

UM OLHAR SOBRE A CONSENSUALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL

Ricardo Arantes de Farias¹

Resumo

O presente artigo faz uma releitura do processo administrativo sancionador (PAS) da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), sobretudo no que tange a possibilidade de ganhos de eficiência com a adoção de mecanismos de consensualidade. A partir da exploração de fontes bibliográficas e da análise de informações inseridas em documentos oficiais expedidos por entidades públicas, é possível notar que a utilização de acordos substitutivos para resolução de processos sancionadores pode se mostrar eficiente para superação de problemas relacionados ao tempo e custo de um PAS, bem como na transposição das adversidades na arrecadação de sanções de multas (ou seja, na real punição de infratores).

Palavras-chave: Administração Pública. Consensualidade. Eficiência. Processo. Sanção.

A LOOK AT CONSENSUALITY IN THE SANCTIONING ADMINISTRATIVE PROCESS OF THE NATIONAL CIVIL AVIATION AGENCY

Abstract

This article reviews the sanctioning administrative process (PAS) of the National Civil Aviation Agency (ANAC), especially regarding the possibility of efficiency gains through the adoption of consensus mechanisms. From the exploration of bibliographic sources and the analysis (qualitative and quantitative) of information and data inserted in official documents issued by public entities, it is possible to notice that the use of substitutive agreements to solve sanctioning processes may be efficient to overcome problems related to the time and cost of a PAS, as well as the transposition of adversity in collecting sanctions for fines (the actual punishment of offenders).

Keywords: Public Administration. Consensuality. Efficiency. Process. Sanction.

¹Advogado; Mestrado em Administração Pública – linha de Regulação, Concorrência e Infraestrutura [IDP-DF]; MBA em Direito Tributário [FGV/RJ]; Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil [UCAM/RJ]; qualificado em Legal Compliance – Aviation Law [IATA]; Licitações e Contratos Administrativos [IDP-DF]; Responsabilidade Civil [FGV-RJ] e Direito Constitucional Administrativo [ESDC].

1. Introdução

O Brasil é um país com grande projeção mundial no âmbito da aviação civil, desempenhando papéis relevantes inclusive junto a agência especializada das Nações Unidas, a *International Civil Aviation Organization* (ICAO). Ali, se insere no denominado Grupo I do Conselho, que reúne as nações mais importantes e aptas a oferecerem contribuições significativas para o desenvolvimento seguro e ordenado do transporte aéreo no mundo.

Como é de se esperar de um país com tamanha expertise, seu mercado interno é bem dinâmico. Segundo dados constantes no Anuário do Transporte Aéreo 2017 (2017) elaborado pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), vislumbra-se, por exemplo, que de 2008 a 2017 houve uma evolução de 81% no número de passageiros transportados no mercado doméstico. Em sentido otimista, o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (atual Ministério da Infraestrutura) publicou o estudo denominado *Projeção de Demanda da Aviação Civil 2017 - 2037* (2017) o qual apresenta uma previsão conservadora de crescimento do número de passageiros domésticos na ordem de 3,31% ao ano (isso, de acordo com o documento, seria algo em torno de 357 milhões de pessoas no ano de 2037).

Nota-se, portanto, que o setor de transporte aéreo pode ser considerado de grande relevo, eis que suas operações são acessadas por uma grande parcela do contingente populacional brasileiro. Justamente por esta larga abrangência, é importante não só que a autoridade pública responsável desenhe boas políticas regulatórias voltadas a criar um mercado seguro e sadio, mas que também seja capaz de garantir que os atores regulados se mantenham em situação de conformidade com as normas expedidas.

Nesta seara, tendo em vista que eventuais desvios às regras atinentes a treinamento de pessoal, operações, segurança, manutenção e infraestrutura (dentre outras) firmadas pela autoridade reguladora podem se projetar e trazer potenciais consequências à vida ou ao patrimônio de milhões de pessoas, propõe-se uma releitura do processo administrativo sancionador (PAS) da ANAC a partir da seguinte indagação: a adoção de mecanismos de consensualidade pode trazer melhorias de eficiência ao PAS da ANAC? A partir dessa inquirição, objetiva-se averiguar por meio do presente artigo a viabilidade de se adotar mecanismos de consensualidade para que a agência possa aprimorar a eficiência de seu

PAS e fornecer uma resposta mais satisfatória às infrações eventualmente cometidas pelos *players*.

Estratégias de *enforcement*, especialmente as dissuasórias, devem ser implementadas com cautela, de modo a se resguardar o delicado balanço entre a ação repressiva e os princípios constitucionais que regem a administração pública. Aqui, imperioso que, caso se vislumbre em processo específico uma transgressão às regras positivadas, se promova a modulação da ação punitiva (se mais ou menos interventiva) conforme a reprovabilidade do comportamento censurado e do *interesse público* (o que deverá ser clarificado de acordo com o caso concreto) – sob pena de se abalar o sentimento de justiça ou comprometer a própria respeitabilidade da instituição reguladora.

A partir do momento em que se nota que ao longo dos últimos anos instaurou-se no âmbito da aviação civil uma política fiscalizatória essencialmente punitiva (com a proeminência da *multa* como instrumento regulatório [vide Nota Técnica nº 2(SEI)/2016/SPI/ ANAC inserida no processo administrativo nº 00058.501190/ 2016-98] - o que lhe gerou, em avaliação feita até 30/01/2019 [vide Note Técnica nº 03/2016/GAB/DIR-P inserida no processo administrativo nº 00058.022220/2016-02], um estoque de 5.047 processos administrativos pendentes de julgamento de recurso na Assessoria de Julgamento de Autos em Segunda Instância da ANAC), intrigante analisar se esta resposta fornecida pelo ente regulador seria a única adequada e útil a disciplinar o mercado, satisfazer a sociedade violada com a prática ilícita e realçar os ares de integridade do poder público.

