

## Regulação da aviação civil brasileira: reflexões sobre *enforcement*, legalidade e juridicidade

### *Regulation of Brazil's Civil Aviation: Enforcement and Legality*

Submetido(submitted): 10/12/2017

Parecer(revised): 05/01/2018

Aceito(accepted): 1º/02/2018

Paulo Rios Matos Rocha\*

#### Resumo

**Propósito** – O artigo visa a propor uma reflexão a respeito da possível juridicidade da substituição, num primeiro momento, da aplicação das sanções prescritas no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) – especialmente em seu artigo 289 – por medidas de caráter alternativo, em caso de verificação da ocorrência das infrações nele prescritas, possibilitando um *enforcement* regulatório que melhor reflita a eficiência administrativa.

**Metodologia/abordagem/design** – A noção de *enforcement* regulatório eficiente parte da análise econômica da criminalidade empreendida por autores como Gary Becker e George J. Stigler, analisada por Michel Foucault, e da imagem, proposta por este filósofo, de um direito novo, distanciado de uma concepção do direito essencialmente ligada ao princípio da soberania e à aplicação das relações de dominação.

**Resultados** – Concluiu-se pela possibilidade de temperamento na aplicação das sanções previstas no art. 289, fundamentado na adoção de uma noção de *enforcement* regulatório que melhor reflita a eficiência administrativa, motivada por uma hermenêutica baseada em princípios constitucionais que fornecem um critério teleológico da atuação administrativa com vistas a otimizar o atendimento do interesse público.

**Implicações práticas** – Refletir sobre a possível juridicidade, fundada em princípios constitucionais e no marco teórico mencionado, da graduação do *enforcement* na política fiscalizatória e sancionatória da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) –, através do estabelecimento de medidas alternativas, em lugar da aplicação direta das sanções em caso de verificação de infrações.

**Originalidade/relevância do texto** – O texto pretende, em linhas gerais, contribuir para a análise da juridicidade da otimização do *enforcement* quando há óbice pela legalidade estrita. A relevância prática reside especialmente na interpretação adequada de disposições legais como o artigo 289 do CBA, que prevê, como consequência necessária das infrações, a aplicação de sanções, impedindo, a princípio, a adoção de uma política de tolerância que possibilite mecanismos prévios de colaboração e prevenção.

Palavras-chave: *Enforcement*, eficiência, legalidade estrita, princípios constitucionais, juridicidade.

---

\*Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – Bahia (2004). Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (2010). Procurador Federal. E-mail: [pauloriosmatosrocha@gmail.com](mailto:pauloriosmatosrocha@gmail.com).

### Abstract

**Purpose** – The article aims to propose a reflection on the legal possibility of replacing the application of the sanctions prescribed in the Brazilian Aeronautical Code (CBA) - especially in its article 289 - by alternative measures, in case of verification of the occurrence of the infractions prescribed therein, allowing a regulatory enforcement that better reflects the administrative efficiency.

**Methodology/approach/design** – The notion of efficient regulatory application is part of the economic analysis of crime undertaken by authors such as Gary Becker and George J. Stigler, analyzed by Michel Foucault, and the image, proposed by this philosopher, of a new, distanced right of a conception of law essentially linked to the principle of sovereignty and to the application of relations of domination.

**Findings** – It was concluded that there is a possibility of temperament in the application of the penalties provided in the article 289, based on the adoption of a notion of regulatory application that best reflects the administrative efficiency, motivated by a hermeneutic based on constitutional principles, which provide a teleological criterion of administrative performance in order to optimize the reach of the public interest..

**Practical implications** – To reflect on a possible juridicity, based on constitutional principles and the theoretical framework mentioned above, of the graduation of enforcement in the inspection and sanctioning policy of the National Civil Aviation Agency (ANAC), through the establishment of alternative measures, rather than the direct application of penalties in case of infractions.

**Originality / relevance of the text** – The text intends, in general lines, to contribute to an analysis of the legality of the optimization of the execution when obstructed by the strict legality. The practical pertinence lies especially in the proper interpretation of legal provisions such as article 291 of the CBA, which provides, as a necessary consequence of the infractions, the application of sanctions, preventing, in principle, the adoption of a policy of tolerance that allows for prior mechanisms of collaboration and prevention.

**Keywords:** Execution, practice, strict legality, constitutional principles, juridicity.

## Introdução

A política sancionatória do setor de aviação civil, diferentemente do que ocorre em outros setores regulados, praticamente se esgota nas determinações de uma lei ordinária, a Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que instituiu o Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA –, anterior, portanto, à Constituição de 1988. Nele está disposta não só a maioria das infrações imputáveis aos regulados – à exceção daquelas previstas em contratos de concessão e atos de permissão e autorização –, como suas consequências diretas, as chamadas “providências administrativas” previstas em seu artigo 289, que consistem essencialmente em penalidades.

Esse preceito legal dificulta o exercício do poder de polícia de acordo com tendências mais atuais do direito regulatório, cujo contexto, bastante diferente da conjuntura intrinsecamente autoritária e subordinante em que foi promulgado o

Código, mostra-se bem mais aberto às soluções bilaterais, colaborativas e consensuais. A diretriz sancionatória estabelecida pela lei tornou-se anacrônica, levando a uma política fiscalizatória e sancionatória obsoleta que cria, em muitas situações, verdadeiros obstáculos para o alcance eficiente da conformidade regulatória almejada.

Especialmente a partir da racionalidade colhida dos teóricos da análise econômica do direito e da imagem do direito novo trazida por Michel Foucault, tem-se mostrado necessário atingir de maneira mais eficiente os fins da regulação, com o intuito de se extrair o maior benefício dessa atividade com o menor custo possível. Assim, a adoção de abordagens gradativas nas políticas de *enforcement*, com a aplicação não somente de penalidades, mas também de medidas alternativas e de prevenção que evitem uma postura, *a priori*, conflitiva por parte da autoridade regulatória, surge como uma opção convincente.

