



**Ref.:** Pesquisa e Inovação Acadêmica  
sobre Regulação Responsiva no  
Setor Aéreo Brasileiro

**Meta:** 10

**Estudo com a proposta, para a temática  
escolhida pela Diretoria Colegiada da ANAC,  
de modelagem regulatória baseada em  
mecanismos de incentivos**

**TEMA: Desenvolvimento de modelos de atuação da  
fiscalização compatíveis com a RR**

**ENFOQUE: Respostas responsivas a potenciais  
obstáculos jurídicos à regulação baseada em riscos  
na SPO**

**REDAÇÃO:**

Prof. Marcio Iorio Aranha  
Prof<sup>a</sup>. Ana Frazão  
Prof. Jorge Otávio Lavocat Galvão  
PhD(C) Angelo Gamba Prata de Carvalho  
PhD(C) Fernando Barbelli Feitosa  
PhD(C) Vânia Lúcia Ribeiro Vieira  
MSc(C) Gabriel Campos Soares da Fonseca  
MSc(C) Lívia Cristina dos Anjos Barros

**EQUIPE DE ACOMPANHAMENTO:**

Ana Frazão, Angelo Gamba Prata de Carvalho, Fernando Barbelli Feitosa, Gabriel Campos Soares da Fonseca, Jorge Otávio Lavocat Galvão, Lívia Cristina dos Anjos Barros, Marcio Nunes Iorio Aranha Oliveira, Othon de Azevedo Lopes e Vania Lucia Ribeiro Vieira.

Brasília, 20 de setembro de 2021.

# Sumário

Índice de Abreviaturas e Siglas .....	6
Introdução .....	9
1. Quais são os pontos de potencial sinergia entre a modelagem da SPO de regulação baseada em risco e a regulação responsiva? .....	13
1.1. Contextualização .....	13
1.1.1 Atribuições da ANAC e harmonização internacional .....	13
1.1.2 A SPO e o PSOE-ANAC.....	15
1.2 Aspectos relevantes da regulação do Sistema de Aviação Civil Brasileiro .....	23
1.3 Regulação baseada em risco e regulação responsiva.....	32
1.4 Pontos comuns de sinergia entre regulação baseada em risco e regulação responsiva .....	44
2. Quais são as recomendações de modelagem responsiva e argumentos jurídicos que sustentem o uso de medidas preventivas, tomando como exemplos as áreas RBAC 119, 121 e 135, independentemente da gravidade das infrações praticadas pelos regulados?.....	47
2.1 Arcabouço normativo material de segurança da aviação civil .....	48
2.2 Gravidade das infrações e medidas preventivas: parâmetros da resposta pública.....	53
2.3 Como a implementação de elementos de regulação responsiva podem aprimorar as estratégias de fiscalização baseada em risco das atividades sujeitas ao processo de certificação de operações aéreas e aeronavegabilidade continuada .....	55
3. Como justificar e dar maior robustez à priorização da atuação fiscalizatória-sancionatória da ANAC sobre regulados-sistemas com base em risco? .....	72
3.1. A priorização da atuação fiscalizatória-sancionatória já se encontra normativamente prevista no âmbito da ANAC	79
3.2. A priorização da atuação fiscalizatória-sancionatória do regulador constitui imperativo decorrente dos princípios da eficiência, proporcionalidade e razoabilidade que orientam a atuação da Administração Pública	97
3.2.1. Os órgãos de controle também adotam estratégia de fiscalização baseada em risco e trabalham sob a perspectiva da seletividade e priorização de riscos mais relevantes, prováveis e de impacto mais significativo.....	100
4. Como se deve implementar modelagem regulatória responsiva que viabilize o tratamento diferenciado de regulados que se encontram no mesmo patamar de risco quanto à atividade/complexidade/organização, inclusive quanto à adoção de frequências e intensidades de fiscalização diferentes, de consideração de perfis de risco (perfil	

organizacional, o risco do sistema/subsistema e o desempenho) e os critérios viabilizadores para atuação em casos pontuais e em casos sistêmicos? .....	109
4.1. Justificativa para tratamento diferenciado de regulados em condições de operação similares (atividade/complexidade/organização) .....	111
4.2. Intensidade da fiscalização conforme o perfil de risco verificado, considerando o perfil organizacional, risco do sistema/subsistema e desempenho .....	117
4.3. Critérios para atuação diferenciada em casos pontuais e sistêmicos .....	122
4.4. Uma proposta de modelagem responsiva .....	124
5. Qual é o desenho regulatório recomendado pela teoria da regulação responsiva que resulte em incentivos aos regulados para compartilharem com a ANAC informações relevantes para a segurança operacional, tendo em conta o temor em sofrerem sanções decorrentes de uma postura cooperativa?.....	132
5.1. A resolução ANAC 472/2018 .....	135
5.2. Aprimoramentos regulatórios e regulação responsiva .....	153
6. Como a regulação responsiva pode embasar a atuação do regulador em planejar a fiscalização regulatória não somente segundo respostas pontuais frente a deficiências identificadas pela fiscalização, mas mediante monitoramento da organização do regulado, de sua disposição em internalizar medidas de compliance e de seu desempenho regulatório?.....	163
7. Onde se deve posicionar a decisão sobre a ação responsiva? Em um desenho definido pela Diretoria da ANAC ou em discricionariedade do regulador? .....	172
7.1. A experiência jurídica do comando e controle .....	177
7.2. A integração das técnicas regulatórias responsivas: ferramentas escalonadas, pré-definidas, previsíveis e consistentes .....	181
7.3. Experiências da fiscalização responsiva.....	186
<b>7.3.1. Agência Nacional Transportes Aquaviários (ANTAQ) .....</b>	<b>188</b>
<b>7.3.2. Federal Aviation Administration - FAA/EUA .....</b>	<b>195</b>

# INDÍCE DE TABELAS

Tabela 1 - Doze pontos contidos na Diretriz sobre execução e inspeção .....	74
Tabela 2 - Dimensões e diretrizes regulatórias para a atuação da ANAC.....	80
Tabela 3 - Providências Administrativas ANAC na Fiscalização .....	93
Tabela 4 - Parâmetros de dosimetria do art. 36 da Resolução .....	146
Tabela 5 - Programa de Segurança Operacional Específico .....	168

# INDÍCE DE FIGURAS

Figura 1 - Ciclo de Fiscalização .....	20
Figura 2 - Pirâmide de Enforcement da ANAC .....	87
Figura 3 - Proposta de Pirâmide de Enforcement – Subperfil 1 Referencial – Operador Padrão .....	126
Figura 4 - Proposta de Pirâmide de Enforcement – Subperfil 2 Referencial – Operador Anticooperativo .....	127
Figura 5 - Proposta de Pirâmide – Subperfil 3 Referencial – Operador Virtuoso .....	129
Figura 6 - Fluxo processual do Aviso de Condição Irregular (ACI) .....	138
Figura 7 - Fluxo processual da Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI) .....	138
Figura 8 - Fluxo processual de aplicação de medida acautelatória com conformidade retomada a partir de medidas mitigadoras ou corretivas .....	141
Figura 9 - Fluxo processual do regular cumprimento de Termo de Cessação de Conduta (TCC) .....	142
Figura 10 - Fluxo processual de celebração do TCC, ante o posterior descumprimento .....	144
Figura 11- Fluxo processual do PAS que culmina em arquivamento .....	151
Figura 12 - Fluxo processual de PAS que culmina na aplicação de sanção(ões) .....	152
Figura 13 - Fluxo processual de PAS em que o autuado propôs requerimento de arbitramento sumário de sanção .....	152
Figura 14- Pirâmide de perfis dos regulados .....	157
Figura 15 - Pirâmide das estratégias regulatórias .....	161
Figura 16 - Fiscalização Baseda em Risco .....	166
Figura 17 - Frequência e intensidade fiscal conforme perfil de risco/ANTAQ .....	191
Figura 18 - Pirâmide de Padrão Fiscal conforme perfil de risco/ANTAQ .....	192
Figura 19 - Fluxo simplificado do processo de investigação e decisão da FAA .....	201
Figura 20 - Processo de tomada de decisão de ação de <i>compliance</i> .....	202

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACI	Aviso de Condição Irregular
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ASAP	<i>Aviation Safety Action Program</i>
ASRS	<i>Aviation Safety Reporting System</i>
AVEC	Sistema de Avaliação Eletrônica de Conformidade
AVSEC	<i>Aviation Security</i>
BACEN	Banco Central do Brasil
CA	<i>Compliance Action</i>
CADP	<i>Compliance Action Decision Process</i>
CBA	Código Brasileiro de Aeronáutica
CEF	Compêndio de Elementos de Fiscalização
CGU	Controladoria-Geral da União
COA	Certificado de Operador Aéreo
COAF	Conselho de Controle das Atividades Financeiras
COMAER	Comando da Aeronáutica
COSO	<i>Committee of Sponsoring Organizations</i>
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
EA	Especificações Operativas

FAA	<i>Federal Aviation Administration</i>
IIA	<i>Institute of Internal Auditors</i>
IN SFC	Instrução Normativa da Secretaria Federal de Controle Interno
INTOSAI	<i>International Organization of Supreme Audit Institutions</i>
IPR	Índice de Perfil de Risco
<i>IRM</i>	<i>Integrated risk management</i>
MACA	Manutenção Aeronáutica Clandestina
OACI	Organização de Aviação Civil Internacional
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
PAC	Plano de Ações Corretivas
PAP	Processo Administrativo Punitivo
PAS	Processo Administrativo Sancionador
PGA	Plano de Gestão Anual
PNAC	Política Nacional de Aviação Civil
PSAC	Provedores de Serviço de Aviação Civil
PSO	Superintendência de Padrões Operacionais
PSO-BR	Programa Brasileiro para a Segurança Operacional da Aviação Civil
PSOE-ANAC	Programa de Segurança Operacional Específico da ANAC
PSSO	Supervisão da Segurança Operacional
RASO	Relatórios Anual de Segurança Operacional
RBAC	Regulamentos Brasileiros de Aviação Civil
RCA	Análise de Causa Raiz

RIANAC	Regimento Interno da Agência Nacional de Aviação Civil
RMSO	Relatórios Mensal de Segurança Operacional
SARPS	<i>Standards and recommended practices</i>
SGSO	Sistemas de Gerenciamento da Segurança Operacional
SMP	Gestão de segurança operacional
SPO	Superintendência de Padrões Operacionais
SRCI	Solicitação de Reparação de Condição Irregular
SSP	Programa de Segurança Operacional do Estado
TACA	Transporte Clandestino de Passageiros
TCDS	<i>Type certificate data sheet</i>
UAIG	Unidade de Auditoria Interna Governamental
UnB	Universidade de Brasília
UORGs	Unidade da estrutura organizacional



## INTRODUÇÃO

Este estudo consiste na entrega da Meta 10 prevista no *Projeto de Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação Responsiva no Setor Aéreo Brasileiro* iniciado em 27 de outubro de 2020, aprovado mediante a assinatura do Termo de Execução Descentralizada ANAC/UnB nº 4948364/2020, cujo objeto é o de aprofundamento teórico da modelagem regulatória inovadora de caráter responsivo e sua viabilidade jurídica no setor aéreo brasileiro.

A Meta 10 corresponde a um estudo de caso de temática definida pela Diretoria da ANAC, que optou pelo estudo da sugestão proposta pela Superintendência de Padrões Operacionais (SPO): desenvolvimento de modelos de atuação da fiscalização compatíveis com a regulação responsiva.

O estudo poderia, portanto, tratar de desenho responsivo para atuação da SPO em geral, ou com enfoque em aspectos relevantes definidos pela área, alinhados à demanda real por soluções responsivas que gerassem sinergia com a remodelagem regulatória que vem sendo experimentada pela SPO, em especial em virtude do Projeto Prioritário PSOE.

Em oficinas realizadas nos dias 19 e 27 de abril de 2021, o Superintendente de Padrões Operacionais, João Souza Dias Garcia, e sua equipe, ressaltando-se apresentações estruturadas realizadas pelo próprio superintendente e pelos reguladores Mário José Dias e Herberth Guedes, expuseram os aspectos relevantes do Projeto Prioritário PSOE e foi definido o enfoque do estudo de caso voltado a identificar sinergias entre os projetos prioritários PSOE e de Regulação Responsiva. A área optou pelo estudo no formato de respostas responsivas a potenciais obstáculos jurídicos à regulação baseada em risco na SPO, partindo de premissas, a saber:

- (i) O objetivo central do estudo de caso proposto pela SPO foi o de contribuir com a ANAC para a integração entre o

Projeto Prioritário PSOE e o Projeto Prioritário Regulação Responsiva. Na atuação da ANAC, o planejamento, a execução e o acompanhamento da fiscalização ainda são feitos, muitas vezes, de forma pontual ou por localidade. Ainda existem dificuldades em implementar o gerenciamento de risco e a análise sistêmica das operações dos regulados;

(ii) O estudo de caso deve se concentrar na fiscalização, assim considerado o último macro processo do processo de regulação da ANAC;

(iii) O estudo de caso não deve buscar a remodelagem da nova estruturação proposta ou em vias de implementação, pela SPO, inspirada em regulação baseada em risco (*risk-based regulation*), mas a sinergia de soluções responsivas às dificuldades de aplicação da modelagem de segurança operacional;

(iv) O reforço do momento de planejamento fiscalizatório – e sua possibilidade jurídica – é um dos aspectos relevantes que evidencia, à primeira vista, potenciais benefícios decorrentes da integração de modelagem responsiva à modelagem baseada em risco, entendendo-se a regulação responsiva como segunda camada de atuação da SPO dirigida ao desenho estratégico de sua atuação, tendo a regulação baseada em risco como pressuposto.

Tendo em vista o enfoque em respostas responsivas a potenciais obstáculos jurídicos à regulação baseada em riscos na SPO, o presente estudo foi estruturado em capítulos destinados a responder sete questões-guia definidas nas reuniões com a equipe da SPO:

- (i) Quais são os pontos de potencial sinergia entre a modelagem da SPO de regulação baseada em risco e a regulação responsiva?
- (ii) Quais são as recomendações de modelagem responsiva e argumentos jurídicos que sustentem o uso de medidas preventivas, tomando como exemplos as áreas RBAC 119, 121 e 135, independentemente da gravidade das infrações praticadas pelos regulados?
- (iii) Como justificar e dar maior robustez à priorização da atuação fiscalizatória/sancionatória da ANAC sobre regulados/sistemas com base em risco?
- (iv) Como se deve implementar modelagem regulatória responsiva que viabilize o tratamento diferenciado de regulados que se encontram no mesmo patamar de risco quanto à atividade/complexidade/organização, inclusive quanto à adoção de frequências e intensidades de fiscalização diferentes, de consideração de perfis de risco (perfil organizacional, o risco do sistema/subsistema e o desempenho) e os critérios viabilizadores para atuação em casos pontuais e em casos sistêmicos?
- (v) Qual é o desenho regulatório recomendado pela teoria da regulação responsiva que resulte em incentivos aos regulados para compartilharem com a ANAC informações relevantes para a segurança operacional, tendo em conta o temor em sofrerem sanções decorrentes de uma postura cooperativa?
- (vi) Como a regulação responsiva pode embasar a atuação do regulador em planejar a fiscalização regulatória não

somente segundo respostas pontuais frente a deficiências identificadas pela fiscalização, mas mediante monitoramento da organização do regulado, de sua disposição em internalizar medidas de compliance e de seu desempenho regulatório?

(vii) Onde se deve posicionar a decisão sobre a ação responsiva? Em um desenho definido pela Diretoria da ANAC ou em discricionariedade do regulador?

# 1. QUAIS SÃO OS PONTOS DE POTENCIAL SINERGIA ENTRE A MODELAGEM DA SPO DE REGULAÇÃO BASEADA EM RISCO E A REGULAÇÃO RESPONSIVA?