Neste caso, desenvolve-se a temática a partir da apresentação de marcos teóricos sobre a adoção de abordagens consensuais no âmbito do processo sancionatório, invocando-se a literatura pertinente para delinear a temática e apresentando o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) a respeito. Ainda, serão identificados alguns fatores a serem levados em consideração quando da construção de uma solução negociada no processo administrativo sancionador (PAS).

Para desenvolver esta pesquisa aplicada, foram coletadas informações e dados em documentos oficiais expedidos por entidades públicas, bem como exploradas fontes bibliográficas de autores clássicos e modernos de modo a se enriquecer as construções conceituais pertinentes. Os elementos obtidos durante as apurações serão tratados por abordagens qualitativas.

2. Consensualidade no processo administrativo sancionador

A ANAC, em razão de seu dever legal de propiciar o desenvolvimento da aviação civil no Brasil (art. 8º, *caput*, da Lei nº 11.182/05), tem entre suas competências a de aplicar sanções a uma ampla gama de regulados que eventualmente cometam infrações às normas do setor (empresas de transporte de pessoas/cargas e outros serviços aéreos; operadores aeroagrícola; organizações de manutenção; companhias de serviços auxiliares ao transporte aéreo; escolas de treinamento; operadores de aeródromos; pilotos, comissários de bordo, despachantes operacionais de voo, mecânicos de manutenção, agentes de proteção à aviação civil e bombeiros de aeródromos; e etc.).

Porém, não se pode olvidar que esse poder sancionador tem caráter instrumental para a busca de um objetivo maior: garantir a conformidade dos *players* do setor e, em último caso, viabilizar a realização de políticas públicas por meio dos serviços prestados pelas empresas (ou pessoas) reguladas.

Como será abordado, nem sempre a aplicação de penalidades é a melhor forma de se atingir o interesse público de modo eficiente. Na verdade, em algumas situações, ele poderia ser alcançado em maior profundidade com a adoção de outras medidas, sem que as empresas (ou pessoas) infratoras passassem impunes pelas práticas contrárias à legislação pertinente – e aqui, importante lembrar que “o direito regulatório não tem por meta a punição, mas sim o atendimento ao interesse geral” (Cunha, 2017, p. 611).

Este trabalho visa justamente realçar um outro caminho disponível à agência para a solução de seus litígios administrativos sancionatórios, qual seja, o da consensualidade – que aqui é vista sob a ótica concebida por Dallari (2005, p. 15), ou seja, como uma “técnica de gestão” que visa a superação dos entraves verificáveis nos processos sancionadores tradicionais. Sua inserção no seio da atividade administrativa, pode-se dizer, está intimamente relacionada a ideários como o da eficiência e da participação popular na tomada de decisões (Faleiros, 2017).

A importância da discussão é assim firmada de modo pragmático por Moreira Neto (2008, p. 02):

É inegável que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os

desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e toma os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

Relevante, neste contexto, a advertência para que o PAS “deixe de ser visto como palco para reconstrução da soberania ofendida, para ser encarado simplesmente como um mecanismo – entre outros, mais econômicos, eficazes e consensuais – para a reparação do dano causado e para o reestabelecimento dos comportamentos almejados pela regulação”(MARQUES e CYMBALISTA, 2011, p. 10).

Na seara sancionatória, pode-se dizer, o PAS seria a via pela qual se realiza a análise de conformação do comportamento dos particulares aos predicados já definidos no ordenamento jurídico (Voronoff, 2018), de modo a se remediar distorções de mercado ou práticas contrárias ao interesse público com a aplicação de soluções persuasivas, dissuasivas ou incapacitantes. É, por certo, um expediente necessário para que a Administração possa legitimar a prática de qualquer ato sancionador (Enterria, 2011), o qual pode ser tido como um produto final do processo.

Em se tratando de um procedimento dialético utilizado para esclarecer a ocorrência (ou não) de descumprimento a preceitos normativos e, quando necessário, coibi-los, forçoso entender que a produção de bons efeitos acaba por gerar também uma boa reputação do ente condutor no meio social. É preciso, portanto, que se encare como uma verdadeira missão institucional o papel de solucionar as questões postas em apreço e que o resultado finalístico produzido seja justificável e útil.

Neste caso, pode-se entender que o *output* gerado ao término do feito sancionatório é determinante na persecução dos objetivos de ordenação propostos pelas normas de regência. Assim, eventuais sanções (ou acordos substitutivos) devem ser capazes de: a) garantir o alcance dos objetivos finalísticos estabelecidos em lei para o ente responsável pela investigação; b) educar os agentes regulados e c) desestimular novas práticas irregulares - sem, contudo, se transformar em poder de destruir.