Em face desse cenário, este ensaio pretende trazer uma pequena contribuição para a reflexão da política sancionatória da aviação civil sob uma perspectiva diferente daquela atrelada à lógica da subsunção mecânica advinda do silogismo fato-norma-sanção. Avalia, após, a possibilidade de se conferir juridicidade, em face do ordenamento atual, a uma política de *enforcement* mais flexível e menos embaraçada pelas amarras da legalidade concebida de maneira estrita.

## O regime sancionatório na regulação da aviação civil

Diferentemente do que ocorreu com a criação de outras agências reguladoras, a Lei de criação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) – Lei nº 11.182, de 2005 –, não dispôs sobre o regime jurídico das sanções administrativas aplicáveis aos regulados. Dessa forma, remanesceu vigente o regime estabelecido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA, norma editada antes da Constituição Federal de 1988, num contexto regulatório nacional bastante diferente daquele inaugurado com a criação das agências reguladoras e da evolução do direito regulatório.

Assim, a política de sanções da ANAC ficou praticamente exaurida pelas determinações do CBA, codificação erigida durante o regime militar que prevê, como consequência do cometimento das infrações, a aplicação devida das providências administrativas previstas no artigo 289, em cujo rol não há, em princípio, margem para aplicação de medidas alternativas que possibilitem uma atitude menos adversativa e mais colaborativa:

Art. 289. Na infração aos preceitos deste Código ou da legislação complementar, a autoridade aeronáutica poderá tomar as seguintes providências administrativas:

I - multa;

- II - suspensão de certificados, licenças, concessões ou autorizações;
- III - cassação de certificados, licenças, concessões ou autorizações;
- IV - detenção, interdição ou apreensão de aeronave, ou do material transportado;
- V - intervenção nas empresas concessionárias ou autorizadas.

Trata-se de disposição que espelha, claramente, a lógica inafastável de subsunção imediata do fato à norma tendo, como consequência imediata, a sanção, estabelecendo, assim, uma relação inflexível entre esses elementos, própria da mentalidade militaresca que pairava à época da edição do Código, calcada no princípio da soberania e numa visão do direito como mecanismo disciplinar, de normalização da sociedade.

Uma visão legalista estrita da referida prescrição normativa impede a visualização de espaço à flexibilização da mecânica de subsunção fato-norma-sanção, com abertura à possibilidade de providências outras como medidas de caráter preventivo e cooperativo – a exemplo da previsão de advertências, avisos e solicitações de regularização, entre outras.

Vislumbra-se, portanto, um viés adversativo, tornando virtualmente inviável admitir-se algum grau de tolerância sempre que este se mostrar conveniente e oportuno – é dizer, necessário, adequado e proporcional à finalidade da regulação de propiciar, num ambiente menos conflitivo, conformidade normativa por parte dos regulados e a prestação de um serviço dentro das expectativas.

Esse contexto legislativo ocasiona uma situação de limitação e fragilidade da agência em seu poder de regulação e fiscalização, que se encontra, em boa medida, limitado ao roteiro da norma legal, gerando obsolescência de seu *enforcement* em face da evolução das tendências em matéria de política fiscalizatória e sancionatória, em que se persegue um ambiente mais construtivo e menos “adversarial”.

A alternativa a essa noção mecânica e inflexível pode pautar-se no pensamento de Michel Foucault, de onde se extrai a imagem de um novo direito, que apresenta um distanciamento da concepção do direito essencialmente ligada ao princípio da soberania e como mecanismo de normalização, propondo, ao revés, um certo grau de tolerância e diálogo hábil a criar um ambiente cooperativo entre o Estado e seus administrados.

A noção de *enforcement* regulatório eficiente aqui exposta parte da análise econômica do direito, em especial da criminalidade, empreendida por autores como Gary Becker e George J. Stigler e analisada por Michel Foucault, em uma de suas aulas no *Collège de France*, em 1979, em que se busca a otimização da relação custo-benefício da punição.

O apego tradicional à legalidade estrita, incorporado às concepções tradicionais no direito administrativo brasileiro, em que ordinariamente é aplicado, simplesmente, o método subsuntivo, dificulta uma maior gradação no exercício do poder de polícia, em muitas situações necessária para evitar que os custos com a repressão superem os benefícios socioeconômicos pretendidos.

No entanto, no atual cenário, a solução para se alcançar a necessária flexibilidade da política sancionatória não pode ser empreendida sem o devido esteio no ordenamento jurídico, ou seja, na juridicidade, concebida esta como legalidade mais exigente, vinculada não somente à lei estrita, mas aos princípios do ordenamento jurídico que, conferindo coerência ao sistema, iluminam a interpretação de seu arcabouço normativo.

Partindo-se de um sistema dotado de rígida legalidade, essa flexibilidade precisa lastrear-se, para não ser meramente contingente, nos princípios fundantes do ordenamento, mais imediatamente, no caso, nos princípios da eficiência e da proporcionalidade, além de estar apoiado nos outros princípios que regem a Administração Pública e na participação legitimadora de toda a sociedade, em especial dos agentes regulados.

O fato é que o dilema entre a necessidade de eficiência regulatória e a de conformidade legal (princípio da legalidade), se mal equacionado, pode desencadear, de um lado, perdas ao objetivo final da regulação, e, de outro, gerar incoerência normativa, dando lugar à arbitrariedade. Essas são as reflexões que se pretende suscitar com este trabalho.

### **Novo direito: uma perspectiva crítica do direito moderno**

Para iniciar as reflexões, começamos por expor sinteticamente o pensamento de Michel Foucault, nos momentos em que nele se pode supor a visualização da imagem de um direito novo, de uma perspectiva crítica quanto ao direito tal como tradicionalmente concebido.

O direito moderno, sendo caracterizado pelo positivismo jurídico como conjunto hermético de regras postas pelo poder soberano, compreende enunciados abstratos de caráter cogente, dotados de pouca flexibilidade, cujas formas se associam à estratégia de gestão dos indivíduos e da sociedade. A crítica a esta forma do direito como mecanismo disciplinar da sociedade é bastante presente em Foucault, servindo de ponto de partida à presente análise.