## 1.1. Contextualização

### 1.1.1 Atribuições da ANAC e harmonização internacional

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) tem por atribuições a regulação e a fiscalização das atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, tendo, portanto, como sujeitos regulados proprietários ou navegadores, oficinas de manutenção e fabricantes de aeronaves; responsáveis e operadores de aeródromos; profissionais da aviação civil; e empresas de serviços aéreos públicos e de formação e qualificação de pessoas para atuação no setor.

Nesse sentido, a atuação regulatória da ANAC é classificada pela própria Agência sob dois aspectos: a natureza da regulação e o tipo de atividade. A natureza da regulação do transporte aéreo é dividida em quatro temáticas: *safety* (segurança operacional); *security* (segurança contra atos de interferência ilícita - AVSEC); regulação econômica de aeroportos; e acompanhamento do mercado de transporte aéreo. Os dois primeiros temas são comumente denominados regulação técnica, ao passo que os dois últimos, regulação econômica. Já a atuação da ANAC conforme o tipo da atividade regulatória exercida é classificada em três tipos: regulamentação, certificação e outorga, e fiscalização, conforme Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017.

A regulação técnica ocupa papel de destaque na Agência e visa, principalmente, à garantia da segurança aos passageiros e usuários da Aviação Civil, por meio de regulamentos que tratam da certificação e fiscalização da indústria. Ela decorre da necessidade de que as operações aéreas cumpram rígidos requisitos internacionais de segurança e de treinamento de mão de obra.

A regulação técnica da ANAC é caracterizada por um intenso processo de harmonização internacional, baseada nos SARPs (*standards and recommended practices*) da Organização de Aviação Civil Internacional (OACI), organismo multilateral pertencente ao sistema da Organização das Nações Unidas (ONU). Esses SARPs são definidos a partir de intensas discussões técnicas entre os representantes dos países membros da OACI e, quando implementados, devem ser seguidos pelos órgãos reguladores nacionais – salvo quando as diferenças regulatórias são justificadas pelos países. A OACI realiza, inclusive, programas de auditoria nos países membros para avaliar o nível de aderência de cada país aos SARPs ao longo do tempo.

Cabe ressaltar que, além da aderência normativa, os auditores da OACI também avaliam os processos internos de certificação e fiscalização dos operadores, de capacitação do quadro de pessoal do órgão regulador e gestão de risco sistêmico do setor aéreo. Nesse contexto, são avaliados os processos de planejamento e de gestão de risco na fiscalização, além dos mecanismos disponíveis de retorno à situação de conformidade.

Em 2013, a OACI consolidou as normas e práticas recomendadas (SARPs) relacionados ao gerenciamento da segurança operacional em um único documento, o Anexo 19. A publicação de tal Anexo resultou em um esforço global para a implantação, que ainda se encontra em curso, de formas mais integradas de tratamento dos riscos na aviação por meio do Programa de Segurança Operacional do Estado (SSP).

Desse modo, visando a dar cumprimento às normas e diretrizes internacionais que dispõe sobre a segurança operacional da aviação civil, a ANAC incorporou uma abordagem fundamentada em dados e orientada ao gerenciamento de riscos e, revisando o PSOE-ANAC, lançou o Plano de Supervisão da Segurança Operacional 2019, o PSSO, o qual, possui caráter cíclico e estratégico e visa à melhoria contínua de segurança operacional da aviação civil.

### 1.1.2 A SPO e o PSOE-ANAC

O PSSO contém objetivos, metas, indicadores e iniciativas que devem guiar a atuação da ANAC e apresenta, de forma não exaustiva, as ações a serem adotadas em face de determinados perfis de riscos, traçados com base em lições internacionalmente aprendidas, sobretudo, a partir da análise de ocorrências aeronáuticas. Com isso, os esforços de supervisão e fiscalização da Agência para garantir a segurança operacional devem ser direcionados e priorizados por meio da coleta e análise de dados e informações sobre a estruturação dos processos de gestão de riscos dos regulados.

Note-se que, embora o PSSO prescreva as áreas prioritárias de segurança operacional sobre as quais a atuação do órgão regulador deve se concentrar<sup>1</sup>, o próprio Plano reconhece a importância de que a atuação da ANAC seja responsiva ao ambiente regulatório e às necessidades específicas de conformação de seus regulados:

“a análise de segurança operacional é um processo em constante evolução, que deve refletir as mudanças no desempenho das pessoas e das organizações, dos segmentos e do sistema de aviação como um todo, bem como considerar os perfis de risco associados, que são dinâmicos por natureza. Para acompanhar esse ambiente intrinsecamente complexo, é esperado da ANAC um monitoramento contínuo dos objetivos, metas, indicadores e iniciativas aqui apresentados.

Por fim, também são previstas análises críticas dos resultados alcançados por esse plano. A combinação do monitoramento contínuo com as análises críticas permite um acompanhamento contínuo da efetividade das iniciativas estabelecidas e proposição de eventuais ajustes, bem como alimenta o desenvolvimento dos

---

<sup>1</sup> São três as categorias de alto risco identificadas pelo *Global Aviation Safety Plan* (GASP), responsáveis por mais de 60% de todas as fatalidades no mundo – eventos na pista de pouso e decolagem e seus arredores, Voo Controlado Contra o Terreno (CFIT, Controlled Flight Into Terrain), e Perda de Controle em Voo (LOC-I, Loss of Control in Flight) e cinco as categorias de eventos de mais alto risco identificadas no Plano de Segurança Operacional para a Aviação Civil Brasileira 2019-2022: Falha de motor em Voo (SCF-PP); Perda de Controle em Solo (LOC-G); Perda de Controle em Voo (LOC-I); Excursão de Pista (RE); Colisão com Obstáculos Durante a Decolagem e Pouso (CTOL). Todas devem obrigatoriamente ser objeto de acompanhamento e esforços dedicados por parte da ANAC.

planejamentos estratégicos seguintes visando a melhoria contínua do sistema de aviação civil.”<sup>2</sup>

Com efeito, o art. 2º do PSOE, ao estabelecer os princípios orientadores da atuação regulatória da ANAC sobre o tema da segurança operacional da aviação civil, confere especial relevo para a importância de que a supervisão e fiscalização da Agência sejam adequadas à realidade brasileira e voltadas à implantação de um Sistema de Gerenciamento da Segurança Operacional (SGSO) por parte dos regulados, o qual permita à ANAC monitorar e mensurar o desempenho do operador em gerir os riscos presentes na atividade:

Art. 2º Este PSOE-ANAC deve orientar a atuação da ANAC sobre a segurança operacional da aviação civil sob sua jurisdição, no âmbito de suas competências, no sentido de:

I. assegurar que o Estado brasileiro possua um sistema de supervisão da segurança operacional adequado ao contexto da indústria da aviação civil brasileira, observadas as competências da Agência;

II. apoiar a atuação coordenada entre a ANAC e COMAER, em suas respectivas funções de gerenciamento de riscos e de melhoria contínua da segurança operacional da aviação civil;

III. incorporar à regulamentação da indústria da aviação civil requisitos que permitam a avaliação do desempenho da segurança operacional;

IV. desenvolver, implantar e executar o monitoramento e a mensuração do desempenho de segurança operacional da indústria da aviação civil brasileira;

V. apoiar o desenvolvimento, a operacionalização e a melhoria contínua dos Sistemas de Gerenciamento da Segurança Operacional (SGSO) dos

Provedores de Serviço de Aviação Civil (PSAC), bem como assegurar sua interação com os sistemas da Agência; e

---

<sup>2</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. Portaria nº 1.779, de 10 de junho de 2019. **Plano de Supervisão da Segurança operacional 2019, PSSO**. p. 3. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/boletim-de-pessoal/2019/23s1/anexo-i-pss0-plano-de-supervisao-da-seguranca-operacional-2019/view>. Acesso em: 07 de set. 2021.



VI. orientar a atuação dos colaboradores da ANAC no que tange ao planejamento, desenvolvimento, operacionalização, manutenção, monitoramento, revisão e melhoria contínua do PSOE-ANAC nos seus aspectos internos e interfaces com os SGSO implementados nos PSAC.

Nesse contexto, é atribuída à Superintendência de Padrões Operacionais (SPO), nos termos do Regimento Interno da ANAC (Resolução nº 381, de 14 de junho de 2016), a competência para adotar as ações regulatórias relacionadas à certificação e fiscalização, no âmbito operacional, de operadores aéreos, de operações aéreas, de transporte de artigos perigosos, de organizações de manutenção e de fatores humanos relacionados às operações aéreas, conforme previsto no art. 34, do Anexo I do RIANAC.

Além disso, a Agência conta com o Comitê de Segurança Operacional, vinculado à Diretoria Colegiada, cujo objetivo é coordenar a elaboração de diagnósticos, estratégias, planos, metas, processos transversais e indicadores finalísticos relacionados à segurança operacional da aviação civil, bem como as ações de implementação do Programa de Segurança Operacional Específico da ANAC (PSOE-ANAC). Esse Comitê é composto pelos Diretores e Titulares das superintendências finalísticas e de Planejamento Institucional, e das Assessorias Internacional e de Segurança Operacional.

A Superintendência de Padrões Operacionais tem envidado esforços no sentido de transformar o planejamento, a execução e o acompanhamento da fiscalização, partindo do diagnóstico da perda de eficiência em serem implementados, muitas vezes, de forma pontual ou por localidade. Ainda persistem dificuldades em se implementar o gerenciamento de risco e a análise sistêmica das operações dos regulados, o que aponta para a importância de serem pesquisados a possibilidade e eventuais benefícios da integração do Programa de Segurança Operacional Específico da ANAC (PSOE-ANAC) com propostas advindas da regulação responsiva.

Tanto a FAA como a OACI sugerem a organização das áreas de fiscalização de forma a tornar possível a aplicação do gerenciamento de risco em todas as etapas da fiscalização (planejamento, execução, análise, avaliação, ação e acompanhamento). As recomendações da teoria da regulação responsiva podem ajudar a tornar eficaz a adoção de ações baseadas em risco.<sup>3</sup>

Esse diagnóstico confirma uma percepção mais abrangente de que a atuação da ANAC tem se concentrado na postura reativa à identificação pontual de desconformidades às regras, com pouca repercussão sobre a atuação regular do regulado, em grande parte explicado pela dificuldade institucional em se aplicar um modelo mais flexível que leve em conta o comportamento global do regulado e seu padrão de atuação como um todo,<sup>4</sup> capaz de tornar exequíveis os gatilhos previstos no PSOE-ANAC, *e.g.*, de atuação fiscalizatória distinta – ou mesmo inação – em circunstâncias aparentemente semelhantes, de incentivo à identificação/correção proativa de problemas por parte dos regulados, ou mesmo de incentivos às empresas para cooperarem com a ANAC no compartilhamento de informações em ambiente propício à convergência de comportamentos francos.<sup>5</sup> Há uma percepção recorrente de que travas normativas e processuais têm impedido ou desincentivado a plena implementação das medidas previstas no PSOE-ANAC.

O PSOE-ANAC (Programa de Segurança Operacional Específico da ANAC) está inserido no Programa Brasileiro para a Segurança Operacional da Aviação Civil (PSO-BR), e foi precisamente o objeto do Projeto Prioritário 6 (Objetivos e Metas do Programa de Implementação do PSOE-ANAC), cujo

---

<sup>3</sup> Contribuição do Servidor da ANAC Herberth Carvalho à Primeira Oficina do Projeto de Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação Responsiva no Setor Aéreo Brasileiro, de 17 de novembro de 2020.

<sup>4</sup> Contribuição da Servidora da ANAC Laís Alencar à Primeira Oficina do Projeto de Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação Responsiva no Setor Aéreo Brasileiro, de 17 de novembro de 2020.

<sup>5</sup> Contribuição do Superintendente de Padrões Operacionais, João Souza Dias Garcia, à Quarta Oficina do Projeto de Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação Responsiva no Setor Aéreo Brasileiro, de 3 de fevereiro de 2021.

principal produto foi o Plano de Supervisão da Segurança Operacional 2019 (PSSO), para melhoria contínua de segurança operacional da aviação civil brasileira a partir da identificação das áreas de atuação prioritárias da Agência para os próximos anos. O projeto prioritário desenhou os perfis de risco dos setores da aviação nacional para identificação e priorização das questões de segurança operacional.

Nesse sentido, o PSOE-ANAC busca, atualmente, segundo os documentos apresentados pela equipe da SPO aos pesquisadores da UnB, a implantação de um modelo de fiscalização cujo planejamento seja orientado pelos riscos inerentes à atividade regulada e seus efeitos para a segurança operacional da aviação civil, mas, principalmente, pelos riscos relacionados ao perfil do regulado, e cuja execução tenha por foco, além da avaliação da conformidade em si do operador no cumprimento das obrigações regulatórias, também a verificação de sua política e processo de gestão de riscos.

A fim de implantar tal modelo de fiscalização baseada em risco, que não mais se concentre exclusivamente nas tradicionais inspeções pontuais, a SPO tem buscado valer-se de estratégia de inteligência analítica que permita, por meio do uso de dados, informações e conhecimento<sup>6</sup>, traçar *scores* de risco para cada regulado, os quais tomem como parâmetros não apenas os riscos relacionados à segurança operacional em si – construídos com base em fatores gerais como natureza, complexidade, grau de inovação e impacto de eventual inobservância das regras ao bem jurídico regulado – mas, também, o perfil de risco específico de cada operador – concentrando-se, nesse caso, na estrutura da organização e em seu histórico de conformidade com os requisitos e obrigações de segurança.

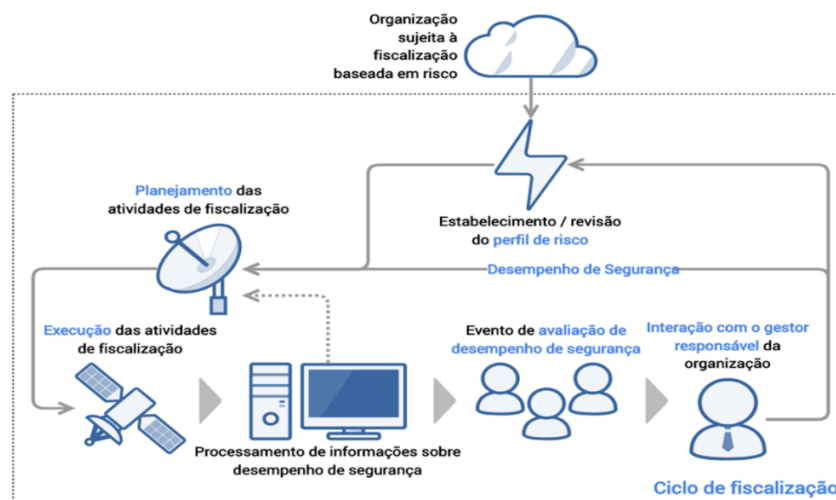
---

<sup>6</sup> Conforme conceitos padronizados pelo Guia PSOE-ANAC & SGSO/SAR (p.25) “Dados são elementos obtidos ainda em sua forma “bruta”, ou seja não trabalhados; Informação: chamamos de informação os dados já trabalhados, isto é, catalogados, organizados, analisados e dispostos de uma forma estruturada que permite uma melhor visualização de todo o contexto; e Conhecimento: chamamos de conhecimento quando tiramos proveito das informações para alcançar os objetivos planejados, ou seja, quando usamos as informações a nosso favor”.

Para tanto, visando adotar critérios palpáveis de perfis de risco, que funcionem como verdadeiros parâmetros para o tratamento diferenciado dos regulados, a SPO deseja implementar um desenho de *fiscalização baseada em risco* em que as atividades de supervisão e controle – seu planejamento, priorização, frequência e intensidade, respondam também ao perfil organizacional e à atuação e desempenho dos operadores na gestão dos riscos envolvidos na segurança operacional aérea, mas têm enfrentado dificuldades para fundamentar juridicamente com robustez essa decisão de conferir tratamento diferenciado aos regulados, conforme o nível de risco que apresentam.<sup>7</sup>

Importante destacar que em seu “Modelo conceitual de Fiscalização Baseada em Risco”, a SPO não contempla, ao menos não expressamente, nos termos da figura abaixo, elementos da teoria responsiva como diretrizes que possam orientar o planejamento e a execução das ações, as quais poderiam ser úteis também na superação das conhecidas limitações da abordagem baseada em risco, consoante demonstrar-se-á em tópico específico deste Relatório.