Confira-se o magistério de BINEMBOJN (2016) a respeito das sanções administrativas:

As sanções administrativas constituem, em regra, medidas aflitivas impostas ao particular como retribuição pelo descumprimento das conformações jurídicas à sua liberdade ou propriedade. Sua finalidade é punir o infrator pela violação da norma e, ao mesmo tempo, funcionar como um *desincentivo* à prática de outras infrações, pelo próprio ou

pelos demais membros da coletividade. Qualquer majoração, redução ou substituição na sanção aplicável a determinada situação deve ser concebida, portanto, não apenas como solução para um caso concreto, mas em seus potenciais efeitos dinâmicos e sistêmicos, tendo em vista o sentido dos incentivos gerados para a conformação de comportamentos futuros. Na estrutura de incentivos criada pela ordenação social e econômica, a sanção costuma ser o ponto derradeiro, necessário, porém indesejável. Isso porque, a eficácia social e a medida do sucesso de um sistema punitivo são aferidas pelo desestímulo que seja capaz de produzir à prática infracional, e não pelo uso efetivo e desenfreado do arsenal sancionatório. Paradoxalmente, sancionar menos deve ser o ideal de eficiência a ser alcançado pela atividade ordenadora, já que a conformação voluntária dos particulares envolverá sempre menores custos em termos de tempo, energia e recursos despendidos. Em geral, as sanções assumem a forma de multas (sanções pecuniárias), cassação de licenças, apreensão e destruição de produtos e substâncias ilegais, interdição temporária de direitos, entre outros. É possível, no entanto, cogitar-se de *sanções premiaias*, para os casos em que a estrutura de incentivos da ordenação possa prescindir de comandos cogentes lastreados por punições. Nesses casos, a ordenação fundar-se-á em *induções* a comportamentos socialmente desejáveis, estimulados por medidas ampliativas de direitos. Tal seria o caso de determinadas certificações ambientais que conferem posições de vantagem a empresas em certames públicos ou de normas que dispensam vistorias de veículos automotores mais novos ou menos poluentes (como carros elétricos, por exemplo).

Na percepção do doutrinador, as penalidades administrativas assumem não só um papel punitivo em si, mas também de ordenação de comportamentos. E mais, denota a importância de se idealizar com cautela uma decisão em um PAS, afinal de contas seus efeitos não ficarão restritos a um único processo, eis que se projetam para além dos autos e condicionam comportamentos futuros do mesmo e de outros regulados. Tais acepções são importantes no presente trabalho, onde se discute a eventual adoção de medidas alternativas para resolução de feitos sancionatórios de modo mais adequado/eficiente para todos os atores envolvidos (Estado, infrator e sociedade).

A respeito da instrumentalidade das sanções, propicia a lição de Voronoff (2018, p. 106)

Neste sentido:

Se a sanção administrativa é um meio por excelência de conformação de condutas, baseado em uma lógica coercitiva e nos incentivos a partir dela gerados, exsurge para o administrador o dever de verificação permanente da efetividade desse meio. Isto é, de sua real capacidade de gerar os incentivos corretos e os resultados esperados. Ela não se justifica como simples resposta a uma infração, mas como instrumento

voltado à conformação de atividades e comportamentos. E sua legitimidade passa, sem dúvida, pela aptidão para produzir esses objetivos.

À luz do que foi posto pela escritora, parece razoável imaginar que as sanções (enquanto resultado de um processo) nunca são um fim em si mesmas, mas um meio utilizado pela Administração para direcionar os jurisdicionados à prática de condutas desejadas (finalidade primária) – como se fosse uma espécie de ferramenta de gestão.

Pensar em eficiência do PAS, então, implica não só assegurar a prolação de um juízo decisório definitivo, mas também que tal prestação corresponda, tanto quanto possível, às expectativas da sociedade (Garcia e Alves, 2011) - que faça jus aos fins jurídicos e sociais para o qual foi concebido.

Isso significa que não se pode afirmar que deliberações punitivas sejam, por si, eficientes, à medida que podem não gerar necessariamente o anseio desejado (a conformação do mercado). Aliás, a literatura clássica sobre *enforcement* tende a dizer que ter a punição como uma primeira estratégia seria contraproducente pois é um método que demanda gastos relativamente altos; desafia os regulados a buscar brechas normativas (e a tendência é que a Administração inche ainda mais seu acervo para cobri-las); e normalmente gera alguma relutância ou resistência de aceitação naqueles a que é endereçada (Ayres e Braithwaite, 1992).

Partindo do pressuposto de que a sanção não passa de um instrumento para melhorar a adesão à regulação positivada e, ainda, que não é o único meio apto a viabilizar o cumprimento de uma diretriz estabelecida, não se pode fechar os olhos a outros recursos que se revelam mais úteis ao atingimento do interesse público a ser tutelado (Sundfeld e Câmara, 2011).

Nessa linha, pertinente a lição de Saddy e Greco (2015) a respeito da comunhão de interesses na tentativa de maximizar os resultados do PAS imprimindo mais celeridade e menores custos (financeiros e humanos):

A ideia que subjaz nessas novas formas de administrar é a de fortalecer a prevenção administrativa dos conflitos, que se multiplicam nas sociedades contemporâneas e geram uma avalanche de litígios contra o Poder Público, abarrotando as prateleiras dos escritórios de justiça com milhares de processos que poderiam ser evitados. A busca do incremento dessa atuação preventiva e de composição de conflitos administrativos já instaurados é uma das mais importantes conquistas da cidadania e da sociedade em geral; e tudo isso se dá graças à

possibilidade de utilização do consenso como modalidade substitutiva/suspensiva da ação unilateral e imperativa do Estado.

Aqui, os autores demonstram uma aflição com a cultura do litígio que permeia a sociedade brasileira, a qual pode retardar o encerramento do PAS e impor demandas adicionais à Administração (gerando maiores dispêndios ao erário). Paralelamente, apresentam como caminho viável e apto a prevenir disputas judiciais desnecessárias o das soluções negociadas.

