risco da integridade física de pessoas ou da segurança de voo; e a destruição de bens públicos.

O problema encontrado no caso em tela, é o fato do mesmo processo anterior (obviamente com resultado desfavorável à companhia aérea) ser utilizado tanto para negar a atenuante quanto para agravar a sanção administrativa. Isso surte o mesmo efeito do que agravar duas vezes, pois ao invés de aplicar a pena mínima da primeira coluna da tabela, a reincidência faz a sanção pular para um valor maior do que o intermediário da tabela. Tal prática, conhecida no meio jurídico por *bis in idem*, não está de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Constituição de 1988.

Além disso, na aplicação da multa, o relator usa como base o CBA, art. 302, inciso II, alínea “i” e o Regulamento da Junta de Julgamento da Aeronáutica (Portaria nº 9), art. 138. Esse último determina: “A penalidade de multa será calculada a partir do valor intermediário e aplicada dentro dos limites previstos na Tabela para Enquadramento de Infrações de Tráfego Aéreo” (anexo II da Portaria).

Com isso, verifica-se a existência de pelo menos dois problemas nesse enquadramento, o primeiro é a multa ser calculada com base no valor intermediário e não no mínimo, por analogia a essa garantia consagrada na dosimetria da pena no processo penal e, portanto, não teria motivos para não ser utilizada no processo administrativo sancionador. O segundo problema é a discricionariedade no valor a ser acrescido, não existe um percentual definido no regulamento, muito menos na lei. Nesse processo, por exemplo, a tabela possui três valores para a infração em análise: R\$ 4.800,00; R\$ 8.400,00 e R\$ 12.000,00. Sendo o valor fixado em R\$ 9.000,00, sem explicação detalhada do porquê dessa quantia.

Apesar de citar e, inclusive, transcrever no voto o art. 141 da Portaria nº 9, não é feito nenhum tipo de fundamentação sobre natureza e gravidade da infração, sobre as circunstâncias de tempo e lugar e nem mesmo sobre o perigo de dano resultante da conduta do piloto da

empresa. A decisão se restringe a negar a atenuação e reconhecer a existência de agravante, não indica qual o percentual referente a cada situação.

4.2 PROCESSO II³⁷

4.2.1 Relato do processo administrativo

Esse caso diz respeito a uma aeronave procedente de Jundiaí com destino à Goiânia que, no dia 08 de novembro de 2015, teria descumprido a Rota Especial de Aeronaves em voo visual³⁸ (REA) Papa ingressado na terminal³⁹ (TMA) São Paulo, espaço aéreo controlado⁴⁰, sem autorização. O enquadramento foi igual ao do processo anterior, CBA, art. 322, inciso II, alínea “i”; porém relativo a itens diferentes da ICA 100-37/13, somado a outros da AIC⁴¹-N 23/13.

Em resumo, a situação foi que a aeronave decolou com autorização de Jundiaí, local onde existe uma Torre de controle de tráfego aéreo. Em seguida, conforme o plano de voo ingressou nos corredores visuais⁴² (local onde não é necessária autorização de tráfego) e contactou o APP São Paulo ao ingressar na área controlada, já que essa era a rota prevista no plano de voo. Porém, a acusação é de que a aeronave não tinha autorização para entrar na área controlada pois deveria ter solicitado via fonia ao APP-SP antes de ingressar na terminal.

Em defesa, o operador da aeronave alega que havia recebido autorização da Torre Jundiaí para ingressar na área controlada (o que é possível acontecer, visto que existe coordenação prévia a respeito das aeronaves entre os órgãos de controle envolvidos, no caso entre Torre Jundiaí e APP São Paulo). Entretanto, as provas apresentadas pela JJAER só contêm

³⁷ Referente ao Processo autuado sob nº 67617.022259/2015-29, do Serviço Regional de Proteção ao Voo de São Paulo – SRPV-SP.