Figura 1 - Ciclo de Fiscalização



Fonte: PSOE - Fiscalização baseada em Risco - Projeto 1 - Gerenciamento de Riscos, p. 3.

<sup>7</sup> Contribuição do Servidor da ANAC Mário José Dias à Quarta Oficina do Projeto de Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação Responsiva no Setor Aéreo Brasileiro, de 3 de fevereiro de 2021.

Nada obstante, a Portaria ANAC nº 3.092, de 6 de setembro de 2017, a qual estabelece as Diretrizes para a Qualidade Regulatória da Agência<sup>8</sup>, prevê, entre as seis diretrizes fixadas, desdobradas em objetivos específicos e mais de quarenta estratégias, uma série de orientações de caráter indubitavelmente responsivo<sup>9</sup>.

Logo em seguida, tal movimento em direção à implantação de um modelo de regulação responsiva no âmbito da ANAC foi coroado pelo Projeto Prioritário Enforcement, desenvolvido ao longo de 2018 e que teve a edição da Resolução nº 472/2018 como principal resultado. Tal norma, como se sabe, estabeleceu, de forma inovadora, a possibilidade de cooperação entre regulador e regulado ao expressamente regulamentar a adoção de providências preventivas como alternativa à abertura de processo sancionador quando constatada infração, visando ao retorno ao cumprimento normativo de forma célere e eficaz.

Portanto, se em algum momento houve dúvidas no âmbito da ANAC acerca da possibilidade de se implantar um um modelo de regulação responsiva em setores em que a regulação técnica prevalece, como é o caso da segurança operacional da aviação civil<sup>10</sup>, atualmente não parece haver mais espaço para esse

---

<sup>8</sup> BRASIL, Agência Nacional de Aviação Civil. Anexo da Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017. **Diretrizes para a qualidade regulatória**. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/boletim-de-pessoal/2017/41-1/anexo-i-diretrizes-para-a-qualidade-regulatoria-da-anac>. Acesso em: 05 set. 2021.

<sup>9</sup> Como exemplo, cite-se as estratégias de desenvolvimento de mecanismos de planejamento em todos os tipos de atividade regulatória que estimulem o adequado e consciente comportamento dos entes regulados do setor, a fim de promover a segurança das operações e a qualidade do serviço prestado à sociedade; o estabelecimento de instrumentos de ação regulatória que sejam coerentes com o grau de intervenção necessária, que não gerem empecilhos à evolução tecnológica do setor e que, respeitados os limites aceitáveis de risco, considerem as peculiaridades dos diversos entes regulados e minimizem as distorções concorrenciais; a garantia de que a modelagem de intervenção nos diferentes tipos de atividade regulatória, aplicados aos diversos segmentos do setor, sejam proporcionais à exposição do risco gerado à sociedade, ao comportamento histórico do segmento e à condição econômica do ente regulado; a aplicação de medidas de natureza preventiva, sancionatória e cautelar que visem manter a segurança das operações e a qualidade do serviço prestado à sociedade; a realização do acompanhamento e orientação aos entes regulados que demonstrarem comprometimento com a solução das suas deficiências.

<sup>10</sup> Note-se que, no documento em que apresenta as Diretrizes para a Qualidade Regulatória da ANAC (Anexo da Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017) a Agência reconhece que: “observe-se que todos esses macroprocessos partem da concepção original da atuação de um órgão

debate, visto que a Agência, a partir de seus recentes esforços para adequar sua atuação às mais modernas concepções acerca da teoria da regulação responsiva e da abordagem baseada em risco, já figura, inclusive, como referência entre as agências reguladoras brasileiras nesse processo.

Desse modo, visando a garantir a sintonia entre o modelo de fiscalização baseada em risco já em fase de implementação e os preceitos da teoria da regulação responsiva - normativamente já adotada pela ANAC, a SPO apresentou à equipe de pesquisadores da UnB as seguintes sugestões de “campos” em que a regulação responsiva poderia ser “explorada no âmbito da fiscalização: estabelecimento de ambiente no qual incentivos conduzam os regulados ao cumprimento dos regulamentos e a um comportamento com gestão de risco, a compartilhar com a ANAC informações relevantes para a segurança operacional e à tomada de ações por parte da ANAC para mitigar riscos; estabelecimento de ferramentas de atuação para a ANAC agir em decorrência das observações e deficiências identificadas pela fiscalização e outros monitoramentos dos regulados visando aumento da efetividade dos regulamentos e redução dos riscos de segurança do mercado; e estabelecimento de normativos que permitam atuar com uma fiscalização baseada em risco, garantindo segurança de atuação a gestores e servidores em geral.

Além das propostas acima, a SPO também apontou os seguintes exemplos de sua atuação, que poderiam ser considerados como responsivos e que seriam adotados há anos no âmbito da Superintendência: inspeção de RAMPA, em que diferentes tipos de ações são tomadas a depender do tipo de problema

---

regulador, baseada no clássico instituto do comando e controle (ou exercício do poder de polícia pelo Estado). Entretanto, correntes teóricas mais modernas na literatura sobre regulação mostram que existem outras ferramentas que podem ser adotadas pelos entes reguladores a fim de garantir o objetivo final de prover à sociedade o serviço público com as melhores quantidade, variedade, qualidade e segurança possíveis, com preços acessíveis. Como exemplos, pode-se mencionar a regulação por incentivos – muito presente na regulação econômica –, a gestão de riscos, a regulação baseada em performance – estas duas últimas mais presentes na regulação técnica – e, por fim, as ações de comunicação destinadas a sensibilizar os regulados acerca da importância de seguir as melhores práticas e condutas.

encontrado (desde comunicação até impedimento da decolagem da aeronave); fiscalizações em operadores aéreos certificados em que se detectam não-conformidades e, com isso, adota-se Plano de Ações Corretivas, o qual, dependendo do nível de deficiência encontrado, é tratado junto à alta gestão do regulado, sendo que alguns casos resultam em autuação e outros, mais graves, podem acarretar até a suspensão das operações do regulado.

Tudo isso demonstra o quão relevante e oportuno se mostra o presente estudo de caso. Espera-se que, a partir dele, este Projeto de Pesquisa possa decisivamente contribuir para que a ANAC avance mais e de forma mais rápida na modernização de seu modelo regulatório, implementando, especialmente, nova estratégia de fiscalização, cuja abordagem seja baseada em risco, mas planejada e executada à luz da teoria da regulação responsiva, nos termos propostos neste Relatório.

## 1.2 Aspectos relevantes da regulação do Sistema de Aviação Civil Brasileiro

O Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, orienta o tratamento da infraestrutura aeronáutica por sistemas, enquanto *conjunto de órgãos e elementos relacionados entre si por finalidade específica, ou por interesse de coordenação, orientação técnica e normativa, não implicando em subordinação hierárquica* (art. 25, § 2º do CBA). Citado, *en passant*, pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, de criação da ANAC, o Sistema de Aviação Civil, por sua vez, somente adquire o *status* de instituição jurídica de primeiro nível quando da aprovação, pelo Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009, da Política Nacional de Aviação Civil (PNAC). O principal propósito da PNAC é o de *assegurar à sociedade brasileira o desenvolvimento de sistema de aviação civil* qualificado (Anexo do Decreto 6.780/2009).

O gerenciamento compartilhado do Sistema de Aviação Civil entre a ANAC e o COMAER está alinhado, nos níveis estratégico, tático e operacional, segundo parâmetros de desempenho associados, respectivamente, ao risco do sistema, ao risco do setor e ao risco do provedor.<sup>11</sup>

Importante destacar que, em 2020, a ANAC, no âmbito de um processo que contou com a ampla participação de seu corpo técnico, aprovou<sup>12</sup> seu novo Plano Estratégico para o período de 2020-2026, estabelecendo como sua identidade estratégica<sup>13</sup> a missão de garantir a segurança e a excelência da aviação civil, a visão de ser referência na promoção da segurança e no desenvolvimento da aviação civil e, entre seus valores, a segurança como propósito, o que evidencia a centralidade do tema da segurança operacional na razão de existir e na atuação da Agência.

No referido processo, a ANAC mapeou os 10 macroprocessos que consubstanciam suas principais atividades e entregas à sociedade, sendo que o primeiro macropocesso elencado entre suas competências é o de zelar pelo cumprimento dos regulamentos e normas de segurança, o qual foi definido como o conjunto de processos relacionados à garantia da conformidade de produtos, empresas, processos, serviços ou pessoas que atuam, de forma lícita ou ilícita dentro do Sistema de Aviação Civil, em relação ao cumprimento das normas e regulamentos, e a respectiva ação da Agência em caso de não conformidade.

---

<sup>11</sup> BRASIL, Agência Nacional de Aviação Civil. Portaria n° 1.779, de 10 de junho de 2019. **Plano de Supervisão da Segurança Operacional 2019 (PSSO-ANAC)**. p. 6. Disponível: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/boletim-de-pessoal/2019/23s1/anexo-i-pssop-lano-de-supervisao-da-seguranca-operacional-2019/view>. Acesso em: 06 de set. 2021

<sup>12</sup> BRASIL, Agência Nacional de Aviação Civil. Portaria ANAC n° 46/2020. **Plano Estratégico 2020-2026**. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/boletim-de-pessoal/2020/2/anexo-i-plano-estrategico-2020-2026/view>. Acesso em: 06 de set. 2021.

<sup>13</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Relatório de Gestão e Atividades da ANAC de 2020**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-arquivos/RelatriodeGestoeAtividades2020.pdf>. Acesso em: 06 set. 2021.



Também no âmbito do novo Plano Estratégico aprovado, a ANAC definiu os 13 (treze) objetivos que orientam a sua atuação, distribuídos agora sob cinco perspectivas: Sociedade; Regulados; Processos Internos; Aprendizado e Crescimento; e Recursos. Dentre essas, interessa à análise ora empreendida neste Relatório, os objetivos, relacionados aos Regulados, de desenvolver a cultura de cooperação e integração no setor (OE4), de garantir a regulação efetiva para a aviação civil, de forma a permitir a inovação e a competitividade do setor (OE5) e o de fortalecer a gestão de riscos no sistema de aviação civil e a cultura de segurança (OE6).

Para monitorar a implementação de tais objetivos, a ANAC estabeleceu, por meio da Portaria nº 1.070/2020, as seguintes metas e indicadores estratégicos para o período de 2020 a 2023: Nível de Percepção da Cooperação e Integração do Setor, Índice de Conflito entre Empresas Aéreas e Aeroportos, Índice de Participação na Ação Nacional; Índice de Maturidade da Qualidade Regulatória; Percentual de Execução da Agenda Regulatória, Tempo Médio de Processamento de Processos Administrativos Sancionadores; Índice de Manutenção dos Processos Administrativos Sancionadores; Percentual de Cumprimento das Metas do Plano de Supervisão da Segurança Operacional – PSSO, Nível de Percepção de Segurança Positiva, Índice de Conformidade dos Operadores de Aeródromo Aos Regulamentos de Security.

Além do Plano Estratégico, que possui um período de implementação mais alongado, a ANAC também elabora um plano de curto prazo: o Plano de Gestão Anual – PGA, o qual, para o ano de 2020, em seu Macroprocesso Fiscalização, previa as seguintes metas referentes ao Objetivo Estratégico 06 de Fortalecer a gestão de riscos no sistema de aviação civil e a cultura de segurança: executar 90% das atividades de vigilância continuada e ação fiscal programadas e cumprir as metas contempladas no Plano de Supervisão da Segurança Operacional – PSSO, tendo sido, no entanto, alcançados os percentuais de cumprimento de apenas, respectivamente, 76,4% e 76,9%. Note-se que, ao

reconhecer o não cumprimento de tais metas, a Agência justificou que as fiscalizações planejadas foram impactadas tanto pela restrição de locomoção, quanto pela redução das atividades do próprio setor causados pela pandemia<sup>14</sup>.

Registra-se que, anteriormente, os objetivos afetos ao Macroprocesso de Fiscalização, constantes do Plano Estratégico 2015-2019, eram: promover um ambiente favorável ao cumprimento consciente dos requisitos regulamentares e criar mecanismos efetivos de correção da conduta dos entes que colocarem em risco a qualidade e a segurança da aviação civil, o que, segundo o consignado no Relatório de Gestão e Atividades da ANAC de 2020, demonstrava a preocupação da Agência em incentivar a boa conduta dos entes regulados, por meio do desenvolvimento de redes colaborativas para troca de informações pertinentes, da promoção de atividades de fomento voltadas à capacitação e conscientização dos regulados e da sociedade, bem como da otimização dos processos de fiscalização.

Foi nesse contexto, rememora-se, que o Projeto Prioritário Enforcement foi desenvolvido, o qual revisou todo o marco regulatório de fiscalização da ANAC e produziu a Resolução ANAC nº 472/2018, estabelecendo a possibilidade de cooperação entre o regulador e o regulado, segundo a qual o regulador deve dispor de diversas medidas de fiscalização – desde as mais brandas até as mais rígidas – e utilizá-las de acordo com os históricos de comportamento do regulado, para incentivar de forma mais efetiva que os regulados se comprometam ainda mais com as normas e os padrões estabelecidos pela ANAC. A meta do Macroprocesso de Fiscalização, então estabelecida, era uma meta global de cumprimento de 80% das atividades de vigilância continuada e ação fiscal programadas.

---

<sup>14</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Relatório de Gestão e Atividades da ANAC de 2020**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-arquivos/RelatriodeGestoeAtividades2020.pdf>. Acesso em: 06 set. 2021.

Ressalte-se que a fiscalização da ANAC possui duas vertentes com âmbitos de atuação distintos: a Vigilância Continuada e a Ação Fiscal<sup>15</sup>. A vigilância continuada trata do conjunto de atividades de fiscalização voltadas ao acompanhamento do desempenho de profissional, produto, empresa, processo ou serviço certificado ou outorgado pela ANAC, objetivando verificar a manutenção do cumprimento aos requisitos e aos parâmetros previstos nos processos de certificação e outorga.

No âmbito da Vigilância Continuada, a ANAC fiscaliza, dentre outros, os requisitos de segurança operacional (aeronavegabilidade, padrões operacionais e infraestrutura aeroportuária), de segurança contra atos de interferência ilícita, o envio de indicadores de acompanhamento do mercado pelas empresas aéreas, a prestação de serviço aos passageiros e o cumprimento das cláusulas contidas nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária.

Já no âmbito da Ação Fiscal, as atividades têm como foco entes não certificados, autorizados ou outorgados, os quais irregularmente exerçam atividades reguladas pela ANAC. Tais fiscalizações têm como propósito coibir ilícitos na aviação civil, tais como o Transporte Clandestino de Passageiros (TACA) e a Manutenção Aeronáutica Clandestina (MACA).<sup>16</sup>

As atividades de fiscalização no âmbito da ANAC são desenvolvidas por meio da realização de Auditorias e Inspeções. Auditoria é um exame sistemático das atividades desenvolvidas em determinado ente regulado ou setor deste, que tem o objetivo de averiguar se tais atividades estão de acordo com as disposições planejadas ou estabelecidas previamente, se foram implementadas com eficácia e

---

<sup>15</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018. **Estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC.** Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2018/resolucao-no-472-06-06-2018/@@display-file/anexo\\_norma/RA2018-0472%20-%20Consolidado%20at%C3%A9%20RA2020-0566.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2018/resolucao-no-472-06-06-2018/@@display-file/anexo_norma/RA2018-0472%20-%20Consolidado%20at%C3%A9%20RA2020-0566.pdf). Acesso em: 06 de set. 2021.