Daí, guiadas pelo vetor constitucional de eficiência, as autoridades competentes para julgamento do PAS devem buscar a restauração da condição de conformidade ou a satisfação do interesse público também por outros meios que não necessariamente os puramente punitivos. Se há um caminho menos invasivo, mais célere, que demande menos recursos e gere menos atritos, ele há de ser adotado – já que tais questões influem diretamente no grau de eficiência da atividade.

Para Ribeiro (2016, p. 237), esse seria um caminho para se construir um arranjo consensual:

Desse modo, a autoridade competente deverá, diante de um caso concreto: (i) apontar o objetivo a ser alcançado por meio da reprimenda ao ato infracional; (ii) identificar as ferramentas por meio das quais esse objetivo pode ser alcançado, estando entre elas a aplicação de sanção, ou a celebração de um acordo substitutivo; (iii) determinar as prováveis consequências de cada alternativa, ao modo como exemplificado anteriormente; e (iv) escolher a alternativa que provavelmente alcançará o objetivo com a maior certeza, na maior medida, ou com o mínimo de esforço.

Veja-se que o escritor cria um *iter* procedimental que não impõe de modo simplista a primazia da sanção sobre a consensualidade. Nesse modelo, apregoa-se a necessidade de se observar, em condição de isonomia, qual o melhor modo de se atingir com maior presteza o interesse público buscado. Trata-se de um padrão genérico que pode ser aproveitado em diversos casos.

Estimulado por ideário similar, Batista Junior (2007, p. 468) leciona pelo afastamento de qualquer obrigação irrefletida de se punir quando existem caminhos mais proveitosos:

(...) é antijurídica a decisão administrativa que não atenda ao poder/dever de prossecução otimizada do bem comum. Se existe a possibilidade de celebração de contratos alternativos que propiciem

soluções mais ajustadas ao desiderato de atendimento otimizado do bem comum, em especial quando o Direito estabelece cláusulas setoriais autorizativas, firma-se o dever/poder de transacionar, sempre que esta se constitua na melhor alternativa para o atendimento do bem comum.

Interessante, também, o seguinte clamor feito por Batista Junior e Campos (2014, p. 37):

No quadro burocrático ortodoxo, é mesmo preciso coragem e determinação por parte dos gestores e controladores públicos, que não podem se prender a interpretações estéreis da lei. Perante alternativa que conduza ao “melhor interesse público possível”, é poder/dever de o agente administrativo optar pela via transacional, se for o caso, mesmo sabendo que, por vezes, pode sofrer o questionamento por parte de unidades mais burocratizadas de controle, que assumem, por vezes, posturas positivistas mais ortodoxas e malélicas ao bem comum.

(...)

No entanto, por vezes, posturas preconceituosas, fruto de uma arraigada cultura burocratizada mais ortodoxa, servem de obstáculo para a possibilidade de celebração de transações; não são incomuns penalizações (ou tentativas de anulações ou penalizações) aos servidores públicos que abraçam a via consensual, apenas por isso. Os agentes públicos recolhem-se receosos, fugindo de soluções que possam melhor atender ao interesse público, prendendo-se a interpretações mais ortodoxas e burocráticas, mesmo que em detrimento do interesse do Estado e do administrado.

As duas últimas citações reforçam a ideia de que o administrador precisa evoluir e ser destemido na busca pelas melhores soluções, já que essas nem sempre serão as mais óbvias ou cômodas. É preciso quebrar paradigmas injustificáveis e acompanhar a impermanência da sociedade e das relações humanas para que se consiga despachar conclusões otimizadas.

As posições, a bem da verdade, prestigiam o desígnio de eficiência insculpido na Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho 1998. Esse predicado, por sua vez, se propõe a reafirmar que não é suficiente que o gestor público se guie tão somente por concepções burocráticas ou formalísticas pré-estabelecidas e aja em conformidade com os textos normativos, deve este suplantar a utilização indiferente das normas quando estas representarem qualquer entrave ao interesse público almejado (Scatolino e Trindade, 2016).

Nesse caso, não se trata de propagar uma ideia de superação da noção de legalidade ou de que “tudo é permitido” na busca de um vago objetivo de interesse geral. A este respeito, Dallari (2004, pp. 6-7):

O princípio da eficiência não derroga nem supera o princípio da legalidade. Sua inserção no texto constitucional significa que não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à melhor satisfação do interesse público. Não se admite mais nem o empirismo, nem a improvisação, nem, muito menos, o descontrole e a irresponsabilidade. O planejamento, estabelecido de maneira democrática, inclusive com a necessária participação popular, foi devidamente entronizado na Administração Pública. A tecnocracia está morta e enterrada. Da mesma forma, não se pode admitir mais o autoritarismo burocrático baseado no dogma da infalibilidade do Estado.

Veja-se que o doutrinador se opõe à ideia de gestões mecanizadas, guiadas por padronizações que não acompanham a evolução das demandas sociais. Mais do que um texto destemperado de lei, preconiza-se que o administrador se oriente pelas balizas e circunstâncias do caso concreto, o que lhe permitirá aderir a escolhas mais legítimas.