³⁸ Rotas pré-estabelecidas em cartas específicas para voos baseados em referências visuais, são como corredores aéreos designados para esse tipo de voo. São denominadas conforme o alfabeto fonético onde a letra P é Papa, por isso o nome REA Papa.

³⁹ Existem três tipos diferentes de órgãos de controle de tráfego aéreo: a Torre, responsável pela área de pouso, decolagem e táxi das aeronaves; o APP (*Approach Control*), controla as aeronaves logo após a decolagem e durante o procedimento de descida para pouso, área chamada de terminal e; o ACC (*Area Control Center*), basicamente presta serviço para as aeronaves em voo de cruzeiro. Ainda existe o controle de tráfego da defesa aérea, mas se encaixa em outra estrutura da aviação.

⁴⁰ Existem várias classes de espaço aéreo, em algumas é permitido voar sem autorização específica de um órgão de controle de tráfego aéreo, porém, nas áreas onde é prestado o serviço de controle de tráfego aéreo, é necessária uma autorização prévia do controlador de voo para ingressar.

⁴¹ Circular de informações aeronáuticas.

⁴² Setores do espaço aéreo designados para aeronaves, normalmente, de menor porte que voam sob regras de voo visual, ou seja, com referências visual com o solo e não baseadas em instrumentos de navegação para determinar a posição geográfica.

as gravações e transcrições das comunicações entre o APP-SP e a aeronave, não estão inclusas as gravações com a torre Jundiaí. Por isso, a defesa solicita a inclusão dessa gravação como prova, aliás, essa seria a única prova apta a confirmar a alegação da defesa.

Entretanto, em seu voto, o relator primeiramente fez a alusão à prerrogativa de presunção de veracidade da Administração Pública e à inversão do ônus da prova assim como já discutido no processo anterior. Em seguida, ele nega a produção dessa prova por entender que a transcrição das comunicações com o APP-SP é suficiente para o seu convencimento e pelo fato da própria defesa afirmar que havia recebido a instrução de se manter com referências visuais⁴³.

Por fim, na graduação da pena o relator reconhece a atenuação por não haver outros processos desse operador de aeronaves no último ano. Pelo mesmo motivo e pelas demais possibilidades do art. 143 do Regulamento da JJAER, afirma ainda não haver agravante. Assim, considera a prática de duas infrações continuadas: descumprir a REA Papa e ingressar no espaço aéreo controlado sem autorização. Sendo assim, aplica a sanção de multa com base no valor inicial de R\$ 2.400,00, acrescido de 1/6 pela infração continuada, conforme art. 146, §2º, do Regulamento da JJAER, totalizando R\$ 2.800,00. A defesa não interpôs recurso da decisão administrativa.

4.2.2 Análise

Em princípio, cabe destacar a aplicação dos mesmos questionamentos trabalhados no processo anterior sobre presunção de legitimidade/veracidade da Administração Pública e inversão do ônus da prova. Em segundo lugar, será analisado o principal problema encontrado nesse processo: negar a produção de provas solicitada pelo autuado e que só podem ser providenciadas pela própria Administração.

Esse fato vai contra todos os princípios analisados no capítulo anterior. Vai contra a segurança jurídica visto que é uma garantia constitucional do acusado a produção das provas necessárias à sua defesa, ou seja, a credibilidade dos processos entra em xeque caso ele seja impedido de trazer aos autos as provas de suas alegações. Além disso, a própria regulamentação da JJAER prevê, em seu art. 119: “Cabe ao autuado a prova dos fatos que tenha alegado em sua

⁴³ Manter referências visuais significa simplesmente ter referência visual com o solo e isso também pode ocorrer em espaço aéreo controlado. Ou seja, essa instrução dada pelo APP-SP à aeronave não deixa claro para o piloto que ele não está autorizado a ingressar em espaço aéreo controlado.

defesa, devendo apresentar todas as razões de fato e de direito necessárias, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente” (grifo meu). Nesse artigo que regulamenta especificamente o funcionamento do processo em epígrafe fica claro o dever atribuído ao órgão responsável pela produção das provas, além das demais disposições legais aplicáveis como a lei 9.784/99 e a própria constituição.