<sup>16</sup> Conforme informações constantes do Relatório de Gestão e Atividades da ANAC de 2020.

se estão adequadas para o desenvolvimento das operações em um nível aceitável de segurança ou dentro dos padrões de qualidade estabelecidos.

Já a Inspeção é qualquer atividade cujo objetivo seja confirmar o atendimento de determinado requisito. Inspeções podem ocorrer dentro de um processo de Auditoria, quando o objetivo é concluir sobre as atividades desenvolvidas em determinado ente regulado ou setor deste, e podem também ser realizadas pontualmente visando à confirmação do atendimento de requisitos em uma operação específica. Inspeções podem ser realizadas externamente à ANAC ou internamente, por meio da análise de documentos ou registros que visam à verificação de atendimento de requisitos<sup>17</sup>.

Previsto no Programa de Segurança Operacional Específico (PSOE-ANAC) de 2015 (arts 77 e seguintes do Anexo à Resolução ANAC nº 352, de 10 de fevereiro de 2015), o Plano de Supervisão da Segurança Operacional 2019 (PSSO-ANAC) estabelece *diretrizes para a priorização das atividades de supervisão da segurança operacional* (art. 78, *caput*, do Anexo à Resolução ANAC nº 352, de 10 de fevereiro de 2015). Com isso, ele indica o caminho a ser seguido pelo regulador para alocação racional de recursos de fiscalização no âmbito do Sistema de Supervisão da Segurança Operacional (SSSO) a partir da análise das ocorrências aeronáuticas, considerando a dinâmica de desempenho das pessoas, das organizações, dos segmentos e do sistema de aviação como um todo, e os perfis de risco associados, via monitoramento contínuo de objetivos, metas, indicadores e iniciativas descritas no PSSO-ANAC.

A análise de risco é, portanto, instrumental à tomada de decisão estratégica, tática e operacional dos atores integrantes do Sistema de Aviação Civil Brasileiro, o que é reforçado pela instituição da Assessoria de Gerenciamento

---

<sup>17</sup> Conforme previsto nas Diretrizes para a Qualidade Regulatória da ANAC (Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017)

da Segurança Operacional, como órgão da ANAC responsável pela gestão do PSOE-ANAC na coordenação de ações transversais às áreas da Agência.

O sistema de aviação comporta subsistemas funcionalmente distintos, como é o caso do sistema de segurança operacional (*safety*) e de segurança contra atos de interferência ilícita (*security*). O risco é entendido, nesse contexto, como uma variável inerente a cada sistema funcional, enquanto a gestão de risco é compreendida como um dos pilares fundamentais da gestão do sistema de segurança operacional voltada à redução, em geral, do risco em um sistema. Dessa forma, o risco objeto de preocupação para o planejamento do sistema de aviação civil é próprio do sistema regulado, como característica inerente à atividade (*inherent risks*). Esse risco é objeto de análise na gestão integrada de risco (*integrated risk management – IRM*), enquanto abordagem holística qualitativa e quantitativa tanto dos riscos inerentes quanto da efetividade e do impacto de processos de gestão de risco. A finalidade da gestão integrada de risco é de prover *feedback* ao gerenciamento de risco específico de determinado sistema funcional para alcance do maior nível de performance do sistema.<sup>18</sup> Ela se encaixa, portanto, como medida de contribuição do regulador na detecção de deficiências nos processos de gestão de risco em operação nos regulados para sua melhoria.

O conceito de segurança operacional também internaliza o de risco ao significar a “condição em que riscos relativos às atividades de aviação, correlatos ou diretamente pertinentes à operação de uma aeronave, são reduzidos ou controlados em um nível aceitável”<sup>19</sup>. Assim, a noção de risco integra o sistema funcional de segurança operacional e o próprio conceito de segurança operacional.

O movimento atual da ANAC e, em especial, da SPO, em desenvolver uma fiscalização baseada em risco não se resume, por certo, a essa

---

<sup>18</sup> ICAO. *Safety Management Manual (SMM)*. 4ª ed., Montréal: International Civil Aviation Organization, 2018, p. v e 1-7.

<sup>19</sup> ICAO. *Safety Management Manual (SMM)*. 4ª ed., Montréal: International Civil Aviation Organization, 2018, p. 2-1.

interdependência entre o sistema de aviação civil, o sistema funcional de segurança operacional e o conceito de segurança operacional, mas vai além para informar o método de fiscalização regulatória com inteligência de planejamento apoiada em gestão integrada de risco para além de regras pontuais preocupadas com fatores técnicos, humanos e de cultura organizacional, em direção a programas de segurança operacional estatais (SSP) e sistemas de gestão de segurança operacional (SMP) que não se contentem com o enfoque na performance individual de segurança operacional, mas mirem no sistema de aviação como um todo ao, por exemplo, se construir uma matriz de avaliação de risco da segurança operacional que combine categorias de gravidade e de probabilidade de ocorrências na aviação correlatas a posturas distintas do regulador segundo a categoria de risco aceitável, tolerável ou intolerável.<sup>20</sup>

Essa apresentação dos níveis de risco ligados à gestão integrada de riscos impõe uma postura regulatória de **planejamento fiscalizatório** distante da experiência jurídica sancionatória predominante na administração pública brasileira de aplicação automática de medidas previstas em normas abstratas a casos de forma horizontal e desdiferenciada, que, segundo uma interpretação rasa da norma, levam à dificuldade de aplicação da gestão integrada de risco no setor, impedindo a aplicação de medidas previstas no PSOE-ANAC de garantia da segurança operacional apoiadas em monitoramento e medição do desempenho de supervisão da segurança operacional realizada pela ANAC e do desempenho da segurança operacional da aviação civil brasileira, bem como priorização das fiscalizações, recursos e esforços com base em riscos (art. 15, IV e V c/c art. 65, parágrafo único, I, II e IV do Anexo à Resolução ANAC 352/2015).

O PSOE-ANAC também prevê o acompanhamento da ANAC de evidências de processos internos aos entes regulados de identificação de deficiências em relação ao cumprimento dos requisitos de segurança operacional

---

<sup>20</sup> ICAO. *Safety Management Manual (SMM)*. 4ª ed., Montréal: International Civil Aviation Organization, 2018, p. 2.13 e 2-14.

e ocorrência de infrações ao CBA (art. 31, *caput* do Anexo à Resolução ANAC 352/2015), inclusive o acompanhamento da degradação das condições técnicas e financeiras dos regulados necessárias à garantia da segurança operacional (art. 27, *caput* do Anexo à Resolução ANAC 352/2015). Na mesma toada de medidas necessárias ao devido acompanhamento contínuo da segurança operacional, o PSOE-ANAC prevê que a ANAC deve desenvolver iniciativas, em colaboração com a indústria de aviação civil, para o compartilhamento de dados e informações de segurança operacional, garantidos o sigilo e a proteção dos dados pertinentes (arts. 74 e 75 do Anexo à Resolução ANAC 352/2015).

Nesse sentido, o Objetivo 4 do PSSO 2019 de aprimoramento da implementação do PSOE-ANAC contempla como iniciativa a implementação, na Agência, de um *modelo de fiscalização baseada em risco*.<sup>21</sup>

Para concretizá-lo, o Projeto 1 de Gerenciamento de Riscos do PSOE-ANAC apresenta o conceito da fiscalização baseada em risco que deverá ser internalizado pelas UORGs da ANAC que executam fiscalizações e detalha o *modelo* proposto. A fiscalização, definida como função que visa assegurar que indivíduos e organizações, que realizam atividades de aviação civil, cumpram os requisitos aplicáveis e os processos e procedimentos aprovados ou aceitos pela Agência, é concebida com o objetivo de verificar o cumprimento, pelos operadores, dos requisitos e procedimentos estabelecidos em seus manuais e programas de treinamento de forma a manter a condição de certificação ou outorga e estimular o aumento da segurança.

Observa-se, pois, que tais conceitos têm potencial de impactar, ao menos, as atividades das UORGs relacionadas com o planejamento da fiscalização, elaboração de procedimentos para a fiscalização (incluindo o

---

<sup>21</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. Portaria nº 1.779, de 10 de junho de 2019. **Plano de Supervisão da Segurança operacional 2019, PSSO**. p. 15. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/boletim-de-pessoal/2019/23s1/anexo-i-pss0-plano-de-supervisao-da-seguranca-operacional-2019/view>. Acesso em: 07 de set. 2021.

conteúdo de check-lists para os inspetores), análise dos resultados oriundos da fiscalização, monitoramento do desempenho de segurança operacional dos PSAC. Portanto, a internalização da fiscalização baseada em risco demandará das UORGs uma análise, e potencial revisão, de seus processos.

É importante destacar que tal documento não se aplica de maneira integral às atividades não cíclicas dentre elas, por exemplo, os processos de certificação de tipo e certificação suplementar de tipo, além de fiscalizações e vigilâncias pontuais. Ressalta-se, porém, que vários dos conceitos apresentados podem ser utilizados no aprimoramento da execução dessas atividades.

Note-se, nesse sentido, que a fiscalização deve promover o desenvolvimento de processos e procedimentos seguros e uma correção eficaz das deficiências, por parte dos PSACs, de forma que não voltem a ocorrer.

Com o objetivo de aprimorar a segurança operacional, entende-se como necessário que a Agência desenvolva um processo de fiscalização que seja baseado em risco e suportado por informações confiáveis. Ao se realizar a fiscalização com base em risco, a Agência busca alocar seus recursos e esforços de maneira a combater com mais efetividade os problemas que afetam negativamente o desempenho de segurança operacional, em acordo com o PSOE-ANAC e com as Diretrizes para a Qualidade Regulatória da ANAC.

### **1.3 Regulação baseada em risco e regulação responsiva**

Para que se possa compreender as sinergias entre a regulação baseada em risco e a regulação responsiva, é necessário evidenciar suas semelhanças, diferenças e ausências frente a certos parâmetros ou conceitos.

É sabido que abordagens baseadas em risco têm por característica preocuparem-se com a probabilidade e o impacto do não cumprimento de



obrigações regulatórias específicas, que podem ocasionar eventos adversos significativos.<sup>22</sup>

Para tanto, o regulador se vale de mecanismos capazes de antever e mapear previamente os riscos sistêmicos ou setoriais, associados à atividade regulada em si e ao setor como um todo, bem como os riscos individuais de não cumprimento das regras por parte de cada regulado, a fim de planejar e tomar decisões referentes à natureza e intensidade de sua ação de supervisão e fiscalização.

Ou seja, por reconhecer que não é possível ao Estado e à sociedade regular, supervisionar e fiscalizar todas as atividades desempenhadas pelo regulador para remover os riscos ou os fatores que contribuem para o não cumprimento das obrigações regulatórias, o modelo de regulação baseado em risco concentra seu foco naquelas cujos eventuais descumprimentos acarretam maiores danos potenciais ao bem social e juridicamente tutelado, como é o caso, em tela, da segurança operacional da aviação civil.

Assim, a adoção de uma abordagem baseada em risco implica a adoção de um processo de gestão de riscos, o qual abrange o reconhecimento da existência do(s) risco(s), a realização de uma avaliação do(s) risco(s) e o desenvolvimento de estratégias de gerenciamento e mitigação do(s) risco(s) identificado(s), as quais permitirão que o regulador faça escolhas informadas em seu planejamento fiscalizatório, priorizando seus esforços de controle sobre as atividades de maior risco ou relevância.

Se implementada de forma eficaz, tal estratégia pode garantir que a fiscalização regulatória ocorra de modo proporcional aos riscos, aumentando a eficiência e conferindo maior racionalidade e consistência à regulação ao desincumbir o regulador de adotar medidas de fiscalização em relação a todas as

---

<sup>22</sup> OECD. *Risk and Regulatory Policy: Improving the Governance of Risk*. Paris: OECD Publishing, 2010.

obrigações regulatórias e de tratar indistintamente, de maneira uniforme, todos os regulados.

A abordagem baseada em risco ganhou destaque e foi incentivada mundo afora nas últimas décadas não só como forma dos reguladores, ao definirem prioridades de supervisão e fiscalização, responderem aos excessos regulatórios dos legisladores, mas, principalmente, como estratégia de redução dos custos envolvidos na atuação das agências, os quais podem ser limitados e maximizados ao se compartilhar com as próprias entidades reguladas a responsabilidade pela gestão dos riscos, obrigando-as a realizar avaliações internas a fim de identificar, mensurar e gerenciar o risco de haver falhas ou inconformidades em sua atuação, processo esse, sim, regulado, monitorado e fiscalizado pelo regulador, criando-se um fluxo de informações relevantes que subsidiam e retroalimentam todo o processo regulatório.<sup>23</sup>

Não sem razão, a regulação baseada em risco é associada à estratégia de meta-regulação ou regulação baseada na gestão de processos<sup>24</sup>. Ambas andam de mãos dadas, pois precisam uma da outra para alcançarem um bom

---

<sup>23</sup> Black, Julia The emergence of risk-based regulation and the new public management in the United Kingdom. **Public Law**, 2005 (Autumn). p. 512-549. p.538.

<sup>24</sup> A meta-regulação ou regulação baseada na gestão de processos atribui ao regulador a responsabilidade por prescrever critérios e parâmetros a serem aplicados pelo regulado na condução de suas atividades, bem como por certificar a conformidade das práticas aos padrões estabelecidos, valendo-se de informações prestadas pelos próprios regulados, ou colhidas de ou por terceiros, para exercer seu poder regulatório de supervisão e fiscalização. A meta-regulação ou regulação baseada na gestão de processos pode se valer de diferentes instrumentos para conformar as práticas e processos das empresas, que vão desde a simples exigência de que as empresas publiquem relatórios que explicitem sua conformidade ou desconformidade com metas e padrões regulatórios estabelecidos, a fim de propiciar seu controle e fiscalização por terceiros, inclusive sob a perspectiva reputacional (modelo Pratique ou Explique); o estabelecimento de regras sofisticadas que exijam que empresas revisem amplamente os processos e técnicas de sua atividade; até regras que imponham a certificação ou aprovação externa dos seus processos pelo órgão regulador ou por uma entidade ou auditoria independente. A fixação de padrões específicos tende a funcionar melhor em contextos em que o regulador conhece bem o setor regulado e as ações necessárias para o alcance das metas regulatórias e em situações em que tais metas podem ser impostas universalmente a um conjunto de regulados (COGLIANESE, LAZER, 2003; COGLIANESE, NASH, 2017)

desempenho, já que o risco é mapeado e gerido pelo sistema de controle interno do regulado.

Ocorre que, para que a abordagem baseada em risco seja bem sucedida em seu propósito, a probabilidade de não cumprimento de uma determinada obrigação regulatória deve ser avaliada também com base na propensão ou postura de conformidade do regulado, seja por meio da análise de seu histórico de violação da regras, pela identificação de eventual dificuldade associada ao cumprimento da obrigação em questão ou pelo perfil do regulado de simples resistência ou disposição deliberada em descumprir a regra.

Nesse sentido, conforme ampla literatura, o sucesso da regulação, inclusive de sua atividade de supervisão e fiscalização está intrinsecamente ligado a sua capacidade de apresentar respostas variadas de acordo com o comportamento e motivações de conformidade do regulado, sendo que os reguladores que conseguiram ir além e ajustar suas estratégias regulatórias e de inspeção não só com base no histórico de conformidade do regulados, mas também com base em sua propensão a cumprir, criando categorizações para estruturar suas interações com eles, foram mais exitosos no desempenho de missão regulatória (por exemplo, Kagan & Scholz 1984; Kagan 1994; Scholz 1991; Ayres & Braithwaite 1992; Gunningham & Sinclair 2009; Parker e Neilsen 2011).

Abordagens baseadas em risco, por outro lado, podem encerrar certos paradoxos e resultar em uma série de desafios e dificuldades específicas quando implementadas de forma isolada, sem a sustentação de outras estratégias e técnicas regulatórias que possam atuar, de forma acoplada ou complementar à simples análise de risco, para responder à complexidade da atividade de conformação de múltiplos perfis de comportamento, sujeitos a diferentes incentivos.