Cumprindo aduzir que a temática “consensualidade no âmbito do PAS de uma agência reguladora” já foi submetida ao crivo do Tribunal de Contas da União (2017). Na oportunidade, a Corte se posicionou no sentido de reconhecer que as punições não são os únicos meios para se alcançar a regularidade de agentes transgressores. A depender da dinâmica do setor regulado e do contexto em que a possível infração foi praticada, uma solução negociada pode se mostrar mais vantajosa e conveniente ao interesse público – devendo o Administrador, seja qual for a opção, motivar seu posicionamento.

Como se vê, há uma inclinação para que a Administração Pública, caso lhe seja oportuno em determinado caso concreto, abandone sua perspectiva de atuação autoritária e unilateral, de modo a entabular um diálogo mais horizontalizado com o regulado – sem que isso importe abrir mão de sua finalidade institucional de fiscalização (pelo contrário, aprimoraria a qualidade de sua incumbência).

O apreço pela cultura do diálogo, aliás, acha-se devidamente positivado no art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). O

referido dispositivo indiscutivelmente pavimenta a aplicação da consensualidade no seio da administração pública.

Desta feita, a partir do momento em que a administração por consenso é uma escolha que encontra guarida na doutrina, é juridicamente possível e pode ser um caminho mais eficiente para o controle de eventuais infrações (Baldwin, Cave e Lodge, 2012) - especialmente no vasto campo da aviação civil, deve ser sempre considerada como uma técnica alternativa dentro de um PAS.

Na seção a seguir, passa-se a tratar de alguns aspectos práticos inerentes as transações consensuais, sobretudo os benefícios verificáveis sob a ótica dos regulados, do poder público e da sociedade.

3. Fatores que envolvem a consensualidade

Embora determinadas situações de violação a normas pertinentes a aviação civil possam ensejar reprimendas, talvez tenham um melhor deslinde se forem objeto de uma transação que substitua a habitual multa (especialmente quando não impliquem qualquer efeito deletério à segurança de voo). Esta, apesar de ter um papel inibitório, nem sempre importa uma solução adequada da situação irregular em si, sendo muitas vezes ser relegada a um mero papel arrecadatário (isso quando há êxito em sua cobrança).

Impensável, aqui, que se confunda um ajuste substitutivo com uma espécie de perdão da sanção, até mesmo porque, para ser perfectibilizado, espera-se que os agentes setoriais implementem ações (além das já exigidas nas normativas vigentes) ou investimentos que, a par de promoverem a correção e a prevenção da irregularidade em si, contribuam para melhoria dos serviços inerentes aviação civil. Uma pactuação junto a uma empresa de transporte aéreo para elevação de seus padrões de desempenho operacional ou pela ampliação de facilidades aos passageiros, por exemplo, poderia ir mais ao encontro do interesse público do que a simples aplicação de uma multa (que nem sempre será revertida para o aprimoramento da atividade).

Não parece difícil imaginar que uma técnica de gerir infrações administrativas baseada no consensualismo pode favorecer todos os interessados. Para os regulados, os seguintes pontos poderiam importar: [1] Substituição de possíveis penalidades pecuniárias ou incapacitantes por obrigações de (não) fazer (conjugadas ou não com outras medidas) menos deletérias ou, ao menos, reduzir o montante/escopo daquelas mais

gravosas; [2] Redução de custos com profissionais técnicos para a condução de litígios; [3] Previsão mais adequada de gastos, sem necessidade de provisionamentos desnecessários por eventos incertos. Já para o Estado (Agência Reguladora), podem ser apontados os seguintes marcos de interesse: [1] Economia de recursos financeiros e humanos; [2] Possibilidade de alocação mais eficiente recursos em outras áreas sensíveis; [3] Garante maior aderência voluntária do regulado ao cumprimento das medidas resultantes do PAS; [4] Minimização da rediscussão de matérias em âmbito judicial; [5] Criação de respeitabilidade institucional (à medida em que o exercício de suas competências é efetivamente percebido pela sociedade). À sociedade também interessa o consenso devido a razões como: [1] Atendimento ao interesse público subjacente de modo eficiente; [2] Possibilidade de consumo de serviços otimizados.

A opção por um instrumento imperativo (sancionamento tradicional) ou um negociado, a bem da verdade, depende do propósito da Administração Pública. Se ela pretende assentar sua autoridade estatal, natural que prefira uma atuação mais incisiva e autoritária. Se por outro lado quer gerar maior aceitação (e cumprimento) de suas deliberações, é preferível uma solução acordada, construída conjuntamente.

Em alerta sobre os riscos de se eleger um ou outro tipo como o preferido, Palma (2010) fala sobre a importância de se garantir a alternância entre os mecanismos. É que, sem a intimidação pela real possibilidade de apenamentos gravosos, não seriam factíveis acordos salutareos (os regulados não se sentiriam “incentivados” a transacionar). De outro turno, sem o consensualismo, a Administração pode negligenciar a orientação de eficiência na satisfação de suas competências.

Sobre soluções negociadas, Salop (2013) apresenta a ideia de que é relevante que elas sejam formuladas a partir de dois vieses. Um primeiro de “curto prazo”, em que se foca apenas na avaliação isolada de um caso concreto; e outro de “longo prazo”, onde se aquilata também os efeitos dissuasórios de um eventual ajuste para o mercado como um todo.

A respeito da atuação consensual em um PAS, não se pode deixar de suscitar também um certo temor quanto a cooptação de agentes públicos decisores (sobretudo na ANAC, que ostenta uma “exposição média” a fraudes e corrupção de acordo com o Mapa de Exposição da Administração Pública Federal a Fraude e Corrupção – TCU [2018]). Tal receio, porém, não pode servir de base para evitar mecanismos arrojados

potencialmente mais eficientes, até mesmo porque o PAS que caminha em direção a aplicação de uma sanção também pode ser manipulado para desvios de conduta.