A ofensa ao princípio da supremacia do interesse público também é percebida nesse caso. Isso porque, o objetivo da Administração em um processo administrativo é chegar a verdade dos fatos para apurar possíveis infrações e, caso seja necessário, punir quem descumpriu as normas. Isso é necessário em prol, em última análise, da manutenção da civilização, ou seja, do interesse de todos (público). Portanto, não possibilitar a juntada das provas solicitadas é uma forma de afronta ao interesse público de chegar o mais próximo da verdade possível e, assim, garantir tanto os direitos da coletividade em punir caso haja uma infração quanto os direitos individuais de ampla defesa (que está relacionada a todos esses princípios, mas será abordada com mais ênfase posteriormente).

Já o descumprimento do princípio da legalidade pode ser vislumbrado sob diversos aspectos. A lei 9.784/99, em seu art. 2º, inciso X, manda a Administração Pública observar nos processos administrativos a: “garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos em que possam resultar sanções e nas situações de litígio” (grifo meu). Portanto, negar a solicitação de produção de prova viola claramente essa determinação legal e, retomando o exposto no capítulo anterior, a legalidade administrativa obriga a Administração a fazer tudo o que a lei determina, ou seja, o descumprimento dessa previsão legal não está de acordo com os mandamentos constitucionais direcionados especificamente à Administração Pública.

A violação da moralidade pode ser observada, pois impedir o acesso às provas requeridas é uma forma de dificultar o exercício a um direito individual, o direito a se defender. O acesso a uma prova de posse da Administração não pode ser restrito quando o acusado solicita como meio de sua defesa, a imoralidade fica mais evidente ainda nesse caso visto que o próprio órgão que tem o controle de conceder a prova é o mesmo que acusa e julga. Ou seja, não conceder a produção de prova é antiético e, sendo assim, nitidamente contra a moralidade administrativa.

O princípio da motivação diz que os atos administrativos devem ser motivados, conforme já trabalhado nessa pesquisa. Ao negar a produção probatória, não é concedida nenhuma explicação lógica, até mesmo porque não haveria explicação para não conceder um

direito do acusado. A justificativa apresentada no voto de que já haveriam provas suficientes para configurar o ilícito não é plausível, afinal o direito à ampla defesa (mais uma vez esse princípio se inter-relaciona com os demais e terá seu espaço de desenvolvimento mais adiante) é absoluto. Em uma analogia com o processo penal, mesmo que existam provas inequívocas de que alguém matou outra pessoa, o acusado tem o direito à produção probatória que julgar necessária para sua defesa, ele pode ter agido em legítima defesa, por exemplo. Então, não há justificativa para ser diferente no processo administrativo conforme já discutido no segundo capítulo. Portanto, não existe motivação plausível para negar a produção probatória do requerido.

A ofensa ao princípio da finalidade pode ser vista, principalmente pelo ângulo do erro de desvio de finalidade. Isso porque, em última análise, o objetivo do processo administrativo é o interesse da coletividade, sendo assim, impedir a produção de provas foge à principal finalidade estipulada pelo ordenamento jurídico, principalmente pela lei 9.784/99 que, no art. 2º, parágrafo único, inciso VI determina que os processos administrativos devem observar os critérios de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. Fica claro, com esse enunciado, a presença do desvio de finalidade ao impor sanção sem o devido direito de produção de provas uma vez que isso poderia descaracterizar a infração do piloto e, portanto, fugiria ao interesse público (objetivo maior das leis) aplicar medidas punitivas.