Embora não tenha o filósofo se dedicado especificamente a uma “teoria do direito” – tratando dele, no mais das vezes, de maneira circunstancial e conjuntural em suas análises sobre as relações de poder –, é possível extrair de seu pensamento uma reflexão específica e não ocasional sobre o direito, quando ele se refere à imagem do “direito novo”. Segundo Márcio Alves da Fonseca,

“a ideia de um direito novo possui em Foucault uma conotação precisa. Ao utilizar essa expressão, na aula de 14 de janeiro de 1976, refere-se a um domínio de práticas, e também a um domínio teórico, que estaria liberado ao mesmo tempo dos mecanismos de normalização e daquilo a que chama de ‘princípio da soberania’” (FONSECA, 2012, p. 238).

Demonstrando uma postura negativa, de desconfiança e rejeição à forma assumida pelo direito moderno, sustentada no princípio da soberania – princípio da legitimidade do poder e da obrigação legal de obediência –, Foucault propõe, ao mesmo tempo, uma postura positiva: a consideração de práticas jurídicas capazes de constituírem uma oposição aos mecanismos de normalização.

Portanto, a imagem de um direito novo proposta pelo filósofo, segundo Fonseca,

“deve ser procurada em práticas que expressem atitudes que se constituam numa forma de oposição a submissão dos indivíduos e dos grupos às artes de governar apoiadas nos mecanismos de normalização” (FONSECA, 2012, p. 263).

“Ao lado de outros critérios normativos, o direito teria um papel fundamental na dinâmica da regulamentação social, que por sua vez não deverá jamais ser definitiva, mas sempre elástica e transformável. Desse modo, o direito, no momento em que se concretiza, não realiza uma instância universal ou um valor absoluto, ao contrário, integra o sempre maleável jogo da arbitragem social” (FONSECA, 2012, p. 278).

Criticando, assim, o direito estático, estagnado em sua historicidade e que encontra sua legitimidade principalmente no princípio da soberania, Foucault propõe, como nova imagem do direito, a ação refletida dos indivíduos, que, extrapolando o domínio das formas codificadas e positivadas, funda a pretensão a novos direitos e antecipa novas formas que esse pode vir a assumir.

“Está contida nessa ideia uma inversão importante. Enquanto pela concepção moderna e positivista do direito tende-se a definir a legitimidade em termos de legalidade, na imagem do direito novo presente em Foucault, a legitimidade do direito somente pode estar referida à prática dos indivíduos, esta sim capaz de reivindicar pretensões a serem definidas como direitos.” (FONSECA, 2012, p. 287).

Dessa forma, Foucault propõe, como alternativa à noção mecânica e inflexível da legitimidade pautada simplesmente na legalidade, o distanciamento de uma concepção do direito essencialmente ligada ao princípio da soberania e como instrumento de aplicação das relações de dominação (sociedade disciplinar).

Esse direito novo, sendo, embora, ainda positivista, busca superar a simples lógica da subsunção, propondo, em seu lugar, a ideia de um constrangimento para adequação à lei de caráter *flexível* (tolerância concedida aos indivíduos e às práticas minoritárias) e *graduável* (otimização dos sistemas de diferença), além de *calculável* (custo-benefício), assumindo, ainda, a

característica de estímulo, baseado em critérios de eficiência (FOUCAULT, 2008, 348-354).

Identifica-se, assim, aquilo que Ewald chama de um “positivismo crítico” em Foucault, no sentido de que deve pôr a si mesmo em questão, que deve continuamente pensar a si mesmo segundo a perspectiva de sua historicidade e por que sabe que todas as práticas que tornar possíveis serão sempre particulares e provisórias (EWALD, 1996, p. 64-66; 281-182).

É a partir dessa imagem inovadora e cada vez mais apropriada pelo direito contemporâneo, em que o seu conteúdo não é definido por regras jurídicas gerais de caráter mandatório, mas por seus resultados, tendo em vista decisões mais adaptadas ao contexto, consensuais e eficientes (KOERNER, 2006, p. 224), que se passa à análise aqui proposta.

### **Enforcement e eficiência: uma análise econômica**

A legalidade pouco flexível oferecida pela concepção do direito moderno sofre sérias investidas pela análise econômica do direito, especialmente nas políticas de *enforcement*<sup>1</sup>. Essa forma de análise põe em xeque a pretensão do direito positivo de conseguir resolver todas as situações por meio do enquadramento legal estanque, calcando sua legitimidade tão-somente na legalidade e no princípio da soberania como esteios intransponíveis, sem adaptar as medidas às demandas específicas.

A análise das políticas de *enforcement* na perspectiva da eficiência parte, neste artigo, da análise feita pelo próprio Foucault na aula que proferiu em 21 de março de 1979, no *Collège de France*, transcrita em texto que compõe o curso denominado “O Nascimento da Biopolítica”, na qual ele aborda os mecanismos de avaliação das políticas do poder público.

Foucault recorre especialmente ao pensamento neoliberal americano, que utiliza como mecanismo de aferição da eficiência das políticas públicas as análises características da economia de mercado, que buscam decifrar as relações não mercantis, a exemplo dos fenômenos sociais.

Partindo de uma comparação com o neoliberalismo alemão, que busca avaliar a eficiência das políticas públicas pelo filtro moral, político e jurídico, o autor constata, em sua análise, ambiguidades intrínsecas, na medida em que tal pensamento preconizava a necessidade da implantação de uma política que, ao mesmo tempo, fomentasse a concorrência e fosse capaz de organizar um quadro político e moral que assegurasse a não desagregação da sociedade (FOUCAULT, 2008, 333).

---

<sup>1</sup>O termo é concebido aqui na acepção proposta por Foucault, como o conjunto de aparelhos e instrumentos estatais postos em prática para conferir à lei realidade social, política, etc. (FOUCAULT, Michel, 2008, 348).

Essa ambiguidade leva Foucault a identificar no neoliberalismo americano uma radicalidade bem mais rigorosa ou bem mais complexa e exaustiva, na medida em que neste a forma econômica de mercado funcionaria como *princípio de inteligibilidade* para decifração das relações sociais e como mecanismo de avaliação do poder público, com abstração de uma crítica simplesmente política ou jurídica, e das contradições dela advindas. Assim, a forma de mercado se mostra como um instrumento mais preciso no debate com a Administração Pública e de verificação da eficiência de suas políticas (FOUCAULT, 2008, 333-334).