Um dos principais paradoxos apontados é a falsa promessa encartada na abordagem baseada em risco de que os desafios e complexidades da regulação

podem ser totalmente racionalizados, ordenados, gerenciados e controlados e de que é possível prever e se antecipar ao um evento futuro por meio do controle de certas correlações de causa e efeito e de probabilidades. Embora a idéia seja tentadora, ela traz em si um risco inerente: diante da inevitável incapacidade de se prever e administrar todos os riscos, as estruturas institucionais podem acabar não sendo preparadas para lidar com sua própria e inevitável incapacidade de responder a todos os riscos.<sup>25</sup>

Além disso, como a abordagem baseada em risco também gera uma concentração de recursos nas prioridades selecionadas, os reguladores precisam ser claros e transparentes sobre quais riscos serão priorizados e quais não serão e sobre os motivos de sua decisão, o que aumenta a exposição pública, com consequências políticas, legais e práticas para o regulador. Podem surgir naturalmente, com a divulgação das áreas priorizadas, questionamentos quanto à possibilidade do tratamento diferenciado das empresas reguladas, consistência dos critérios utilizados, assim como quanto à ineficiência do regulador, que não estaria garantindo a adequada proteção aos consumidores e ao cidadãos em geral ao deixar de enfatizar algumas atividades quando prioriza outras, o que pode transmitir, se não adequadamente comunicada, a falsa impressão de que tal estratégia configuraria espécie de leniência do regulador.<sup>26</sup>

Outro problema que surge nesse tipo de regulação é resultado da tendência da agência reguladora de ganhar expertise em alguns tipos de risco e deixar de lado outros riscos. Ademais, estruturas de avaliação baseadas em risco direcionam sempre seu foco para os riscos mais elevados. Assim, quando os riscos mais baixos são numerosos e disseminados, a situação pode levar à acumulação

---

<sup>25</sup> Black, Julia. The emergence of risk-based regulation and the new public management in the United Kingdom. **Public Law**, 2005 (Autumn). pp. 512-549. p.532.

<sup>26</sup> BLACK, Julia; BALDWIN, Robert. Really Responsive Regulation. **Modern Law Review**, v. 71, n. 1, p. 59-94, 2008.

de eventos danosos e comprometer a legitimidade do regulador e confiança nele depositada.<sup>27</sup>

Há a possibilidade, também, de ocorrer certa desconexão entre a categorização baseada em risco de setores e atividades e o risco concreto que determinado perfil de regulado efetivamente representa – principalmente devido às conhecidas dificuldades de supervisionar os sistemas de gestão de risco dos regulados e levantar informações que permitam traçar adequados *scores* de risco do perfil “atitudinal” do regulado – o que pode comprometer as ações de planejamento fiscalizatório e a correspondente alocação de recursos.<sup>28</sup>

Como é sabido, é fundamental para o êxito de tal modelo que o regulador conheça muito bem o regulado e seu comportamento por meio do maior número possível de informações, o que faz com que a análise de dados e de evidências, bem como o uso de técnicas de inteligência analítica ganhem absoluta centralidade na definição dos critérios que nortearão a atuação seletiva do regulador e dos parâmetros utilizados para definir as prioridades e alocação dos recursos no planejamento e execução da fiscalização regulatória.

Nesse ponto, há divergência entre as modelagens de risco e responsiva, pois esta última, embora não despreze a importância de um regulador consciente, **o desonera do acompanhamento minucioso dos regulados em prol da galvanização do esforço de compliance do regulado incentivado pela atratividade das camadas de base da pirâmide regulatória e ameaça das camadas do topo dessa pirâmide, justamente por reconhecer a impossibilidade do regulador onipresente, onisciente e indiferente aos incentivos intrínsecos do regulado.**

---

<sup>27</sup> BLACK, Julia; BALDWIN, Robert. Really Responsive Regulation. *Modern Law Review*, v. 71, n. 1, p. 59-94, 2008.

<sup>28</sup> BLACK, Julia; BALDWIN, Robert. Really responsive risk-based regulation. *Law and Policy*, v. 32, n. 2, p 181- 213, 2010.

Ainda sob outro ângulo, as diferenças são acentuadas, pois, na maioria dos casos, os sistemas de pontuação de risco não atribuem peso significativo à atitude do regulado e sua disposição à conformidade, tampouco são capazes de capturar as razões pelas quais os regulados deixam de cumprir as normas, apesar de todas as pesquisas indicarem ser esse um ponto crucial para o sucesso de um modelo regulatório.

Adicionalmente, é importante lembrar que as avaliações de risco são frequentemente realizadas em contexto de incerteza e envolvem inafastavelmente certo grau de subjetividade por parte daqueles que as realizam, o que requer habilidades e conhecimentos específicos, capacitação e experiência dos responsáveis por tais avaliações.

Por esse motivo, a doutrina defende a importância de que modelos de regulação baseada em risco sejam associados a técnicas de regulação em rede, de modo que o regulador possa contar com o apoio de terceiros que, atuando sob prévia autorização ou mesmo certificação para tanto, funcionem como espécie de *gatekeepers*, com atuação independente e objetiva voltada para verificação do cumprimento de normas, controle, educação e treinamento.<sup>29</sup>

Outro fator que demanda atenção em abordagens baseadas em risco é que elas podem gerar uma postura inconscientemente tendenciosa do regulador, que pode passar a inclinar-se a riscos conhecidos e negligenciar riscos novos, em desenvolvimento ou aparentemente de menor chance de ocorrerem ou de produzirem danos consideráveis. Por isso, a importância de que as avaliações de risco sejam constantemente atualizadas para que possa examinar se as premissas de risco que definem os critérios de sua atuação seletiva continuam válidos, o que requer o permanente monitoramento e coleta de dados necessários para ajudar a

---

<sup>29</sup> BLACK, Julia; BALDWIN, Robert. Really responsive risk-based regulation. **Law and Policy**, v. 32, n. 2, 2010.

detectar casos de não conformidade e fornecer evidências para apoiar a ação de fiscalização.

Essa orientação para que o regulado e regulador dediquem-se incessantemente à identificação, análise e gestão do risco pode resultar, no entanto, na indesejada implantação de um sistema ancorado na prescrição de excessivas regras e detalhados procedimentos de gestão e controle de processo, criando um ônus desmesurado de compliance e monitoramento. Essa sistemática também pode levar, se não conduzida adequadamente, a um acúmulo de informações, o que pode impor encargos significativos às empresas e diminuir a eficiência do regulador no uso de recursos financeiros e humanos.<sup>30</sup> Por isso, a **regulação baseada em risco é reservada a camadas responsivas de perfil comportamental ou atitudinal do regulado racional**, servindo à modelagem responsiva e pondendo servir-se dela na medida em que o incentivo sistêmico de ajuste regular do comportamento do regulado advém dos pressupostos comportamentais da teoria da regulação responsiva.

Diante de todos esses paradoxos e desafios envolvidos na implementação de uma abordagem de regulação baseada exclusivamente em critérios de risco, entende-se que o aprimoramento do desenho regulatório da ANAC requer a adoção de uma nova estratégia de fiscalização que tenha sua estrutura fundada em critérios de risco para a definição de seletividade, priorização, frequência e intensidade das inspeções, mas que seja planejada e executada à luz da teoria da regulação responsiva, nos termos propostos adiante.

Ambas as abordagens de risco e responsiva são propostas de arquitetura regulatória<sup>31</sup> ou desenho regulatório<sup>32</sup>, ou seja, preocupam-se com a

---

<sup>30</sup> BLACK, Julia; BALDWIN, Robert. Really Responsive Regulation. *Modern Law Review*, v. 71, n. 59, 2008.

<sup>31</sup> GUNNINGHAM, Neil. *Systemic Risk Based Regulation: Theory and Practice*. *RegNet Working Paper* n° 74, 2015.

<sup>32</sup> GUNNINGHAM, Neil; GRABOSKY, Peter. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

concepção de formas recomendadas de agir do regulador. Daí decorre a possibilidade de que **ambas dependam de requisitos comuns de regime jurídico, e.g., a possibilidade jurídica de planejamento e priorização da fiscalização.**

A regulação baseada em risco, como o próprio nome indica, orienta a regulação a um valor predeterminado de diminuição do risco sistêmico ou individual, a partir de uma opção sobre o que importa ao regulador,<sup>33</sup> e, ao mesmo tempo, prescreve medidas de gestão e controle dos riscos, ou seja, debruça-se sobre medidas de gestão da regulação. Sua apresentação como instrumental de gestão tem reflexos imediatos na arquitetura regulatória e apenas mediatos na conformidade do regulado às normas, pressupondo uma melhoria no resultado da atividade regulada, e.g., na segurança operacional. Parte-se, portanto, do pressuposto de que a identificação precisa das atividades de risco e alinhamento de padrões de atuação baseados em risco seriam suficientes para um melhor resultado regulatório. Enfim, o alinhamento de conformidade esperado do regulado se concentra no cumprimento dos requisitos de controle de riscos.

Por outro lado, a regulação responsiva não elege um norte específico preestabelecido, mas serve como caminho procedimental para vários fins mediatos, buscando sedimentar um ambiente de incentivos extrínsecos e intrínsecos apto a alcançar o maior nível possível de conformidade global do regulado às normas ao afastar dos holofotes os valores a serem protegidos, concentrando-se na forma de regular e na diversidade de incentivos de movem os regulados.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> BLACK, Julia. *Risk-based Regulation: Choices, Practices and Lessons Being Learnt*. In: OECD. *Risk and Regulatory Policy: Improving the Governance of Risk*. Paris: OECD Publishing, 2010, p. 185-224.

<sup>34</sup> ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 5ª ed., Laccademia: Londres, 2019, p. 61.



Isso indica ser possível, em tese, que a regulação baseada em risco e a regulação responsiva sejam combinadas para reforço recíproco, desde que posicionadas em camadas distintas de estratégia regulatória, *e.g.*, a gestão de risco servindo de justificativa para a diferença de tratamento responsivo, a responsividade servindo de fundamentação para a diferença de tratamento de risco, a responsividade servindo de meio para ampliação da conformidade geral do sistema gerido por riscos, e a regulação baseada em risco servindo de meio de eficiência regulatória voltado à diminuição do risco sistêmico de segurança operacional. Em virtude do escopo do presente estudo em evidenciar respostas responsivas a potenciais obstáculos jurídicos à regulação baseada em risco na SPO, o recorte de possíveis sinergias se dá a partir das demandas de implementação de regulação baseada em risco elencadas no item 1.2.

Tanto a análise de risco,<sup>35</sup> quanto a regulação responsiva<sup>36</sup> são usualmente referidas como atributos centrais do movimento internacional de “melhor regulação” (*better regulation movement*).

Ambas também se afastam de abordagens regulatórias exclusivamente prescritivas e desconectadas de resultados regulatórios, de administração ordenadora e criminalizadora, ou de comando e controle.<sup>37</sup> Este é o ponto que se revela mais produtivo para o esforço de identificação de sinergias entre as abordagens de risco e responsiva, pois os mesmos obstáculos jurídicos estarão impedindo o pleno avanço da implantação de ambas as teorias, que caminham na contramão da concepção do direito como técnica social de um sistema de coerção

---

<sup>35</sup> ROTHSTEIN, Henry; BORRAZ, Olivier; HUBER, Michael. *Risk and the Limits of Governance: Exploring varied patterns of risk-based governance across Europe*. **Regulation & Governance** 7(2): 1-21, 2012, p. 2.

<sup>36</sup> HAMELIJNCK, Régine; SMITH, Jeffrey; ARENDT, Don; MINNIS, Cristy. Regulação Responsiva & Segurança Operacional: Visão Internacional - Webnário com representantes da Federal Aviation Administration (FAA) e da European Aviation Safety Agency (EASA). Brasília: Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), 09/11/2020.

<sup>37</sup> GUNNINGHAM, Neil. *Systemic Risk Based Regulation: Theory and Practice*. **RegNet Working Paper** n° 74, 2015; e ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 5ª ed., Laccademia: Londres, 2019, p. 48-60.

externa defendido por nomes influentes do pensamento jurídico e social, como Kelsen, Holmes e Weber.<sup>38</sup>

A literatura sobre regulação baseada em risco ressalta que a opção por essa abordagem deixa o regulador propenso ao erro de, por um lado, assumir que determinado regulado impõe um risco, quando, de fato, ele não existe, e, por outro lado, assumir que o regulado não impõe um risco, quando, de fato, ele existe.<sup>39</sup> Uma falha regulatória oriunda da opção do regulador em sobrelevar o risco ou subestimá-lo é, portanto, diretamente imputada na conta de responsabilidade do regulador. A regulação responsiva também não é imune a essa crítica, pois pressupõe a categorização dos regulados segundo perfis, que também podem ser indevidamente alinhados. Ambas estarão na mira de críticas que veem, na maior aproximação colaborativa entre regulador e regulado, uma abertura à corrupção. Ambas, todavia, reforçam as opções do regulador por parâmetros transparentes e técnicos capazes de justificarem o tratamento diferenciado segundo perfis de atividade/complexidade/organização ou de conformidade/coordenação/cooperação.

O mérito das abordagens de risco e responsividade encontra-se precisamente em reconhecerem que o regulador não tem condições de normatizar e fiscalizar todos os atos e decisões dos regulados e que, portanto, é necessário implementar medidas que gerem maior efetividade e eficácia da regulação. **A regulação baseada em riscos caminha pelo lado da seletividade dos riscos, enquanto a regulação responsiva ataca o problema pela combinação de formas regulatórias, inclusive, a gestão de risco.**

---

<sup>38</sup> HOLMES JR., Oliver Wendell. *Natural Law*. *Harvard Law Review*, v. 32, p. 40-44, 1918; WEBER, Max. *The Theory of Social and Economic Organization*. Glencoe, Ill.: Free Press, 1957; KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Oxford University Press, 1992; KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. Trad. Eduardo Vásquez; R. Inés W. de Ortíz. Cidade do México: Fontamara, 2003.

<sup>39</sup> BLACK, Julia. *Risk-based Regulation: Choices, Practices and Lessons Being Learnt*, p. 186. In: OECD. *Risk and Regulatory Policy: Improving the Governance of Risk*. Paris: OECD Publishing, 2010, p. 185-224.

Outra semelhança entre as abordagens de regulação baseada em risco e de regulação responsiva diz respeito à necessidade presente em ambas de que o regulador promova planejamento fiscalizatório com base em evidências, que podem ser obtidas – algo reforçado em ambas as teorias – por intermédio de técnicas de governança regulatória para obtenção, tratamento e aferição de informações regulares de processos/sistemas internalizados pelos regulados. Para a abordagem de regulação baseada em risco, a ponderação da atuação regulatória dá-se por medidas de gestão integrada de risco. Para que essas medidas tenham, entretanto, caráter responsivo, a técnica de governança regulatória deve obedecer ao perfil comportamental global do regulado, ou seja, de conformidade/coordenação/cooperação.

O perfil de organização empresarial pode ser parâmetro de risco para a dosagem da intensidade e frequência da fiscalização. A ele pode ser agregado caráter responsivo se o perfil organizacional e as consequências de intensidade e frequência da fiscalização forem aplicados somente a certos perfis comportamentais. Nesse ponto, fica mais evidente a diferença entre as abordagens de risco e a responsiva pela finalidade que perseguem: a abordagem de risco busca maior efetividade e eficácia da atuação regulatória segundo juízo de risco; a abordagem responsiva objetiva desoneração progressiva do regulador, mediante atração do regulado para padrões de conformidade mais elevados. A primeira confia pouco nos incentivos intrínsecos do regulado, fiando-se na precisão da análise de risco; a segunda não confia na virtude intrínseca do regulado, mas confia no papel determinante da combinação de incentivos intrínsecos e extrínsecos em atrai-lo para níveis mais elevados de conformidade.