Quanto à proporcionalidade e à razoabilidade, o fato em questão possui uma relação até certo ponto óbvia. Ora, não existe razoabilidade no fato de a administração poder apresentar as provas que considera adequadas e ela própria impedir o acusado de fazer o mesmo, isso para falar apenas da questão lógica da situação, ou seja, mesmo que não existisse inconstitucionalidade e ilegalidade, o ato em si já seria desarrazoado. Já existe uma desigualdade pelo fato da Administração ocupar duas posições no processo, juiz e parte, conforme já desenvolvido anteriormente. O fato de recusar a produção probatória somente torna essa situação mais desproporcional em prejuízo, é claro, do particular.

A respeito do princípio da eficiência, o fato em questão ofende o direito de acesso à informação, necessário para o bom andamento do processo administrativo. Não disponibilizar as gravações solicitadas pela parte significa impedir o acesso a uma informação julgada importante pelo acusado para o exercício do direito de defesa (outra vez esse princípio está interligado), inclusive a defesa afirma que essas gravações são *conditio sine qua non* para

esclarecer os argumentos apresentados por ela. Sendo assim, como a eficiência também significa o livre acesso à informação e isso foi negado no processo em questão, é notória a ofensa a mais esse princípio guardado não só pela lei 9.874/99 como também pela própria Constituição Federal.

Para fechar essa questão, cabe a análise do devido processo legal, aliás esse é o princípio com a ofensa mais evidente nessa situação e que permeia praticamente todas as discussões referentes aos princípios anteriores. Não é possível ter acesso à ampla defesa e ao contraditório se a produção probatória é negada. É quase uma obviedade abordar essa questão, afinal impedir a juntada de provas é cerceamento de defesa, não existe discussão sobre isso. A única possibilidade de não aceitar as provas propostas pelos interessados seria se elas fossem ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias conforme art. 38, §2, da lei 9.784/99. Nas demais situações a mesma lei afirma que a ampla defesa e o contraditório são princípios a serem garantidos no processo administrativo. Além disso, a própria constituição garante esse direito conforme já trabalhado no capítulo anterior.

Diante do exposto, nota-se que um único ato praticado pela Administração Pública atingiu a gama inteira de princípios a serem obedecidos no processo administrativo conforme a lei 9.784/99. Se o objetivo do processo administrativo é, em última análise, defender o interesse público e, para isso, busca se aproximar ao máximo da verdade dos fatos, quanto mais informações e provas estiverem à disposição da autoridade responsável por decidir, mais adequada será essa decisão administrativa. Com isso, além de uma afronta aos princípios supracitados, negar a produção probatória vai contra a própria lógica processual no campo administrativo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa pesquisa desenvolveu uma análise de processos administrativos sancionatórios na área da aviação com base nas teorias que envolvem o Direito Administrativo Sancionador e nos princípios administrativos aplicados a ele, em especial os da lei 9.784/99. Apesar da lei ser de quase vinte anos atrás, o desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador no Brasil ainda está nas fases iniciais e isso foi relevante observar nessa análise visto que os processos administrativos se mostraram muito atrasados no que se refere a garantias ao cidadão.

O fato de tratar de sanções possíveis de serem impostas à população, já demonstra a relevância do tema na sociedade visto que apesar de ser sanção administrativa, elas podem ser tão ou mais severas do que as penais. A lei 9.784/99 é uma excelente fonte para direcionar e padronizar os processos administrativos principalmente a respeito das garantias do cidadão posto como réu. Sendo assim, essa análise é de significativa importância para demonstrar que, apesar das garantias apresentadas no ordenamento jurídico como um todo, os processos administrativos ainda padecem de vícios autoritários e resquícios históricos presentes até hoje na comunidade brasileira.