O filósofo relata, a título de exemplo da utilização da grade de inteligibilidade economista e da avaliação da ação do poder público em termos de mercado, a análise do problema da criminalidade e do funcionamento da justiça penal, baseado no pensamento neoliberal norte-americano de autores como Stigler e Gary Becker. Tangencia, assim, questões atinentes à seara regulatória, especialmente no que diz respeito à análise do *enforcement*.

A análise desses autores parte da consideração do sujeito individual como *homo economicus*<sup>2</sup>, abstraindo as outras dimensões do comportamento humano. Assim, segundo a síntese de Foucault sobre o pensamento de Gary Becker, citando seu artigo “Crime e Punição” (*Journal of Political Economy*, 1968), a definição de crime para este seria “toda ação que faz um indivíduo correr o risco de ser condenado a uma pena”. Rejeita, dessa forma, como nas outras áreas da teoria econômica, todo juízo moral, de forma que a distinção entre as atividades criminais e as legítimas baseia-se unicamente no risco particular daquele que a elas se dedica de ser detido e condenado a uma pena (FOUCAULT, 2008, 344).

O foco da análise deixa de ser o olhar sobre o criminoso através de toda sua problemática moral, social e antropológica, passando o crime a ser observado pelo seu próprio ponto de vista: o de um sujeito qualquer que investe numa ação, espera lucrar com ela e aceita o risco de uma perda – nada mais do que isso. O

---

<sup>2</sup>Conceito fictício que, como outros, é fruto da notória necessidade de fragmentar o objeto de pesquisa para fins de investigação analítica, própria dos procedimentos científicos do século XIX. Proporcionou aos economistas o estudo das ações do homem abstraindo-se as outras dimensões culturais do comportamento humano (morais, éticas, religiosas, políticas, etc.). Conforme definição de John Stuart Mill, “[*Political economy*] does not treat the whole of man’s nature as modified by the social state, nor of the whole conduct of man in society. It is concerned with him solely as a being who desires to possess wealth, and who is capable of judging the comparative efficacy of means for obtaining that end.” Texto extraído da obra “*On the Definition of Political Economy, and on the Method of Investigation Proper to It*”, London and Westminster Review, October 1836. *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy*, 2nd ed. London: Longmans, Green, Reader & Dyer, 1874, essay 5, paragraphs 38 and 48.



sistema, portanto, terá de reagir a uma oferta de crime, sendo a punição o meio utilizado para limitar as externalidades negativas de certos atos.

Diferentemente do pensamento esposado pelas teorias clássicas de Beccaria e Bentham, que visava, com a punição, à reparação do dano, à recuperação do indivíduo e à prevenção de novos crimes, os neoliberais empreenderam uma articulação da punição diferente, distinguindo, na problemática, duas coisas: a lei (interdição) e o conjunto dos instrumentos que dão à interdição uma “força real” (*enforcement of law*).

O *enforcement*, sendo o conjunto de instrumentos para conferir realidade social e política à lei, deve opor à oferta do crime uma demanda negativa, não podendo ser neutro nem indefinidamente extensível, por duas razões: a) a constatação de que a oferta de crime não é indefinidamente nem uniformemente elástica, i.e., não responde da mesma maneira à demanda negativa, e b) o *enforcement* tem custos e, ele próprio, externalidades negativas (FOUCAULT, 2008, 347-348).

Logo, uma política penal não deveria pretender ter por objetivo a anulação, o desaparecimento total do crime em quaisquer circunstâncias e a qualquer custo, o que se mostra impossível. Ao contrário, ela deve renunciar absolutamente a essa supressão. Trata-se de uma intervenção no mercado do crime que o limitará tão-somente por uma demanda negativa cujo custo, evidentemente, não deverá nunca superar aquele gerado pela criminalidade cuja oferta se quer limitar (FOUCAULT, 2008, 349-350).

Segundo G. J. Stigler, o *enforcement*

“tem por finalidade obter um grau de conformidade com a regra do comportamento prescrito que a sociedade acredita poder se proporcionar, levando em conta o fato de que é dispendioso.” (STIGLER, 1970, p. 526-527).

Assim, o objetivo não é a extinção do crime, mas o equilíbrio entre curvas de oferta de crime e de demanda negativa. Ou, ainda: a sociedade não tem uma necessidade indefinida de conformidade, sendo que a questão essencial da política penal passa a ser o que se deveria tolerar como crime.

Foucault traz o exemplo concreto da política de combate às drogas empreendida nos anos 1960, quando se buscou limitar a oferta de entorpecentes, desmantelando-se a cadeia produtiva e de distribuição, buscando extinguir esse tipo de criminalidade. O resultado foi que se mostrou impossível o desmantelamento total, ocasionando-se monopólios e oligopólios que elevaram o preço das drogas com efeitos criminógenos, uma vez que os adictos contumazes passaram, para consumir os produtos, a cometer outros crimes para adquiri-los.

A segunda solução, formulada em termos de economia liberal, foi fazer com que o preço de ingresso da droga fosse o mais inacessível possível aos iniciantes no consumo (demanda elástica) e, ao contrário, o mais acessível possível aos adictos contumazes (demanda inelástica). A política de *enforcement*

passou, então, a obedecer a uma racionalidade econômica, de um mercado específico (FOUCAULT, 2008, 349-350).

Foucault dá outro exemplo, mais prosaico do que o primeiro. Supondo-se que, numa grande loja na qual 20% do faturamento é desviado pelo roubo, mostra-se fácil, sem muita despesa de vigilância, suprimir os 10% acima. Entre 5% e 10%, continua relativamente fácil. No entanto, chegar abaixo de 5% fica bem mais difícil, assim como abaixo de 2%, etc.

“Logo, a elasticidade, isto é, a modificação da oferta em relação aos efeitos da demanda negativa, não é homogênea conforme as diferentes faixas ou os diferentes tipos de ação examinados” (FOUCAULT, 2008, 348-349).