Para mitigar qualquer tipo de malversação, Aragão (2005, p. 298) propõe que o Poder Público se alicerce em uma metodologia bem definida, “que, fincada nos Princípios da Eficiência, Moralidade e Proporcionalidade, minore as possibilidades de ser utilizada contra os fins a que se destina e que, ao mesmo tempo, evite que a aplicação meramente lógico-substantiva das regras jurídicas pela mera invocação da legalidade formal”.

A ideia de que é necessário sistematizar e traçar balizas para o exercício da consensualidade, mormente dentro de um PAS, parece acertada e, inclusive, confere mais legitimidade às decisões tomadas sob este predicado (Neves, 2018). Nesse contexto, é preciso que sejam criados marcos normativos referenciais que viabilizem uma composição amigável que não implique benefícios apenas aos regulados, mas que também resguarde proveitos à Administração, ao serviço público autorizado/delegado e à sociedade. Em outras palavras, esses marcos devem propiciar uma razoável distribuição de incentivos.

No que tange ao aspecto normativo propriamente dito, importante que o regulador se municie com armas poderosas (“*big sticks*” – sanções penosas) para que, com ares de expressivo vigor, possa ter maior sucesso ao lançar mão de expedientes mais suaves para controlar o agir dos regulados (Ayres e Braithwaite, 1992) - sem que estes últimos caiam na tentação de tirar proveito da benevolência da autoridade para continuar a transgredir. Essas normas mais severas, pode-se dizer, seriam um incentivo negativo.

De outro turno, existem incentivos de ordem positiva para os regulados. Entre vários, dá-se especial destaque à possibilidade de redução/mitigação de uma possível sanção (especialmente pecuniária) e a ponderação de que eventual assinatura de um pacto não importaria reconhecimento de prática do ilícito apurado. Este último se afigura atraente pois, conforme anota Palma (2014, p. 230), “sem a caracterização da responsabilidade em seara administrativa, condenações nas esferas cível e penal ficam mais difíceis de se aperfeiçoar. (...) a instrução processual é abreviada e tende a restringir a constituição de provas, que podem ser ‘emprestadas’ para embasar processos judiciais”.

Relevante, também, garantir que os agentes públicos envolvidos na negociação tenham margem de liberdade para avaliar questões por vezes relegadas pelo legalismo

obsoleto, tais como: o contexto em que a suposta infração foi praticada; o comportamento e a cultura do regulado; o engajamento dos atores na adoção de posturas positivas (Ivec e Braithwaite, 2015)¹; o impacto real da violação no bem estar da sociedade e do mercado aeronáutico; a racionalidade econômica do PAS; os custos e riscos de um potencial litígio na esfera judicial; a influência reputacional positiva/negativa de uma persecução sancionatória (Salop, 2013); e a própria complexidade/racionalidade da regulação desrespeitada (se algo relevante, ou não).

Sob o ponto de vista da Administração Pública, alguns aspectos podem auxiliar para que o interesse público tenha mais ganhos do que perdas na esfera negocial, a saber: primeiro, não ser outorgado ao regulado o direito de resolver o PAS de forma consensual – o uso de tal modelo deriva de um posicionamento discricionário da autoridade. Segundo, é importante que o Poder Público construa e mantenha uma boa reputação de ser capaz de lidar com processos de caráter litigiosos (quanto mais forte o prestígio em impor penalidades que não sejam juridicamente questionáveis, mais o infringente vai se mostrar inclinado a firmar um pacto sem exigir grandes recompensas). Terceiro, deve-se tomar cuidado com um acordo em estágios primitivos da investigação/processo quando ainda não foram bem estabelecidos todos os fatos e circunstâncias (a falta de uma informação mais completa pode ensejar concessões demasiadas). Quarto, a política de acordo e seus procedimentos devem ser avaliados periodicamente, sobretudo para verificar *ex post* se eles de fato geram benefícios ao *enforcement* e se justificam (Wils, 2013).

A estruturação de eventual política que venha a tratar de soluções consensuais para o PAS da ANAC, deve levar em consideração a importância de que os servidores responsáveis pelas tratativas e pelos julgamentos de aceitabilidade dos pactos estejam devidamente munidos de informações atualizadas, confiáveis e em quantidade adequada para a tomada de decisão – sem o que as tratativas negociais poderiam ser deturpadas por achismos ou impressões pessoais indesejadas. É, então, necessário um amplo investimento na criação de painéis de monitoramento da atividade de aviação civil com indicadores consistentes.

¹ IVEC, Mary; BRAITHWAITE, Valerie. *Applications of Responsive Regulatory Theory in Australia and Overseas: Update*. Canberra: Regulatory Institutions Network, Australian National University, 2015. p. 9.

4. Conclusões

A aviação civil, enquanto segmento de elevada complexidade regulatória, submete seus

“players” a uma vasta possibilidade de não conformidades (cada qual passível de sancionamento – vide art. 302 do Código Brasileiro de Aeronáutica).

Diante de um cenário onde a agência setorial precisa conformar a atuação do mercado e, ao mesmo tempo, garantir que suas ações de *enforcement* não criem incentivos inadequados aos regulados, a valorização de novos meios (que não sancionatórios) para a solução de litígios pode ser um caminho proveitoso.