Ambas dependerão de solução jurídica sobre a possibilidade de tratamento distinto dos regulados segundo parâmetros responsivos de níveis de conformidade e de postura colaborativa, ou parâmetros de risco da atividade/complexidade/organização, inclusive quanto à não-instauração de processo sancionador, sustação de seu andamento, transacionamento, suspensão

dos seus efeitos, revogação de sanções, imposição de medidas preventivas ou reparatórias, entre outras soluções alternativas.

O PSOE-ANAC prevê, no seu art. 16, como fator determinante para o desempenho do gerenciamento da segurança operacional, que a Diretoria da Agência estabeleça e comunique os objetivos e metas de desempenho da segurança operacional, o planejamento para a supervisão da segurança operacional e os parâmetros para análise crítica dos resultados alcançados pela supervisão. Isso demonstra como é do DNA do setor de aviação civil a governança regulatória do sistema nacional de aviação e a comunicação como condição necessária para o envolvimento dos regulados no processo de melhoria contínua da segurança operacional. O art. 82 do PSOE-ANAC revela como objetivo das ações de comunicação, entre outros, o desenvolvimento e aprimoramento da cultura de segurança operacional, conscientização das responsabilidades individuais em relação à segurança operacional e, em especial, a criação de um ambiente não punitivo favorável a uma ampla troca de informações entre regulador e regulados. Também aqui a regulação baseada em risco, nos moldes em que foi assimilada como instrumento do PSOE-ANAC, e a regulação responsiva **convergem em pautar suas estratégias em conhecimento transparente e compartilhado das condições e parâmetros de regulação.**

#### **1.4 Pontos comuns de sinergia entre regulação baseada em risco e regulação responsiva**

Por todo o exposto, a questão posta não diz respeito à confusão entre responsividade e atuação regulatória baseada em risco: responder de forma distinta a diversos níveis de risco operacional não significa que o regulador seja um regulador responsivo, pois **a teoria da regulação responsiva é uma segunda camada de estratégia regulatória que pode ser aplicada sobre a regulação baseada em risco para diferenciar regimes mais amenos ou aflitivos segundo o nível de conformidade à norma, coordenação de**

**medidas conformidade entre regulador e regulado e postura colaborativa na solução de problemas, inclusive no avanço de medidas *beyond compliance*, combinando providências administrativas mais intrusivas com correção e autorregulação e gravando cada técnica regulatória com a função de demover o regulado da prática reiterada de infrações.** Ou seja, é não só plenamente possível, mas desejável que elementos de regulação responsiva orientem a implementação de estratégias regulatórias baseadas em risco.

A questão posta, pelo contrário, diz respeito a aspectos comuns demandados pela abordagem de fiscalização responsiva que podem galvanizar soluções desejadas pela fiscalização baseada em risco para o fim de implementação do PSOE-ANAC.

Os requisitos comuns de reforço recíproco entre uma estratégia de regulação baseada em risco e a regulação responsiva na forma de respostas responsivas a potenciais obstáculos jurídicos à regulação baseada em riscos na SPO são os seguintes:

- (i) Viabilidade jurídica da **possibilidade de amplo uso de medidas preventivas** independentemente da gravidade da infração praticada pelo regulado, pois, sob o ponto de vista da teoria da regulação responsiva, a opção pela forma de lidar com a desconformidade é, via de regra, ressalvadas exceções excepcionais, uma decisão do regulador a partir de parâmetros de perfil de conformidade global do regulado;
- (ii) Viabilidade jurídica da **priorização, variação na frequência e intensidade da atuação fiscalizatória/sancionatória** da ANAC sobre regulados/sistemas, haja vista que a regulação responsiva pressupõe regimes jurídicos distintos para diferentes níveis

de conformidade. Neste caso, o risco de conformidade justifica a medida de priorização no nível responsivo, enquanto o risco da atividades/complexidade/organização justifica a priorização em termos de regulação baseada em risco;

(iii) Viabilidade jurídica de incentivos aos regulados para adoção de **postura colaborativa** no compartilhamento de informações para a segurança operacional com a ANAC, inclusive mediante não-instauração de processo sancionador, sustação de seu andamento, transacionamento, suspensão dos seus efeitos, revogação de sanções, imposição de medidas preventivas ou reparatórias, entre outras soluções alternativas, com fundamento em sua maior efetividade para cessação do descumprimento específico, para alteração do comportamento reiterado do regulado, ou para implementação de novas obrigações atualizadas à gestão integrada de riscos ou às demandas dos usuários, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência; e

(iv) Viabilidade jurídica de **atuação do regulador em planejar a fiscalização regulatória** não somente segundo respostas pontuais frente a deficiências identificadas pela fiscalização, mas mediante monitoramento da organização do regulado, de sua disposição em internalizar medidas de compliance e de seu desempenho regulatório.

Identificados os pontos de potencial sinergia, este relatório os aprofunda nos itens a seguir.

## **2. QUAIS SÃO AS RECOMENDAÇÕES DE MODELAGEM RESPONSIVA E ARGUMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTEM O USO DE MEDIDAS PREVENTIVAS, TOMANDO COMO EXEMPLOS AS ÁREAS RBAC 119, 121 E 135, INDEPENDENTEMENTE DA GRAVIDADE DAS INFRAÇÕES PRATICADAS PELOS REGULADOS?**

Uma modelagem responsiva trata da estruturação de um desenho regulatório em torno de um arcabouço jurídico material, cujos pressupostos indicam a busca dos corretos incentivos para o atingimento dos melhores índices de *compliance* das normas e contratos. Nesse contexto, um padrão relevante que vem a baila é a gravidade da infração e o histórico do agente regulado, enquanto aspectos essenciais hábeis a abrir ou vetar incentivos para o retorno ao trilho normativo.

Para tanto, há que se ponderar, dentro do desenho da regulamentação e fiscalização, em que medida e a partir de qual momento os antecedentes dos integrantes setoriais serão considerados pelo regulador. Aqui, ainda, trabalham-se as áreas limítrofes entre a autorregulação e a correção e o início de uma eventual ação que pode acarretar em uma imposição da forma regulatória de comando e controle sobre o prestador de serviços.

Considerando o objeto da presente etapa da pesquisa, é importante se entender o arcabouço normativo em torno dos Regulamentos Brasileiros de Aviação Civil (RBAC), essenciais para a atividade da Superintendência de Padrões Operacionais (SPO), para que se agreguem os argumentos jurídicos para uma possível avaliação das escolhas que se colocam em torno da utilização de meios preventivos para conduzir o regulado ao caminho do cumprimento contratual, sopesando o quanto o potencial da gravidade das infrações praticadas pode vir a influenciar neste delineamento regulatório.

## 2.1 Arcabouço normativo material de segurança da aviação civil

Para que se responda à questão inicialmente proposta, é necessário entender os contornos desse microsistema, que se situa sob a tutela da SPO. De fato, o conjunto normativo do qual se trata pode ser bem ilustrado no paradigma dado pelos RBAC n° 119, n° 121 e n° 135, referentes ao processo de certificação de operações aéreas e aeronavegabilidade continuada.

Os Regulamentos Brasileiros da Aviação Civil – RBACs visam a regulamentar, conforme estabelecido pelo art. 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), a exploração de serviços aéreos públicos dependentes sempre de prévia certificação/outorga da Administração Pública. Assim, o interessado em explorar transporte aéreo regular ou não regular deve, primeiramente, submeter pedido de certificação/outorga à ANAC.

O Regulamento Brasileiro da Aviação Civil - RBAC n° 119 orienta o processo de certificação de toda e qualquer empresa que queira ofertar e comercializar serviços de transporte aéreo público. O RBAC n° 119 aponta o caminho inicial da certificação de uma empresa aérea para a outorga do serviço, bem como o desenho organizacional da empresa em função de suas características operacionais.

Um determinado operador aéreo precisa atender a requisitos do RBAC n° 119 quando tem interesse em comercializar um serviço de transporte de pessoas ou carga. Ao término do processo de certificação previsto no RBAC n° 119, ele passa a ser reconhecido como operador aéreo comercial ou simplesmente empresa aérea, independente das características dos serviços prestados.

O RBAC n° 119 está dividido em dois grandes conjuntos de orientações: o direcionamento para qual regulamento operacional será encaminhada a empresa, em virtude do porte da aeronave empregada (RBAC n° 135 ou RBAC n°



121) e a estrutura da organização, em virtude do tamanho e da operação da empresa.

Note-se que, segundo o disposto na Seção 119.39 da RBAC nº 119, a emissão ou indeferimento de um Certificado de Empresa de Transporte Aéreo, o qual autoriza o regulado a operar serviços de transporte aéreo público, constitui processo que envolve a verificação, pela ANAC, do atendimento, pelo requerente, de uma série de requisitos exigidos por diversas normas que regulam o setor, os quais envolvem, entre outros, a demonstração de que esse é capaz e encontra-se própria e adequadamente equipado para conduzir operações com a segurança requerida, contando, inclusive, com um método de controle e supervisão das suas operações de voo e com um programa de treinamento de seus operadores.

Uma vez concedido o Certificado de Empresa de Transporte Aéreo, esse possui prazo de validade indeterminado, porquanto será efetivo até que, conforme prevê a Seção 119.40 do RBAC nº 119, o detentor do COA o devolva para a ANAC ou a ANAC o suspenda, revogue, casse ou, de outra forma, encerre o COA.

Durante todo o período de vigência do COA, no entanto, o detentor do certificado tem a obrigação de manter conformidade com toda a legislação aplicável à sua operação e o cumprimento de todos os procedimentos e solicitações feitos pela ANAC, bem como deve, mediante determinação da ANAC, no prazo de 30 (trinta) dias, extensível pela Agência por igual período, substituir qualquer pessoa que ocupe uma posição de gestão e que possua comprovado histórico de conduta e/ou desempenho inadequados, sendo que a não observância dessas obrigações enseja a aplicação das sanções previstas na norma.

Já os Regulamentos RBAC nº 121 e RBAC nº 135 se referem ao porte do equipamento empregado pela empresa em determinada operação. De acordo com parâmetros estabelecidos pela ANAC, se a empresa utilizar uma aeronave (avião ou helicóptero) propelida a hélice ou jato, com até 19 assentos de passageiros (TCDS - *Type Certificate Data Sheet*) e até 3.400 Kg de carga paga, os

requisitos de aeronavegabilidade e de operações estarão previstos no RBAC n° 135.

Já se a empresa fizer uso de um avião, e neste caso apenas avião, propelido a hélice ou jato, com mais de 19 assentos (TCDS) e acima de 3400 Kg de carga paga, os requisitos de aeronavegabilidade e de operações estarão previstos no RBAC n° 121. Caso as empresas utilizem helicópteros na sua frota os requisitos de operações e de aeronavegabilidade estarão previstos no RBAC n° 135.

Cabe salientar que os RBAC n° 135 e n° 121 indicam requisitos de operações e de aeronavegabilidade. Demais requisitos para o processo de certificação, bem como para as operações aéreas devem ser verificados em regulamentos pertinentes.

Note-se que tais matérias são profundamente ligadas à segurança da aviação civil (safety), ao passo que o cumprimento dos requisitos necessários para a certificação do operador aéreo abrange os elementos mínimos para um voo estável. Neste ponto, o entendimento do microsistema característico permite vislumbrar o índice de tolerância à aplicação de medidas para cumprimento normativo, apto a aceitar incentivos para o retorno à condição de atividade regular do operador aéreo, sobretudo em vista da dicotomia entre a gravidade da infração e o histórico do regulado.

Partindo desse pressuposto, é essencial perceber que os RBAC 119, 121 e 135 dispõem sobre as regras para a entrada dos operadores no mercado de transporte aéreo e escolha sobre o tipo de serviço que virão a oferecer. O objetivo de fundo reside na obtenção e manutenção do certificado de operador aéreo, que depende da demonstração do atingimento e manutenção dos requisitos exigidos. Posto de outra forma, são as barreiras mínimas exigíveis para que o *player* possa se qualificar para oferecer seu serviço aéreo, com condições técnicas e qualitativas suficientes. Mais que garantir a segurança, seu cumprimento também significa, *a priori*, acesso à atividade, que na maioria dos casos tem cunho empresarial

(operações de transporte aéreo público). Logo, visto sob este prisma, constituem obstáculos jurídicos que se sustentam sobre os pressupostos da cautela que a Unidade de Poder Regulatório constituído deve observar, para a devida guarda dos interesses da sociedade atraída ao serviço aéreo.

Dito isto, cabe verificar que o RBAC 119 representa uma norma de entrada para os outros dois RBAC, ao estabelecer *normas para certificação de pessoas jurídicas de direito privado para condução de operações de transporte aéreo público de passageiros, cargas ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional*. Designa, portanto, a obrigatoriedade de obtenção do Certificado de Operador Aéreo (COA) e Especificações Operativas (EA) ao interessado que aspire iniciar operações de transporte aéreo público. Se o primeiro representa a autorização para a realização dos serviços, no segundo se verifica a dimensão da empresa aérea, quanto às suas características intrínsecas (sede, nomes comerciais, aeronaves operadas, entre outros) e operacionais (rotas, aeródromos em que opera e limitações, autorizações para controle de peso e balanceamento e produtos perigosos etc).

Com isso, dispõe sobre um primeiro estágio de exigências para os operadores aéreos interessados em utilizar comercialmente *helicópteros* ou *aviões com configuração máxima certificada de assentos para passageiros de até 19 assentos e capacidade máxima de carga paga de até 3.400 kg* (hipótese do RBAC 135) ou *aviões de porte superior e que comportem mais passageiros* (hipótese do RBAC 121). Ressalte-se, a título exemplificativo da apuração feita, que para a emissão do COA, há um acompanhamento da ANAC em voos de avaliação operacional (vide 119.34, b), verifica-se se o operador está adequadamente equipado (vide 119.39, a, 1, iii) e se conta com uma estrutura organizacional suficiente para prover o serviço (vide 119.39, a, 1, iv e v – organização adequada, método de controle e supervisão das operações de voo, programa de treinamento, acordos de serviços de solo e de manutenção nos aeródromos onde opera e se dispõe de aeronaves e seguros).

Uma vez emitido, o COA só pode ser devolvido ou retirado do detentor, provisória ou definitivamente, pela ANAC (vide 119.40, a, 2 -suspensão, revogado, cassado ou encerrado), cabendo ao detentor do certificado manter a conformidade com a legislação aplicável à operação que realiza e cumprimento dos procedimentos e solicitações do regulador (vide 119.40, c). A mobilização de pessoal qualificado para a operação também constitui um requisito essencial para a obtenção e manutenção do COA.

Como dito, o cumprimento do RBAC 119 constitui a porta de entrada ao operador interessado em oferecer serviços aéreos públicos, conforme ainda previsto no art. 175 e seguintes da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA). De seu lado, os RBAC 121 e 135 aprofundam-se nos requisitos direcionados aos serviços aéreos que tutelam, diferenciando o grau das exigências em razão da capacidade de ocupação de assentos e carga e o caso da asa móvel (helicópteros). Dispõem, portanto, de elementos essenciais necessários para o cumprimento dos requisitos das operações aéreas de maior porte, abordando, entre outras obrigações: aprovação das rotas; requisitos dos aviões, aeronavegabilidade, instrumentos e equipamentos; limitações operacionais; manutenção e reparos; tripulantes despachantes e mecânicos; treinamento; operações de voos; sistema de gerenciamento e segurança operacional, entre outros.

Destarte, tal cenário expõe a sensibilidade que se deve manter com a atividade de fiscalização, sobretudo quanto aos requisitos para a manutenção do COA. Alguma falha neste sistema que decorra do descumprimento normativo pode potencialmente vir a comprometer significativamente a malha aérea e até ameaçar os milhões de passageiros que utilizam dos serviços cotidianamente.

Percebe-se, portanto, que é justamente na dimensão da supervisão e fiscalização que a teoria da regulação responsiva pode trazer contribuições profícuas para o aprimoramento normativo e uma maior eficiência da fiscalização,

de modo que a ANAC se valha mais do seu sistema de registro de evidências e valorize o histórico dos concessionários ao examinar as infrações cometidas.