As consequências dessa forma de pensar foram, **primeiro**: a supressão antropológica do criminoso, de maneira que todas as distinções introduzidas entre criminosos natos, ocasionais, perversos e não perversos, reincidentes, etc., passam a não ter importância – pois a ação penal deve ser uma ação sobre o jogo dos ganhos e perdas possíveis; **segundo**: a substituição do ideal ou projeto de uma sociedade disciplinar por uma sociedade na qual haveria uma otimização dos sistemas de diferença, uma tolerância concedida aos indivíduos e às práticas minoritárias, havendo uma atuação sobre as regras do jogo, não sobre o indivíduo (FOUCAULT, 2008, 349-350).

A ideia, portanto, é de que o combate ao crime seja feito através de um *enforcement* modulado pela constatação de que a oferta de crime não é indefinida nem uniformemente elástica, não respondendo da mesma maneira à demanda negativa.

Além disso, o próprio *enforcement* tem custos e externalidades negativas, podendo ocasionar efeitos diversos dos inicialmente pretendidos. Portanto, o combate à criminalidade deve ser adaptado e modulado ao “mercado” específico, de forma a se atingirem os melhores resultados com custos que não ultrapassem aqueles gerados pelas condutas que se pretende combater.

Transpondo essa análise para a realidade da atividade regulatória, tem-se que a sanção administrativa merece ser vista não como panaceia para a resolução dos dilemas morais, éticos, antropológicos e políticos envolvidos. Sua finalidade, ao contrário da sanção penal, não é retributiva, de infligir uma pena ao infrator em face de sua má intenção (ainda que não concretizada), de forma a causar estigma e censura ao seu comportamento.

Enquanto no direito penal a punição é tanto um meio quanto um fim em si, no direito regulatório a punição é apenas um meio, um instrumento para se evitar um dano, sendo a punição apenas uma consequência. Seu objetivo é veicular o atingimento de uma finalidade, a conformidade com os regulamentos. Por isso mesmo, a punição é geralmente vista como uma filosofia regulatória insatisfatória, pois ela coloca em risco os próprios objetivos principais da regulação. (MORGAN e YEUNG, 2007, p.182-7).

As sanções, então, enquanto instrumentos para atingir uma finalidade, devem visar não a uma química extinção das não conformidades, independentemente de sua natureza ou grau de lesividade, mas à neutralização possível, através de uma demanda negativa tão elástica quanto o forem as não conformidades, possibilitada por um *enforcement* que não deve ser neutro nem indefinidamente extensível.

Essa forma de pensar leva à reflexão de que disposições como a da literalidade da previsão do artigo 291 do CBA, buscando a persecução punitiva estatal imediata de toda e qualquer irregularidade verificada e a qualquer custo, revela um *enforcement* que busca combater as não conformidades de forma indiscriminada, sem a devida adaptação à demanda específica e ponderação sobre os graus de lesividade. Tal política acarreta, potencialmente, custos que podem, muitas vezes, superar os benefícios objetivados com a punição das condutas, tornando o sistema ineficiente.

Dessa forma, em caso de verificação das condutas irregulares que denotam pequena relevância ou menor gravidade – cuja comissão poderia, *a priori*, ser tolerada sem ocasionar maiores riscos e prejuízos à segurança da sociedade –, e levando-se em conta critérios como primariedade, bons antecedentes, entre outros, a aplicação imediata de sanções poderia ser substituída por medidas menos rigorosas, em que se conceda ao regulado infrator, por exemplo, a oportunidade de regularização em determinado prazo, ao invés da punição imediata.

Essa, aliás, é uma das medidas previstas no projeto de resolução que está em curso na ANAC, resultado dos trabalhos desenvolvidos no âmbito do “Projeto Prioritário *Enforcement*”, que objetiva substituir as disposições de outros atos normativos que disciplinam o processo fiscalizatório da agência – dentre eles, a Resolução n. 25, de 25 de abril de 2008, que dispõe atualmente sobre o processo administrativo de apuração de infrações e aplicação de penalidades. Nessa norma, está prevista a obrigatoriedade de apuração imediata pelo agente da autoridade de aviação civil, mediante a instauração de processo administrativo, de infrações ou de indícios de sua prática, cujo resultado será essencialmente, se não o arquivamento, a aplicação das penalidades previstas no CBA<sup>3</sup>.

O projeto da nova Resolução, que já foi inclusive submetido à audiência pública – e que se encontra, até a elaboração desse artigo, em discussão –, traz a previsão de mecanismos de *enforcement* mais flexíveis, não apenas baseados na punição, estabelecendo, assim, “providências administrativas preventivas”, de

---

<sup>3</sup> Disponível em [http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2008/resolucao-no-025-de-25-04-2008-1/@@display-file/anexo\\_norma/RA2008-0025%20consolidado%20at%C3%A9%20RA2017-0448.pdf](http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2008/resolucao-no-025-de-25-04-2008-1/@@display-file/anexo_norma/RA2008-0025%20consolidado%20at%C3%A9%20RA2017-0448.pdf); acesso em 07/12/2017).

maneira a tratar de forma diferenciada as irregularidades de pequena relevância e de baixo potencial de lesividade e de risco à segurança das operações<sup>4</sup>.

Conforme se afere da justificativa divulgada quando do aviso de audiência pública<sup>5</sup>, constatou-se, por dados históricos, a necessidade de previsão das medidas alternativas à punição, especialmente em razão do caráter excessivamente punitivo do marco regulatório atual da fiscalização, da falta de efetividade de utilização exclusiva de sanções e do demasiado ônus oriundo do processo sancionatório para a Agência e para os regulados. Entendeu-se que tais problemas, na prática, acabam prejudicando a finalidade precípua da fiscalização, que é garantir que os entes regulados atuem de acordo com os padrões e práticas estabelecidas pela Agência.

A medida vai ao encontro do raciocínio aqui esboçado e se alinha à tendência legislativa de flexibilizar a política de *enforcement* regulatório, especialmente em face de condutas irregulares de baixa lesividade, substituindo-se, por meio de critérios de proporcionalidade e eficiência, a instauração de procedimentos punitivos e aplicação de penalidade por medidas alternativas mais efetivas.