Durante o desenvolvimento, foi tratado do Direito Administrativo Sancionador, seu histórico desenvolvido no cenário internacional, principalmente europeu, bem como a constatação de pouca doutrina, legislação e jurisprudência nacionais sobre o assunto. Em seguida, na comparação com o campo penal, apesar de algumas diferenças inerentes a cada ramo do Direito, ficou demonstrada a estreita relação entre eles, pois ambos são representação do *ius puniendi* estatal e, portanto, as garantias consagradas aos cidadãos e aplicadas no campo penal também devem ser aplicadas no administrativo.

Devido ao escasso desenvolvimento do tema, foi necessário garimpar um conceito de sanção administrativa. Depois de algumas observações sobre função administrativa e autoridade administrativa, constatou-se que ambas são conceituações relevantes para chegar à definição de sanção administrativa pois são dois tópicos importantes para a distinguir das demais sanções como penais e civis, por exemplo.

O debate sobre a prerrogativa da Administração Pública de presunção de veracidade também se mostrou fundamental para a discussão. Foi constatado a falta de base legal para tratar essa presunção como suprema em relação às demais garantias constitucionais, principalmente quando se refere a conflitos entre essa prerrogativa da Administração e outros princípios e garantias a favor do cidadão. A presunção de veracidade não é absoluta e inverter o ônus da prova em desfavor do particular não pode ser regra, ou seja, tanto Administração

quanto particular são partes do processo e, como acusadora, cabe à Administração provar o ilícito atribuído ao particular.

Os princípios trazidos pela lei 9.784/99 também são fundamentais para a pesquisa em questão. Cada um deles, com suas especificidades, são peças chave colocadas pelo legislador como escudo do particular contra os arbítrios da Administração Pública. Constatou-se que cabe à segurança jurídica zelar pelo não retrocesso das garantias já adquiridas ao longo do desenvolvimento do Direito. O interesse público também se mostrou importante com a ressalva de não utilizar essa invocação de supremacia com superficialidade e para qualquer questão como se fosse uma varinha de condão.

Sobre ampla defesa e contraditório, são claramente aspectos dos mais relevantes ao tema. O *due process of law* foi construído ao longo da evolução do Direito e, atualmente, é uma garantia fundamental para o acusado poder se defender das acusações da forma que julgar mais adequada. Isso também infere a possibilidade de produção probatória para reforçar/comprovar os argumentos alegados pela defesa. Isso significa ter direito à defesa sem restrições e em todos os sentidos (técnico, probatório, antecipada, etc). Portanto, conclui-se que a inobservância do devido processo legal acarreta nulidade do processo administrativo.

A legalidade é, basicamente, o princípio limitador do Estado. A legalidade administrativa afirma que a Administração Pública pode fazer somente o que está na lei. A partir disso, decorrem outros princípios como a moralidade, a motivação e a finalidade. Ou seja, se a Administração pode fazer apenas o que está na lei, seus atos devem ser devidamente motivados de acordo com os objetivos apresentados pelo legislador e dentro de critérios morais com o intuito de trabalhar em prol da coletividade, fim último do Estado.

Ficou demonstrado também a importância da razoabilidade e da proporcionalidade no desenrolar do processo administrativo. Desde os primeiros atos processuais até a decisão final, tudo deve estar pautado em critérios razoáveis e proporcionais, a intensidade e extensão dos atos não podem extrapolar um limite de sensatez de acordo com os critérios esperados pela sociedade.

A eficiência é outro princípio que se mostrou de suma importância para a análise em questão. A também chamada “boa administração” foi inserida no caput do art. 37 da Constituição Federal e elevada à princípio administrativo pois é o que se espera da Administração Pública. A economicidade buscada é um desejo da coletividade e isso ficou evidente também no processo administrativo, a demora e as barreiras burocráticas impostas no seu desenvolvimento não deveriam ter mais lugar no Estado Democrático de Direito.

Os processos administrativos analisados demonstram muito bem como a Administração Pública está longe de atingir os critérios de excelência estabelecidos pela Constituição Federal e pela própria legislação sobre o assunto. Durante a análise, ficou clara a superioridade com que a Administração Pública impõe o seu argumento de presunção de veracidade, antes de qualquer outro fundamento é isso que aparece nos votos dos relatores dos processos analisados.