Não parece ser difícil perceber que um PAS meramente simbólico, que tenha como único direcionamento a pura e simples aplicação de uma sanção, sem considerar de modo real a ultimação dos fins públicos subjacentes, não é capaz de produzir grandes efeitos no que tange a otimização do setor. Uma atuação puramente verticalizada e punitiva tende a deflagrar maior resistência dos regulados, o que incita questionamentos administrativos e judiciais (prolongando ainda mais o tempo para que o resultado de um PAS possa surtir algum efeito prático).

Nesta seara, a consensualidade tem despontado como um viés por vezes mais adequado a garantir resultados satisfatórios e eficientes.

As negociações em um PAS passam pela análise dos potenciais benefícios a serem aproveitados pelo regulado e regulador. Ao primeiro, pode-se exemplificar a redução de custos com a defesa processual, o afastamento da ameaça de condenação e a diminuição de riscos relacionados ao empréstimo de provas (para instauração de novos processos). Ao segundo, tem-se a contenção imediata de uma conduta lesiva a interesses públicos, celeridade na resolução de conflitos e elevação da legitimidade da ação estatal (Marrara, 2017).

Não se trata, por óbvio, de se ter a consensualidade como um instrumento trivial que pode ser utilizado em qualquer ocasião, sem a observância ao contexto infracional, ou mesmo que possa substituir os mecanismos punitivos tradicionais. Porém, sua adequada concretização perpassa pela solução de problemas como a institucionalização de uma regulamentação adequada, criação de estruturas administrativas de negociação e a delimitação de possíveis controles a serem exercidos – fatores essenciais para se conferir

maior segurança jurídica aos interessados (inclusive a servidores da ANAC que eventualmente participem da deliberação, os quais poderão atuar com maior autonomia e sem o receio de serem acometidos por um processo disciplinar). Ainda, a criação de soluções consensuais, por certo, passa pela catalogação de informações idôneas – sem as quais os julgadores ficariam desorientados.

Em uma conjuntura onde tanto se apregoa a necessidade de uma atuação eficiente por parte dos gestores públicos, a adoção de soluções consensuais para resolução conflitos tem ganhado cada vez mais destaque. Isso porque permite, a um só tempo, a perseguição do bem comum (social) e dos interesses do Estado, de modo que seja sempre entregue aos potenciais usuários de serviços ou políticas públicas soluções ótimas (acabadas, tempestivas, úteis e a custos razoáveis).

Dessa forma, a ANAC não pode relegar este fenômeno atual a segundo plano, precisa sistematizar suas balizas e viabilizar seu efetivo funcionamento nos litígios administrativos – inclusive com a disseminação de uma nova cultura organizacional, que coloca à disposição de seus agentes modernas técnicas de gestão consensual capazes de maximizar o atendimento do interesse público e superar o legalismo inócuo.

Infelizmente, a adoção desta “técnica de gestão”, por certo, restou deveras prejudicada (senão impossibilitada) com a edição da Resolução nº 472/2018/ANAC – a qual, apesar de revogar a única norma interna específica até então existente sobre a temática, não regulamenta a matéria de forma pormenorizada – abrindo azo para interpretações subjetivas.

Para retomar a criação de soluções negociadas e intensificar sua aplicação, é preciso que a ANAC entabule as balizas necessárias para o exercício da consensualidade em seu PAS, inclusive viabilizando a outorga dos incentivos necessários para tal mister. Neste sentido, apresentam-se as seguintes sugestões (complementares às conhecidas orientações formalísticas): a) criar um rito procedimental próprio para análise de proposta de acordo substitutivo, com fases próprias de negociação, análise técnica/jurídica e julgamento; b) fixar prazos específicos para a conclusão de cada etapa; c) constituir de uma equipe especializada em negociação, dedicada apenas a atividade de analisar possíveis soluções consensuais; d) estabelecer critérios e parâmetros objetivos para contribuições pecuniárias ou concessão de eventual desconto no valor de possíveis multas; e) garantir a participação do Diretor relator também durante as negociações (como

uma espécie de ponto de controle); f) dispor da obrigação de analisar os efeitos de eventual acordo ao caso concreto e ao mercado aeronáutico como um todo; g) desenhar mecanismos gerais de controle e acompanhamento dos compromissos pactuados; h) instituir avaliação de custo-benefício ao final do cumprimento de todas as obrigações.

A ausência de regras claras e objetivas sobre a negociação de acordos substitutivos, repita-se, acaba por minar a celebração dos pactos e diminuir a eficiência do PAS na medida em que levanta ares de insegurança jurídica (a todas as partes envolvidas), favorece situações de ultraje a isonomia dos regulados (já que abre azo a tratamentos diferenciados) e permite desvios produtivos.

Por tudo o que foi exposto, notável que o trato consensual é importante para se trazer mais eficiência a um PAS da ANAC. À medida em que o compromissário participa ativamente de negociações junto ao ente regulador, recebe incentivos adequados e assina um acordo (com multas superiores as ordinárias) que funciona como título executivo extrajudicial, a tendência é que sejam criados estímulos de ordem moral/financeira e haja uma maior aderência ao cumprimento do pacto e das normas postas – evitando-se, assim, situações de reincidência.

Enfim, não se pretendeu com este artigo anunciar que a sanção propriamente dita (especialmente a de caráter pecuniário) seria um instrumento ruim ou ineficaz para a atividade regulatória – esta, quando devidamente aplicada, é capaz sim de resguardar os relevantes papéis de reafirmar a autoridade do ente público e prevenir novas infrações. O que se buscou descortinar foi que a punição dentro de um PAS não é a finalidade da atuação administrativa, sendo essa apenas um dos meios hábeis a disciplinar o mercado da aviação civil.