A respeito, pode-se se citar o novo marco legal punitivo do sistema financeiro, disposto na recente Lei n. 13.506 de 13 de novembro de 2017, em que se prevê a possibilidade de não instauração de processo administrativo

---

<sup>4</sup> Art. 4º O resultado da atividade de fiscalização, caso constatada infração, desencadeará, durante ou após a fiscalização, a adoção de providência administrativa de cunho preventivo, sancionatório ou acautelatório, com vistas a garantir o cumprimento da legislação aplicável em vigor.

Art. 5º As decisões de aplicação das providências administrativas devem ser proporcionais ao impacto da violação normativa verificada, podendo-se ainda considerar critérios como o histórico de providências administrativas anteriormente adotadas pela ANAC, o atendimento aos planos de ações corretivas, os indicadores de risco e de desempenho dos regulados, entre outros a serem definidos pela ANAC.

Art. 6º Constituem-se providências administrativas preventivas: I – aviso de condição irregular – ACI; e II – solicitação de reparação de condição irregular – SRCI.

§1º A aplicação de providência administrativa preventiva não se constitui sanção ao regulado infrator e tem por objetivo estimular o retorno ao cumprimento normativo de forma célere.

§2º A providência administrativa preventiva deve ser adotada quando esta se mostrar mais eficaz que as demais para o retorno ao cumprimento da legislação aplicável, quando seus benefícios superarem os custos em termos de continuidade das operações aéreas ou, ainda, quando a condição irregular não justificar imposição de sanção, de acordo com o art. 5º. (minuta disponível em <http://www.anac.gov.br/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas/audiencias/2017/aud05/12-resolucao-providencias-da-fiscalizacao-resolucao-ap.pdf>; acesso em 07/12/2017).

<sup>5</sup> Aviso de Audiência Pública nº 5/2017 e Justificativa disponíveis em <http://www.anac.gov.br/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas/audiencias-encerradas/audiencias-publicas-encerradas-de-2017>, acessado em 07/12/2017.

sancionador caso, verificada a infração, seja considerada baixa a lesão ao bem jurídico tutelado, devendo substituir o processo punitivo por outros instrumentos e medidas de supervisão que se julgar mais efetivos, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência<sup>6</sup>.

Feita essa exposição, passa-se, a uma reflexão sobre a possível juridicidade dessa postura na regulação da aviação civil em face do cenário legal vigente, particularmente face ao disposto no art. 291 do CBA.

### **Sobre a juridicidade da otimização do *enforcement***

À luz dos argumentos acima e das reflexões dos teóricos mencionados, resta investigar a juridicidade da substituição, num primeiro momento, da aplicação das sanções prescritas no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) – especialmente em seu artigo 289 – por medidas de caráter alternativo, em caso de verificação da ocorrência das infrações nele prescritas, possibilitando um *enforcement* regulatório que melhor reflita a eficiência administrativa.

A possibilidade de implementação da racionalidade proposta pelos autores tratados, da qual se pode vislumbrar um *enforcement* mais eficiente quando seja possível a gradação no exercício do poder punitivo em razão da natureza da demanda, não prescinde da investigação sobre a juridicidade desse tipo providência pela Administração Pública – que, no caso, não encontra amparo imediato na legalidade estrita.

Como já mencionado, a solução para se alcançar a necessária flexibilidade da política sancionatória deve pautar-se na juridicidade, concebida esta como legalidade mais exigente, vinculada não somente à lei estrita, mas aos princípios do ordenamento jurídico que não se encontram na disponibilidade do próprio poder público que cria o direito (OTERO, 2011, p. 15).

Trata-se, portanto, de uma juridicidade que transcende a legalidade estrita calcada no princípio da soberania, no qual o direito se apresenta como mecanismo de normalização da sociedade.

Detém o direito alicerces fundamentais que lhe emprestam a unidade sistemática e a coerência necessárias, consistindo em um conjunto integrado de conhecimentos hábeis a dotá-lo de *status* científico. Em razão deles é que se pode

---

<sup>6</sup> Art. 19. O processo administrativo sancionador será instaurado nos casos em que se verificarem indícios da ocorrência de infração prevista neste Capítulo ou nas demais normas legais e regulamentares cujo cumprimento seja fiscalizado pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º O Banco Central do Brasil poderá deixar de instaurar processo administrativo sancionador se considerada baixa a lesão ao bem jurídico tutelado, devendo utilizar outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência. (disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm); acesso em 07/12/2017).

falar em uma ciência jurídica. Esses alicerces correspondem à principiologia dos preceitos estabelecidos nas normas, que direcionam e vinculam o sentido destas e, portanto, sua interpretação.

Relatando o estado atual da arte da prática da hermenêutica jurídica no Brasil, Diogo de Figueiredo Moreira Neto nos ensina que

“(...) o fenômeno da aplicação do direito é muito mais rico do que o da aplicação da lei como se o entendia no positivismo jurídico”, apontando existir “uma persistência ainda observada da interpretação caracteristicamente positivista, exageradamente formalista e estritamente atrelada ao conceito de legalidade por subsunção, estranhamente refratária aos acelerados progressos do Direito Público contemporâneo. (...) Assim, a perspectiva da interpretação positivista reclama uma visão material do direito público, voltada à eficiência e aos esperados resultados da aplicação constitucional informados pelo conceito de legitimidade e iluminados por uma nova visão do Estado, do Poder e das relações entre sociedade e Estado, em suma: um novo conceito de Direito e uma nova hermenêutica para aplicá-lo” (MOREIRA NETO, 2008, p. 25-27).

Paulo Otero, ao tratar da diversificação da legalidade administrativa e, especialmente, da substituição da onipotência da lei como fundamento do agir administrativo, refere-se à tendência de a Administração Pública agir com fundamento direto e imediato na Constituição, sem a necessidade de interposição da lei. Neste sentido, afirma a existência de um princípio constitucional de tipicidade da exigência de reserva de lei:

“(...) excluídos os casos de reserva de lei expressamente previstos na Constituição, a Administração Pública poderá agir com fundamento directo no texto constitucional”, (...) “dispensando a exigência de uma prévia e anterior mediação legislativa, manifestando a ideia de uma osmose entre a Constituição e a lei que transforma aquela em norma habilitante do exercício da atividade administrativa, permite abrir caminho a uma ‘legalidade sem lei’. (...) em vez da eficácia operativa das normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculatividade para a Administração Pública, tal como se encontra subjacente ao pensamento oitocentista, a lei deixou de ter o monopólio habilitante da atividade administrativa” (OTERO, 2011, p. 734-735).