## **2.2 Gravidade das infrações e medidas preventivas: parâmetros da resposta pública**

Chega-se então ao ponto de reflexão da Agência sobre a ponderação das não conformidades e a dosagem das medidas preventivas. Por óbvio que no microssistema acima indicado, exemplificativo da destaque que detém a supervisão da segurança operacional, qualquer omissão ou falha apresentada pelo operador pode gerar danos sistêmicos relevantes. Desde uma informação sonogada até a realização de uma rota não autorizada, há um impacto às operações aéreas, que podem prejudicar terceiros, que não somente os agentes do Estado, mas outros operadores que atuam na regularidade normativa.

Sem que se adentre na discussão de simplificação regulatória e salutar avaliação de normas que podem vir a ser desregulamentadas, em vista do recebimento de dados de outras fontes e da eventual irrelevância da regra, cumpre retomar o trabalho já iniciada no âmbito da Instrução Normativa nº 81/2014, que tinha também por objeto uma identificação da gravidade que as não conformidades poderiam assumir. Mapeamento este essencial, releva o nível de tolerância com determinadas condutas, após configurada a infração e permite uma comparação entre os tipos de não conformidade. Esse conceito permite um alinhamento da conduta pré e pós formalização de fato que passa a ser considerado como violação clara às normas, até decorrente de conduta não cooperativa do agente regulado.

Vale ainda adicionar que as medidas preventivas são fundamentais para incentivar o regulado a emendar a sua conduta. Portanto, o agente fiscalizador toma ciência do desvio, mas aceita que o deslize pode decorrer de uma falta de compreensão, de uma falha pontual ou organizacional sanável, ou mesmo

desconhecimento parcial da norma e, pelo benefício da dúvida, admite-se que o administrado venha a se corrigir, aproximando-se de uma autorregulação incentivada. Por se tratar de mecanismo regulatório de baixo custo e alto benefício com a sua efetividade, de fato sua utilização deve ser realizada na maior dimensão disponível.

Um terceiro fator que merece ser adicionado a este caldeirão, que pode vir a apoiar o desenho regulatório, reside no histórico do operador de serviços. Elemento essencial para a teoria da regulação responsiva, o registro das ações do prestador de serviços quanto ao seu acatamento das normas ao longo do tempo e disposição em cooperar com o regulador permite um cotejo sobre sua tendência rumo ao compliance. É fato que a anotação dos eventos e reações, de maneira ordenada e considerando a gravidade das infrações cometidas, acaba por esboçar uma foto característica da empresa regulada quanto ao *compliance*, indicando uma tendência ao cumprimento das medidas preventivas e punitivas. *Mutatis mutandis*, vale a referência aos reiterados estudos sobre os Programas de Parcelamentos de Débitos Tributários<sup>40</sup>, que acabam por concluir que essa medida preventiva tenderia a aumentar o passivo tributário ao invés de fomentar a arrecadação espontânea, que seria seu objetivo precípuo.

Em vista disso, e considerando o sistema normativa exposto, a ANAC **deve refletir sobre a linearização das medidas preventivas**, concedidas sem ponderação da gravidade da infração, avaliação do histórico do agente regulado e percepção do percentual de efetividade do benefício concedido. Vale questionar também se esse desenho assegura efetivamente o princípio da

---

<sup>40</sup> Por exemplo: PAES, N. L. Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 44, n. 2, p. 323-350, abri.-jun.2014. Ainda: UNAFISCO. **Nota Técnica Unafisco nº 03/2017**. Disponível em [https://unafisconacional.org.br/wp-content/uploads/2020/09/nota\\_tecnica\\_Unafisco\\_no\\_03\\_2017.pdf](https://unafisconacional.org.br/wp-content/uploads/2020/09/nota_tecnica_Unafisco_no_03_2017.pdf). Acesso em: 09 ago. de 2021. Ademais, CAVALCANTE, R. L. **Estudo Exploratório acerca da influência do parcelamento de débitos sobre a arrecadação tributária da União**. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/en-us/biblioteca-digital/estudo-exploratorio-acerca-da-influencia-do-parcelamento-de-debitos-sobre-a-arrecadacao-tributaria-da-uniao.htm>. Acesso em: 09 de ago. de 2021.

isonomia no setor, uma vez que os prestadores de serviço que não se afastam dos preceitos normativos podem tender a utilizar-se da segunda chance também.

Por isso, *a priori* não se opõe barreiras jurídicas quanto ao uso de medidas preventivas, independente da gravidade das infrações cometidas pelos regulados, o que pode inclusive ser concebido como uma regra geral linear no setor. Não obstante, sob a perspectiva das recomendações de modelagem responsiva, esta regra geral proposta há de ser acareada com o histórico do operador aéreo no cumprimento dessas medidas. Na medida em que o binômio maus antecedentes e gravidade da infração revelem risco sistêmico ao serviço, devem ser avaliados meios para afastar o benefício do regulado específico, partindo-se para medidas mais duras, em prol do interesse público. Ressalve-se ser ainda recomendável um estudo da efetividade da medida, com vistas a apurar em que casos o índice de acatamento alcança patamares baixos, assim como eventuais incentivos negativos dados a outros operadores, que antes mostravam-se bons seguidores das normas, de forma a compreender em que dimensão o princípio da isonomia estaria sendo prestigiado neste modelo.

### **2.3 Como a implementação de elementos de regulação responsiva podem aprimorar as estratégias de fiscalização baseada em risco das atividades sujeitas ao processo de certificação de operações aéreas e aeronavegabilidade continuada**

Uma vez demonstrada a importância da atuação fiscalizatória da ANAC sobre as atividades sujeitas ao processo de certificação de operações aéreas e aeronavegabilidade continuada, sobretudo quanto aos requisitos para a manutenção do COA, já que qualquer falha no sistema de gestão da segurança operacional ou descumprimento das obrigações regulatórias podem comprometer a integridade da aviação civil e colocar em risco a vida de milhões de passageiros,

faz-se mister analisar como a implementação de elementos de regulação responsiva podem contribuir para o aprimoramento das estratégias de fiscalização baseada em risco aplicadas pela SPO nessa seara.

Em relação ao RBAC nº 119, a supervisão e fiscalização do cumprimento de suas obrigações regulatórias são realizadas pela ANAC, segundo o disposto na seção 119.59 do referido Regulamento, por meio de inspeções, efetuadas a qualquer tempo ou lugar, para verificar se um detentor de certificado emitido segundo o referido Regulamento está conforme com o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), com os RBAC aplicáveis, com seu certificado e com suas especificações operativas.

Conforme prevê o RBAC nº 119, a ANAC é representada nessas inspeções e fiscalizações por servidores designados que têm suas prerrogativas previstas na Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018 e o detentor de certificado objeto de exame deve manter disponível para a ANAC em sua sede operacional seu COA e suas EO e uma listagem atualizada que inclua a localização e as pessoas responsáveis pela conservação de cada registro, documento e relatório, relativos à operação do detentor de certificado, cuja conservação seja requerida na forma e maneira estabelecida pela ANAC.

Além disso, o regulado deve permitir que a ANAC faça qualquer inspeção necessária para verificar a conformidade em relação à matéria regulada pela Resolução e cada empregado ou cada pessoa empregada pelo detentor de certificado, que seja responsável pela manutenção dos registros do detentor de certificado, deve colocar tais registros à disposição da ANAC, assim como livros e registros econômico-financeiros do operador, sendo que a falha de um detentor de certificado em tornar prontamente disponível para a ANAC, quando solicitado, seu apropriado certificado, suas especificações operativas ou qualquer registro, documento ou relatório requerido é motivo para a suspensão total ou parcial do referido certificado e especificações operativas.



Já em relação à fiscalização da aplicação do RBAC nº 121, essa é orientada pelo Compêndio de Elementos de Fiscalização – CEF, aprovado pela Portaria nº 1.031/SPO/SAR, de 13 de abril de 2020, o qual descreve detalhadamente uma série de possíveis tipificações de não conformidade face a enquadramentos normativos específicos e prescreve a correspondente providência administrativa a ser adotada em cada situação – se preventiva ou sancionatória, estabelecendo, para esses casos, o prazo da sanção a ser aplicada.

A fiscalização da RBAC 135, por sua vez, segundo informado pela equipe da SPO em apresentação realizada à equipe de pesquisadores da UnB, leva em consideração 3 (três) perfis de risco, conforme tamanho da frota e modelos de aeronaves): até 5 aeronaves e 1 tipo de habilitação; até 5 aeronaves e 2 ou 3 tipos de habilitações; mais de 5 aeronaves ou mais de 3 habilitações, sendo que avaliam também o desempenho de operador em relação ao seu histórico de não conformidade, de ocorrências/incidentes e quanto à maturidade de seu SGSO, embora não tenha restado claro de que forma realizam a avaliação da maturidade de tal sistema de gestão de riscos. Note-se que os perfis de risco do operador não leva em consideração o seu comportamento global, a sua disposição em cumprir as obrigações regulatórias objeto de verificação tampouco a sua disposição em cooperar na solução definitiva de desconformidades recorrentes.

Ao descreverem as dificuldades enfrentadas no planejamento e execução da fiscalização dos operadores sujeitos à RBAC 135, a equipe aponta sentir certa dificuldade para respaldar a intensidade, frequência e priorização das inspeções realizadas junto aos regulados que, embora estejam mais expostos ao risco, já que operam um maior número de aeronaves, possuem historicamente um desempenho regulatório melhor.

Outro problema apontado diz respeito ao longo período que geralmente separa as inspeções regulares e sistemáticas realizadas pela SPO – efeito da crônica limitação de pessoal e recursos enfrentada pela ANAC e todas as demais Agências – o que acaba gerando fiscalizações mais rigorosas e detalhadas que

buscam maximizar essas raras oportunidades de contato direto com o operador, efetuando o maior número possível de verificações de conformidade.

Essa atuação da ANAC, focada em inspeções esporádicas, mas abrangentes e rigorosas, tem provocado, segundo relata a equipe técnica da SPO, um sentimento de medo e apreensão por parte dos operadores e causado desconfiança, o que vem comprometendo o necessário diálogo e a relação de cooperação entre regulador e regulado.

Assim, a fim de tentar estabelecer estratégias alternativas que retirem a carga excessiva de tais fiscalizações espaçadas no tempo, incentivem a disposição em colaborar dos operadores e permitam à ANAC exercer uma supervisão e fiscalização mais informadas e inteligentes, a SPO apresenta, como alternativa, a possibilidade de que auditorias realizadas por terceiros (Petrobras, IOSA, auditoria interna etc.) sejam aproveitadas como insumos pela Agência e de que essa realize análises sistêmicas entre operadores do mesmo perfil, como forma de se desincumbir de realizar inspeções pontuais junto a todos eles.

Já no cenário de fiscalização da RBAC 121, as dificuldades apontadas pela equipe da SPO para realizar o trabalho de fiscalização estão relacionadas à dificuldade de se mapear a estrutura organizacional de gestão de risco do operador para se poder definir o perfil de risco que esse regulado oferece ao sistema de segurança.

Ressalte-se que o conceito de perfil de risco adotado pela SPO leva em consideração a natureza da organização, a complexidade das atividades, os riscos inerentes às atividades e o seu grau de inovação, além do desempenho do próprio operador em cumprir os requisitos de segurança aplicáveis e implementar e manter um SGSO capaz de adequadamente identificar e gerenciar os riscos, alcançar e manter operações seguras.

Por isso, o planejamento do modelo de fiscalização baseada em risco em implementação pela SPO, ancorado na construção do perfil de risco da operadora

e em seu desempenho na gestão de tal risco, é orientado pela combinação do “perfil de risco” e “desempenho de segurança” e a execução da fiscalização tem por foco, além de garantir a conformidade, assegurar o correto funcionamento do sistema de gestão de risco da aviação civil brasileira, que depende intrinsecamente da qualidade da gestão de risco operada pelo próprio regulado.

Desse modo, uma das dificuldades a ser enfrentada nessa seara é como embasar, de forma juridicamente válida e robusta, as decisões do regulador, em seu planejamento e execução da fiscalização, de não priorizar o monitoramento da atividade de determinados operadores que, embora mais expostos a risco estrutural – porque possuem, por exemplo, mais aeronaves, não indicam oferecer risco à segurança operacional da aviação civil porque possuem um melhor desempenho de conformidade às obrigações regulatórias.

Isso posto, passando-se à avaliação da normatização e da prática regulatória pertinentes às áreas RBAC 119, 121 e 135, a fim de identificar oportunidades de adequação à regulação responsiva, cabe esclarecer, primeiramente, que não se fará aqui análises específicas dos Regulamentos de modo a se formular sugestões pontuais de alterações, mas apresentar-se-á reflexões que possam contribuir de forma geral para a melhoria do processo de fiscalização como um todo, por meio, principalmente, de sua adequação aos princípios da responsividade regulatória.

Com efeito, entende-se que **a regulação responsiva pode, sim, atuar como uma segunda camada de orientação da ação fiscal da SPO dirigida ao desenho estratégico de sua atuação, tendo o perfil de risco como pressuposto.** No documento PSOE Projeto 1 - Gerenciamento de Risco, por exemplo, já existe o componente necessário para formatação da pirâmide responsiva: o conceito de “desempenho de segurança” é eminentemente um conceito para fixação do perfil de compliance dos regulados. Ele traz elementos que podem ser utilizados para categorização dos regulados para fins de adoção de regimes diferenciados fiscalizatórios apoiados, sim, no risco da atividade-

complexidade-organização, mas também no risco de desconformidade (responsividade).

Todavia, o desempenho de segurança não engloba todas as dimensões comportamentais úteis à regulação responsiva. Isso porque, conforme já amplamente demonstrado ao longo deste Projeto de Pesquisa, a postura de conformidade do regulado e o seu comportamento global face ao cumprimento das obrigações regulatórias como um todo é elemento central a ser considerado na análise do seu perfil de risco.

Desse modo, para implementação de um modelo aderente à teoria da regulação responsiva, o critério desempenho de segurança deve ser complementado pela avaliação da postura cooperativa do operador, a qual pode ser também categorizada para que seja enquadrada em *scores* de risco, a partir da elaboração de indicadores de um comportamento virtuoso pró-conformidade, aptos a determinar a resposta apropriada a ser dada pelo regulador frente a cada situação.

Ou seja, deve-se partir do pressuposto de que a capacidade e o desempenho dos operadores no gerenciamento dos riscos inerentes à segurança operacional do transporte aéreo, demonstram, em última análise, sua disposição intrínseca e postura colaborativa de submeter-se às obrigações regulatórias e, quiçá, de ir além dos requisitos exigidos (*beyond compliance*), porquanto reguladores realmente responsivos devem responder não somente ao desempenho do regulado, mas também às estruturas operacionais e cognitivas das empresas e a seus “cenários atitudinais”.<sup>41</sup>

**Para que tenha condições de efetivamente perscrutar a postura do regulado e compreender seu “cenário atitudinal”, o regulador necessita, no entanto, avaliar o comportamento global do regulado, ou**

---

<sup>41</sup> BLACK, Julia; BALDWIN, Robert. Really Responsive Regulation. *Modern Law Review*, v. 71, n. 1, p. 59-94, 2008.

seja, não reduzir sua análise à verificação pontual e isolada da conformidade face a determinada obrigação, mas examinar, de forma holística, a conduta de cumprimento de regras regulatórias como um todo.

Para tanto, no caso da ANAC, mostra-se fundamental que as informações colhidas ou produzidas pelas diferentes superintendências no desempenho de suas atribuições sejam agregadas ou compartilhadas entre as unidades de modo a permitir que o planejamento das ações de fiscalização, conduzido pela SPO e, por consequência, as decisões sobre a priorização, ou não, de segmentos ou operadores específicos, seja embasado em dados que propiciem a elaboração de perfis de risco, categorias e *scores* capazes de verdadeiramente representar o comportamento global do regulado e sua completa postura de conformidade.