Outro problema apresentado foi o fato de as sanções serem reguladas por Portarias, isso contraria a legalidade visto que apenas a lei pode estipular sanções. Apesar de existir a lei 7.565/86, todo o processo bem como as infrações e suas dosimetrias são aplicadas conforme o Regulamento da Junta de Julgamento da Aeronáutica, a Portaria n° 9/DGCEA.

Além disso, o cerceamento de defesa apresentado no segundo processo é algo intolerável e vai contra todos os princípios trabalhados, aliás, vai de encontro com praticamente toda a construção jurídica feita ao longo do desenvolvimento do Direito. O Estado Democrático de Direito não pode mais permitir esse tipo de erro crasso, principalmente vindo como medida do próprio Estado. Ora, se o particular não pode se defender, voltamos à época de queimar bruxas nas fogueiras, ou seja, comparado ao desenvolvimento social atual, esse é um erro tão absurdo quanto eram as fogueiras.

Diante disso, conclui-se que ainda há muito para evoluir no processo administrativo sancionatório contra operadores de aeronaves. Inicialmente deveria ser sancionada uma lei específica para estipular os ilícitos e as sanções respectivas. Em seguida, os princípios administrativos devem ser observados em todo o processo e não apenas de forma superficial, devem ser objetivos a serem alcançados de forma substancial, ou seja, garantias aplicadas de fato nos casos em voga para buscar o fim último do Estado, zelar pela sociedade, isso implica buscar chegar o mais próximo possível da verdade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maria Bernadete Martins; ARRUDA, Susana Margareth. **Como fazer referências:** bibliográficas, eletrônicas e demais formas de documento. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Biblioteca Universitária, c2001. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/design/framerefer.php>>. Acesso em: 11 abr. 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520:** informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n° 23, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BISSOLI FILHO, Francisco. **A sanção penal e suas espécies.** Curitiba: Juruá, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** Lições de filosofia do direito, São Paulo: Icone, 2006.

BUENO FILHO, Edgar Silveira. **O direito à defesa da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1994.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Considerações acerca das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3063, 20 nov. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20468>>. Acesso em: 26 set. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público:** novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais:** razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2016a.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Cadernos da EMESC 30 anos:** direito administrativo: tópicos de direito administrativo: aspectos destacados do regime jurídico-administrativo. Florianópolis: Empório do Direito, 2016b.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas.** São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Trad. Alex Marins. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo** (33 ed.). São Paulo: Malheiros, 2016.

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

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-FLAVIOAMARAL-DIOGO-NETO.pdf>>. Acesso em: 10 jun 2017.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **O processo administrativo ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NIEBUHR, Pedro de Menezes; ROLT, Amanda Pauli de. **O ônus da prova da acusação nos processos administrativos**: a prevalência do princípio da presunção de inocência frente à presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos. Em construção, 2017.

PASTOR, Santamaria. **Princípios de derecho administrativo**. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2000.

PEREZ, Adolfo Carretero; SANCHEZ, Adolfo Carretero. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1992.

RINCÓN, José Suay. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n.º 109, janeiro/abril, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Instituto Brasileiro de Direito Público. Salvador, março/abril/maio, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/a-eficacia-do-direito->

fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e>.
Acesso em: 10 jun. 2017.

TESHEINER, José Maria Rosa. **O princípio do devido processo e a razoabilidade das leis.** Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 1, nº 31, 30 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/artigos/163-artigos-mar-2001/6217-o-principio-do-devido-processo-e-a-razoabilidade-das-leis>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Biblioteca Universitária. **Trabalho acadêmico: guia fácil para diagramação:** formato A5. Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/design/GuiaRapido2012.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** Parte geral. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.