Segue o jurista português observando que a própria atividade administrativa passa a encontrar, no primado constitucional da eficiência na consecução da finalidade e do interesse público, o critério direto e imediato de decisão:

“A configuração da Administração Pública como destinatária de incumbências constitucionais em matéria de defesa da juridicidade e de concretização do bem-estar, envolvendo uma vinculação directa ao imperativo constitucional de eficiência, permite encontrar na própria Constituição um critério teleológico de actuação administrativa: os órgãos administrativos, encontrando-se subordinados à Constituição e vinculados à melhor prossecução do interesse público, devem otimizar as decisões à concretização prioritária e prevalecte dos interesses definidos pelo texto constitucional como tarefas fundamentais do Estado, servindo a Constituição de referencial normativo de actuação

administrativa e critério aferidor da respectiva validade (OTERO, 2011, p. 739).”

Pode-se depreender que, independentemente da preexistência de lei, a Constituição confere à Administração Pública parâmetros diretos e imediatos para a melhor realização possível de sua finalidade, do bem-estar social e dos direitos fundamentais, estabelecendo, assim, um critério teleológico, fundado em princípios como o da proporcionalidade e da eficiência.

A análise da consecução adequada dos fins da Administração Pública demanda, portanto, a verificação de seu grau de legitimidade, que passa a consistir não estritamente em uma legitimidade formal, calcada tão-só na verificação de adequação da conduta administrativa à legalidade estrita; erige-se a necessidade de verificação de uma legitimidade que ultrapassa a legalidade formal, uma vez que, na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

“(…) o referencial de legitimidade, para cuja satisfação o modernismo democrático se havia limitado a exigir uma investidura legítima dos representantes do povo, ganhou um novo conteúdo no pós-modernismo democrático, passando a demandar, além da investidura legítima no poder (legitimidade pelo título), também um exercício legítimo do poder (legitimidade pelo exercício) e, ainda, um resultado legítimo do emprego do poder (legitimidade pelo resultado) (MOREIRA NETO, 2008, p. 21)”.

Havendo, não raro, situações em que a aplicação mecânica da lei, dada sua historicidade e seu alto grau de abstração, engendra uma situação de ineficiência e ineficácia na atuação da Administração – especialmente, como no caso, quando se trata de normas diretivas de sua ação, tendentes à rápida obsolescência em novas conjunturas –, deve-se buscar extrair do ordenamento jurídico a solução hermenêutica o mais consentânea possível com a finalidade pública e social sustentada pela própria lei, dado determinado contexto.

É preciso, dessa forma, recorrer aos princípios constitucionais, tanto os explícitos quanto os que implicitamente decorrem da natureza mesma do sistema íntegro e coerente, a fim de conferir, pela atividade interpretativa, o melhor sentido da norma.

No entanto, na utilização pelo administrador dos princípios de maneira direta, deve-se afastar qualquer margem ao arbítrio na interpretação. Conforme observa Carlos Ari Sundfeld,

“(…) em termos exclusivamente lógicos, o Estado de Direito pode prescindir de subordinação do ato administrativo à lei e do Executivo ao Legislativo. Basta preservar em vigor o dogma de que o ato da Administração não pode ser fruto do capricho (mesmo que não haja uma lei a sujeitá-lo)” (SUNDFELD, 1999, p. 167).

Na mesma linha, Alexandre Santos de Aragão nos alerta que

“o que devemos ter em mira, independentemente de qual seja o poder ou entidade emanadora, é que as normas jurídicas devem, em qualquer hipótese,

atender ao devido processo legal, em dimensões adjetivas e substantivas, e visar à realização dos valores constitucionais”(ARAGÃO, 2013, p. 437).

Nesse passo, é premente que a aplicação dos princípios, que tanto pode obedecer às regras positivas estabelecidas pelo próprio legislador, como as assentadas pela jurisprudência ou em prescrições da doutrina e, até mesmo, as que venham a ser concretamente consideradas pelo próprio aplicador, seja feita de forma exaustivamente fundamentada. Exige-se, para se validar essa aplicação, tal como se exige na operação afim de aplicação da discricionariedade, que exista *motivação expressa*.

Essa motivação, aliás, precisa ser integrada também pela oitiva de todos os setores da sociedade interessados nos temas objetos dos processos de regulação pelo Estado, possibilitando sua participação efetiva no processo de formação da norma administrativa, para que se obtenha legitimação não só pelo resultado, mas também pelo procedimento.

Em razão disso, os mecanismos utilizados pela Administração Pública nesse sentido devem se constituir em processos formais e vinculatórios, a exemplo das audiências e consultas públicas, em que as contribuições dos interessados devem ser detidamente analisadas, de forma que seu acatamento ou refutação sejam precisamente fundamentados. Com isso, vê-se uma expansão da colaboração e da consensualidade na atividade administrativa pública, em detrimento de uma relação verticalizada, unilateral, de submissão do administrado.

Acreditamos ser a esse tipo de procedimentalização das decisões que se referia Foucault, ao conceber em seus escritos a imagem de um direito novo. Esse direito, construído a partir da ação refletida dos indivíduos e que teria um papel fundamental na dinâmica da regulamentação social, consubstancia-se em práticas jurídicas capazes de constituírem uma oposição aos mecanismos de normalização. Extrapola, assim, o domínio das formas codificadas e positivadas do direito, uma vez que este, antes de realizar um valor absoluto, integra o sempre maleável jogo da arbitragem social.

A fim de serem legítimos e aceitáveis, os processos de elaboração das normas reguladoras devem ocorrer em condições de publicidade, de debate contraditório, de amplo acesso à informação e à busca de consensos mínimos entre os participantes, além de serem orientadas segundo parâmetros cívicos em que se buscam soluções consensuais, que sejam aceitáveis para todos (KOERNER et alii, 2006, p. 226-227). Assim, a construção normativa do caminho alternativo à subsunção imediata aqui proposto deve conter a participação de todos os interessados.