Referências

ANAC. *Anuário do Transporte Aéreo 2017*, volume único, 1ª edição, Agência Nacional de Aviação Civil. Finalizado em 19/10/2018. Versão digital. p. 67. Recuperado de <<https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuariodo-transporte-aereo/dados-do-anuario-do-transporte-aereo>>.

ARAGÃO, A. S. (2005). *A consensualidade no Direito Administrativo: Acordos regulatórios e contratos administrativos*. In: Revista de informação legislativa, v. 42, nº

167, p. 293-309. Jul./set. Versão digital. p. 298. Recuperado de <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/850>>.

AYRES, I; BRAITHWAITE, J. (1992). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press. pp. 19 e 26.

BALDWIN, R; CAVE, M; LODGE, M. (2012). *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press. p. 238.

BATISTA JÚNIOR, O. A. (2007). *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin. p. 468.

BATISTA JÚNIOR, O. A; CAMPOS, S. (2014). *Administração Pública consensual na modernidade líquida*. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, jan. Versão digital. p. 37. Recuperado de <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98989>>.

BINENBOJM, G. (2016). *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações políticojurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum. Versão digital. pp. 83-84.

CUNHA, P. C. M. (2017). *As atividades comunicadas e o controle do exercício das liberdades*. In.: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. Versão digital. p. 611.

DALLARI, A. A. (2005). *Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública*. In.: *Revista de informação legislativa*, v. 42, n. 165. Jan./mar. Versão digital. p. 15. Recuperado de <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185>>.

DALLARI, A. A. (2004). *Privatização, eficiência e responsabilidade*. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, ano 8, v. 10, p. 6-7. Recuperado de <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/394/261>>.

ENTERRIA, E. G; FERNANDEZ, T. R. (2014). *Curso de Direito*

Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 2011.

FALEIROS JÚNIOR, J. L. M. (2017). *A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais*. Revista Digital De Direito Administrativo, V. 4, n. 2. p. 79. Versão digital. Recuperado de <<https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v4i2p69-90>>.

GARCIA, E; ALVES, R. P. (2011). *Improbidade administrativa*. 6. ed. rev., ampl., e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 886-887.

IVEC, M; BRAITHWAITE, V. (2015). *Applications of Responsive Regulatory Theory in Australia and Overseas: Update*. Canberra: Regulatory Institutions Network, Australian National University, p. 9.

MARQUES NETO, F, A; CYMBALISTA, T. M. (2011). *Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 27, agosto/setembro/outubro. Versão digital. p. 10. Recuperado de <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=597>>.

MARRARA, T. (2017). *Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados*. Revista Digital De Direito Administrativo, vol. 4, nº 1, p. 274-293. Versão digital. p. 282-284. Recuperado de <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/125810/122719>>.

MOREIRA NETO, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. Versão digital. Não paginada. Tópico 119.4.

MOREIRA NETO, D. F. (2008). *Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008.

Versão digital. p. 02. Recuperado de <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=264>>.

MTPA. *Projeção de Demanda da Aviação Civil 2017-2037*. Set/2017. Versão digital. p. 18. Recuperado de <<http://www.transportes.gov.br/images/AEROPORTOS/ProjDemandaPress.pdf>>.

NEVES, C. B; FERREIRA F; M. S. (2018). *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 63-84,

- abr./jun. Versão digital. p. 79. Recuperado de
<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>.
- PALMA, Juliana Bonacorsi. *Acordos Substitutivos Dão Mais Eficácia ao Direito da Concorrência*. In.: Direito da Regulação e Políticas Públicas. Organizadores SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 230.
- PALMA, J. B. (2010). *Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 26 de fevereiro de 2010. Versão digital.
p. 99. Recuperado de <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011141226/pt-br.php>>.
- RIBEIRO, L. C. (2016). *O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 272, pp. 209-249.
p. 237. Recuperado de
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64303>>.
- SADDY, A; GRECO, R. A. (2015). *Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios*. In: Revista de Informação Legislativa, ano 52, nº 206, abr./jun. 2015. p. 165-203. Versão digital. p. 198. Recuperado de
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/512455>>.
- SALOP, S. C. (2013). *Merger Settlement and Enforcement Policy for Optimal Deterrence and Maximum Welfare*. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 1147. Georgetown
Public Law and Legal Theory Research Paper nº 13-001. Versão digital. p. 06 e 10.
Recuperado de <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1147>>.
- SCATOLINO, G; TRINDADE, J. (2016). *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvm. p. 69.
- SUNDFELD, C. A; CÂMARA, J. A. (2011). *Acordos substitutivos nas sanções regulatórias*. Revista de Direito Público da Economia (RDPE), Belo Horizonte, ano 9, nº 34, abr./jun. Versão digital. Não paginado. Tópico 3. Recuperado de
<<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/36812>>.

TCU. RA: 01034820182, Relator: ANA ARRAES, Plenário, data de julgamento: 14/11/2018. TCU. REPR: 019.494/2014-9, Relator: Walton Alencar Rodrigues, Acórdão 2533/2017. Plenário, data de julgamento: 14/11/2017.

VORONOFF, A. (2018). *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum. Versão digital. pp. 104 e 106.

WILS, W. P. J. (2008). *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*. *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 31, n. 3. Revisado em 2013. p. 14. Recuperado de <
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1135627>.