Por certo, no que interessa à reflexão específica objeto deste artigo, não há que se falar em um afastamento da determinação legal que obriga à punição das infrações à regulação da aviação civil verificada. A hermenêutica aqui proposta



não afasta, obviamente, o caráter cogente da disposição legal e o dever de instauração de processo administrativo sancionador nos casos em que, tolerada a irregularidade de baixa lesividade e baixo grau de risco, esta não seja remediada nos termos determinados pela autoridade. Nesse passo, havendo a persistência da conduta irregular, entende-se inafastável a inauguração do processo punitivo, sob pena de a norma não atingir a eficiência e eficácia inicialmente pretendida.

No entanto, as sanções previstas em lei podem, por meio de um processo de elaboração normativa legitimado nos termos mencionados, encontrar temperamento, partindo-se de uma interpretação que recorra diretamente aos imperativos constitucionais de proporcionalidade e eficiência, com vistas à melhor consecução do interesse público. Serve a Constituição, assim, ao mesmo tempo de referencial normativo da atuação administrativa e de critério aferidor de sua validade.

Esse tipo de prática hermenêutica, embora independa de regulamentação, pode dar lugar a uma norma administrativa que afaste objetivamente a lesão a outros princípios, como o da moralidade, o da impessoalidade e o da finalidade. Sem essas cautelas, a norma perde em legitimidade. Admitindo-se que o exercício do poder de polícia demanda, para sua eficácia, o afastamento do arbítrio, a flexibilização e a modulação proporcional da persecução sancionatória em sede infralegal deve se dar com previsão minimamente objetiva das situações em que teria lugar a aplicação de medidas preventivas.

Portanto, vislumbrando-se a possibilidade de a Administração Pública recorrer imediatamente aos princípios constitucionais, a exemplo do princípio da proporcionalidade e da eficiência na sua atividade normativa e decisória, extraindo daí um critério teleológico da atuação administrativa com vistas a otimizar o atendimento do interesse público, mostra-se plausível falar-se em uma legitimidade que contorne o óbice encontrado na legalidade estrita.

É necessário que os órgãos de controle externo se conscientizem do papel da regulação e do seu compromisso com a eficiência administrativa, no que precisam, também, alinhar sua interpretação das normas infraconstitucionais com os imperativos constitucionais.

## Conclusão

Toda a exposição aqui empreendida buscou apenas trazer uma reflexão sobre a possibilidade de se vislumbrar juridicidade numa política de *enforcement* regulatório que, embora seja, teoricamente, uma opção mais eficiente para o atingimento dos fins maiores da regulação, encontra óbices na legalidade estrita e numa concepção do direito atrelada ao princípio da soberania e aos mecanismos de normalização.

Um dos objetivos foi, a partir da possível imagem de um direito novo trazida por Michel Foucault, baseada no distanciamento das amarras do direito em sua concepção moderna e na legitimidade calcada estritamente na legalidade, bem como a partir das possibilidades abertas pela análise econômica do direito, defender a plausibilidade jurídica de uma política sancionatória que caminhe para um ambiente de colaboração e cooperatividade entre regulador e regulado, ainda que sem um claro respaldo na legalidade estrita.

A possibilidade de um direito construído a partir da ação refletida dos indivíduos e que teria um papel fundamental na dinâmica da regulamentação social, consubstanciaria, na linha de pensamento do filósofo francês, práticas jurídicas capazes de extrapolar o domínio das formas codificadas e positivadas do direito, sendo este antes um integrante do que um verdadeiro comandante no sempre maleável jogo da arbitragem social.

De outro lado, partindo-se de uma concepção de juridicidade que transcende a legalidade estrita, constituindo-se numa legalidade que abrange os princípios do ordenamento jurídico que não se encontram na disponibilidade do próprio poder público que cria o direito, vislumbrou-se a possibilidade de a Administração Pública recorrer diretamente aos princípios constitucionais, extraíndo deles um critério teleológico da atuação administrativa com vistas a otimizar o atendimento do interesse público. Assim, com base no imperativo da eficiência, legitimando a ação pública não apenas formalmente, mas pelo resultado, seria possível temperar as prescrições legais e superar suas limitações do método estritamente subsuntivo.

No entanto, para além de uma legitimidade de resultado, é preciso alcançar uma legitimidade procedimental, a fim de se afastar o arbítrio nesse tipo de atividade hermenêutica, motivando-se adequadamente os atos e decisões e, quando se tratar de processo de elaboração normativa, oportunizar a participação efetiva de todos os interessados.

Conclui-se, do exposto, pela possibilidade de um *enforcement* regulatório mais flexível e que melhor reflita a eficiência administrativa no âmbito da aviação civil, superando-se, na aplicação do artigo 289 do CBA, a lógica de subsunção mecânica, possibilitando a adoção de uma política sancionatória menos intolerante e que possibilite a utilização de mecanismos prévios de prevenção e colaboração.

## **Referências Bibliográficas**

ARAGÃO, A. S. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

EWALD, F. **Foucault: a norma e o direito**. Tradução de António Fernando Caiscais. Lisboa: Vega, 1993.

FONSECA, M. A. da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, M. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, (Aula de 21/03/1979, p. 329-365).

KOERNER, A. **Direito, regulação e governamentabilidade**. In: SCAVONE, Lucila; ALVAREZ, M. César; MISKOLCI, Richard. **O legado de Foucault**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

MOREIRA NETO, D. de F. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MORGAN, B; YEUNG, K. **An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007, citando um trecho de K. HAWKINS (1984) em sua obra “*Environment and Enforcement*”.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa: Editora Almedina, 2011, p. 15.

STIGLER, G. J., **The optimum enforcement of laws**. Journal of Political Economy de 1970, p. 526-527.

SUNDFELD, C. A. **A Administração Pública na Era do Direito Global**, constante da obra coletiva “Direito Global”, Max Limonad, 1999.