Dito isso, observa-se que a estratégia de fiscalização baseada em risco, no formato projetado pela SPO, constitui importante avanço na atuação regulatória da ANAC ao incorporar elementos que permitem a priorização e foco de suas atividades, imprimindo maior eficácia e eficiência à regulação, mas tal estratégia, para que alcance efetivo sucesso, requer a observância de preceitos responsivos que considerem não só o perfil de risco da atividade regulada ou da estrutura e organização do operador, tampouco somente seu histórico passado de conformidade, mas, também, sua disposição atual, concretamente demonstrada, de cumprir todas as obrigações regulatórias e de cooperar com o regulador.

Note-se que o perfil de risco, tal como adotado pela SPO, não é desconsiderado ou colocado em segundo plano na regulação responsiva. Ao contrário, o diagnóstico construído é fundamental para a identificação de situações que podem recomendar que o regulador sequer as submeta à pirâmide de persuasão e punição, porquanto o comportamento mapeado é considerado de saída infenso aos estímulos responsivos.

Assim, diante de diferentes perfis de risco, cabe ao regulador em sua atividade de planejamento fiscalizatório, definir as frequências e intensidades de fiscalização diferentes para regulados com perfis distintos e para regulados com perfis semelhantes, admitindo-se, inclusive, a possibilidade de não se realizar ação fiscalizatória em determinado momento em relação a determinados perfis porque a priorização de tal medida não se mostra necessária.

Além disso, para que uma estratégia de fiscalização baseada em risco possa ser considerada aderente à teoria da regulação responsiva é indispensável que haja transparência em relação ao planejamento da ação fiscalizatória, disponibilizando-se aos regulados acesso às informações que subsidiaram a definição dos critérios e prioridades do regulador. A publicidade dessas informações pode atuar como importante mecanismo de estímulo à conformidade e à melhoria do desempenho regulatório e possibilita aos regulados saber, ainda que indiretamente, como seu comportamento e atuação estão sendo avaliados pelo regulador.

Outrossim, ao planejar sua estratégia de fiscalização, é importante que o regulador leve em consideração também as características das múltiplas técnicas e ferramentas de intervenção regulatória e sua capacidade de produzir o efeito esperado em face dos diferentes perfis de comportamento dos regulados, influenciados por fatores e motivações intrínsecas e extrínsecas distintos, inclusive para condicionar as sanções ao nível de risco representado pelo comportamento do regulado.<sup>42</sup>

Nesse sentido, mostra-se fundamental incentivar a identificação, apontamento e correção proativa de problemas pelos próprios regulados, estimulando-os a ter uma relação de colaboração com o regulador de forma a fomentar o compartilhamento de informações que possam melhor balizar a

---

<sup>42</sup> BLACK, Julia; BALDWIN, Robert. When Risk-Based Regulation Aims Low: A Strategic Framework. **Regulation & Governance**, v. 6, n. 2, p 131–148, Junho, 2012. p.2-3.

atuação da Agência e, principalmente, contribuir para o planejamento de sua ação fiscalizatória.

É importante registrar, nesse sentido, que modelos de supervisão e fiscalização baseados em risco já são, há alguns anos, aplicados nos setores de regulação do sistema financeiro, de seguros e de previdência complementar, por exemplo, e que a experiência que vem sendo levada a cabo nessas searas é a de implementação de uma abordagem baseada em risco, mas com adoção de estratégias claramente orientadas por princípios da teoria da regulação responsiva.

Cite-se, nesse sentido, por exemplo, as recentes normas editadas pelo Banco Central - Circular BACEN nº 3.978, de 2020, e pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) - Instrução CVM nº 617, de 2020 – as quais estabeleceram, em um contexto de pressão internacional para que o Brasil reforçasse suas estruturas normativas e práticas regulatórias de controle sobre a lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, bem como de financiamento ao terrorismo, um novo arcabouço regulatório aplicável às políticas, procedimentos e controles internos a serem adotados pelas instituições financeiras e demais instituições sujeitas à regulação de tais órgãos.

A principal inovação trazida por essas normas foi exatamente a adoção de um modelo menos prescritivo do que o previsto na norma anterior e a expressa previsão de que a abordagem baseada em risco é o principal instrumento de governança regulatória do setor, implicando, em termos práticos, a obrigatoriedade de que os regulados realizem rigorosa avaliação interna de risco, inclusive por meio de sofisticadas análises do perfil de seus clientes, a fim de identificar e mensurar o risco de utilização de seus produtos e serviços na prática dos crimes de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo e, então, definirem, com base em suas necessidades específicas, medidas de prevenção compatíveis com tais riscos a fim de mitigá-los de maneira eficaz.

Para tanto, as instituições reguladas devem criar perfis de risco (i) de seus clientes; (ii) da própria instituição, considerando o modelo de negócio e a área geográfica de atuação; (iii) das operações, transações, produtos e serviços, abrangendo todos os canais de distribuição; e (iv) dos funcionários próprios e terceirizados, parceiros, fornecedores e prestadores de serviços terceirizados.

Importante destacar que os referidos normativos estabelecem uma vertente qualitativa e outra quantitativa acerca da análise interna de risco, ao determinar que o risco deve ser avaliado quanto à sua probabilidade de ocorrência e à magnitude dos impactos financeiro, jurídico, reputacional e socioambiental para a instituição. Tais categorias de risco definidas devem possibilitar a adoção de controles de gerenciamento e de mitigação reforçados para as situações de maior risco e a adoção de controles simplificados nas situações de menor risco.

E como nova premissa central estabelecida pelo modelo regulatório adotado no setor financeiro, as medidas preventivas, a serem obrigatoriamente implementadas pelas instituições reguladas, devem ser flexíveis e proporcionais à natureza dos riscos aos quais estão envolvidas, tendo em vista o perfil de risco de seus clientes e das suas relações de negócios, entre outros elementos.

Com a adoção dessa nova abordagem, o tratamento uniforme para todos os riscos não é mais esperado, possibilitando-se uma racionalização dos esforços por parte das instituições reguladas, que terão a oportunidade de definir como melhor direcionar seus recursos e implementar seus controles, de modo que controles reforçados sejam aplicados somente em situações de maior risco e controles simplificados possam ser aplicados para situações de menor risco. Por outro lado, como contrapartida, impõe-se uma obrigação de identificação e acompanhamento contínuo dos perfis de risco pelas instituições reguladas.

Como forma de controle e monitoramento do cumprimento, por parte das instituições, das obrigações referentes a tal sistema de gestão de riscos, os normativos do BACEN e da CVM impõem a necessidade de que a avaliação



interna de risco resulte na elaboração de uma política de gestão de riscos customizada, que atenda às necessidades e especificidades da instituição financeira, a qual deve ser documentada e aprovada pelo diretor responsável pelo tema, submetida ao comitê de risco, comitê de auditoria e ao conselho de administração e revisada a cada dois anos, bem como de que sejam realizados testes periódicos que avaliem a efetividade da política, procedimentos e controles internos da instituição e que os resultados dessa avaliação sejam documentados em um relatório anual de avaliação, o qual deve ser também submetido ao comitê de risco, de auditoria e ao conselho de administração da empresa, a cujas instâncias foi atribuída a competência para identificar possíveis deficiências no sistema e adotar ações de melhoria.

Veja que o compartilhamento da responsabilidade pela supervisão e fiscalização do sistema de gestão de riscos com o próprio regulado, mas também com outros atores, como os auditores e conselheiros, constitui típica recomendação da Teoria Responsiva que, levando-se em conta o custo da supervisão do comportamento dos agentes regulados e a dificuldade, muitas vezes, de operacionalizá-la, propõe a constituição de um sistema regulatório em rede, no qual sejam inseridos diversos parceiros, movidos pelo interesse comum de fazer cumprir a regulação<sup>43</sup>. Esses atores compartilhariam com o Estado a fiscalização e a “punição” das ações desconformes: quanto mais alto o nível em que estiver situado o regulado nas camadas da pirâmide regulatória, maior importância essa governança em rede assumirá, pois mais suscetível o regulado será a pressões, críticas e demandas advindas desses parceiros regulatórios<sup>44</sup>.

Para além da experiência normativa citada, vale trazer à baila, também, a prática administrativa de regulação do sistema financeiro, que adota estratégias regulatórias baseada em risco, mas orientadas por princípios de

---

<sup>43</sup> BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006.

<sup>44</sup> BRAITHWAITE, J. The Essence of Responsive Regulation. *University of British Columbia Law Review*, v. 44, p. 475-520, 2011.

regulação responsiva. Nesse sentido, tem-se o exemplo do Conselho de Controle das Atividades Financeiras – COAF, unidade de inteligência financeira brasileira, competente para regular, fiscalizar e punir os agentes econômicos sujeitos às obrigações regulatórias referentes à prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo, o qual se vale de medidas que incentivem o comportamento cooperativo dos regulados, fundamental para a detecção de situação suspeitas.

No âmbito de sua atuação de supervisão e fiscalização do setor financeiro, o COAF se pauta pela gestão de riscos, mas investe em práticas responsivas ao adotar, por exemplo, um sistema eletrônico que possibilita um monitoramento à distância, mas permanente, das medidas de gestão de risco implementadas pelos regulados, na capacitação e orientação desses sujeitos e na fiscalização de setores ou temas que são previamente informados aos regulados<sup>45</sup>.

Registra-se, nesse sentido, que, desde 2012, o órgão dispõe de Sistema de Avaliação Eletrônica de Conformidade (AVEC), no qual são cadastrados todos os regulados e estabelecido canal direto que permite ao órgão colher as informações necessárias para averiguar o cumprimento das obrigações regulatórias. De fato, sem o amplo conhecimento do setor e de cada regulado, inclusive das características específicas que caracterizam sua estrutura, comportamento e sua postura de conformidade, o órgão supervisor não será capaz de fornecer respostas regulatórias adequadas e responsivas.

Trata-se, portanto, de ferramenta essencial para o desempenho das atividades de supervisão e fiscalização do COAF, que viabiliza sua atuação e lhe confere maior eficiência, diante do significativo número de regulados submetidos ao seu controle, mas, também, permite o tratamento sistêmico e a produção de

---

<sup>45</sup> BRASIL. COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Relatório de Atividades, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-do-coaf-1/relatorio-de-atividades-2019.pdf>> acesso em: 09 de set. 2021.

dados, informações e conhecimento que propiciem a adoção de medidas mais céleres, focadas e efetivas para a adequada supervisão dos sujeitos regulados. Por meio de tal Sistema, o COAF indica, por exemplo, os conteúdos de maior relevância para a atuação das instituições e produz *feedback* aos regulados acerca do cumprimento de suas obrigações regulatórias.

Com base nas informações prestadas pelos regulados, e eventualmente por terceiros, o COAF, caso detecte a possibilidade de descumprimento das obrigações regulatórias, decide o tipo de instrumento – se de persuasão ou dissuasão – será necessário adotar, de forma adequada e proporcional aos riscos identificados, para responder à situação, tendo em vista a relevância do risco e probabilidade de impacto que oferece ao bem jurídico protegido, no caso a prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo. Para ser efetivamente responsivo, entretanto, também deveria levar em conta – e principalmente – a disposição do regulado em cooperar na solução do problema e o seu perfil de conformidade global.

Adicionalmente, observa-se que o órgão dedica-se com empenho a ações de educação e orientação de seus supervisionados a respeito das exigências regulatórias a que estão sujeitos, por meio de eventos presenciais, no formato de treinamentos, reuniões e participações em seminários, e de eventos à distância, o que também contribui para reduzir a assimetria informacional e para aprofundar o diálogo e a cooperação entre regulador e regulados, elemento essencial para construir confiança, induzir comportamentos virtuosos e evitar o jogo de gato e rato, mencionado por Ayres e Braithwaite.<sup>46</sup>

Por fim, o COAF adota, em inquestionável aderência à teoria da regulação responsiva, o modelo das “Medidas Pedagógicas Escalonáveis”, a fim de oferecer a adequada e proporcional resposta regulatória ao comportamento dos

---

<sup>46</sup> AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

agentes regulados. Para tanto, a abordagem dos regulados se dá, em um primeiro momento, via Avaliação Eletrônica de Conformidade (AVEC), a qual se constitui em procedimento eletrônico de supervisão que tem como objetivo principal examinar, à distância e sob o aspecto formal, a aderência dos regulados às normas do sistema de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, bem como auxiliá-los no seu cumprimento, por meio de medidas persuasórias e educativas. Destaca-se que os resultados obtidos por meio deste procedimento não ensejam quaisquer consequências de natureza punitiva.

Em seguida ou paralelamente ao processo de Avaliação Eletrônica de Conformidade (AVEC), o COAF se vale de procedimento de Averiguação Preliminar, o qual que tem por objetivo apurar prática infracional, diante de descumprimentos concretos e objetivos de obrigações regulatórias ou em situações de maior complexidade ou risco e do qual poderá resultar a instauração do devido Processo Administrativo Punitivo (PAP) para apuração da conduta infracional.

Apresentada a experiência da regulação baseada em risco implementada pelas entidades reguladoras do setor financeiro, cabe destacar, por fim, em relação à estratégia de fiscalização baseada em risco conduzida pela SPO, que, não obstante todo o esforço empreendido pela Superintendência nesse sentido, e da ANAC como um todo em adotar um modelo de regulação responsiva, observa-se que a sistemática de inspeção utilizada pela Agência, fundada primordialmente nos Compêndios dos Elementos de Fiscalização – CEF, parece contrariar os objetivos de modernização regulatória estabelecidos.

Isso porque, embora os elementos de fiscalização confirmem segurança jurídica tanto ao regulador quanto aos regulados acerca das questões que serão objeto de inspeção e facilitem e simplifiquem a realização das ações de controle, uma vez que estabelecem de antemão o comportamento esperado e a resposta regulatória a ser conseqüentemente adotada em caso de descumprimento, classificando e categorizando condutas, aprioristicamente e de modo geral e abstrato, conforme sua gravidade, a utilização de CEFs desprovidos de estratégia

responsiva automatiza o processo e retira a necessária flexibilidade do regulador para eleger, no caso concreto, a resposta regulatória mais adequada e proporcional aos riscos específicos do regulado. Atuar de forma responsiva não significa, frise-se, dar maior discricionariedade ao regulador para, no caso concreto e segundo seu juízo pessoal, decidir qual a resposta regulatória adequada, pois níveis de discricionariedade são ínsitos à atuação administrativa, mas de flexibilizar as opções regulatórias segundo parâmetros bem definidos de categorias comportamentais vinculadas a regimes jurídicos de atuação do regulador previamente definidos no desenho regulatório normatizado pela Agência.

Veja, por exemplo, a Portaria nº 1.031/SPO/SAR, de 13 de abril de 2020, que estabelece o Compêndio de Elementos de Fiscalização – CEF do RBAC nº 121. Segundo dispõe o artigo 2º da norma:

Art. 2º Será aplicada providência administrativa sancionatória quando houver o cometimento de nova infração relativa ao mesmo Elemento de Fiscalização - EF, no período igual ou inferior ao prazo estabelecido no CEF, contado a partir do cometimento de infração anterior.

O Anexo da referida Portaria lista mais de 1000 (mil) páginas (!!!) que relacionam os elementos de fiscalização que devem embasar os trabalhos de inspeção, descrevendo pormenorizadamente as situações esperadas acerca do cumprimento de cada uma das obrigações regulatórias e respectivos exemplos de tipificações de não conformidade que podem ser detectadas, prescrevendo as providências administrativas a serem adotadas em cada qual, se sancionatória ou preventiva, bem como o prazo de que trata o referido art. 2º da Portaria.

Ora, por mais que a ANAC anuncie que seu modelo regulatório está ancorado na teoria da regulação responsiva e que a Agência encontra-se em fase de implementação de uma abordagem de fiscalização baseada em risco, a referida Portaria constitui exemplo cristalino de estratégia regulatória ainda fundada em comando e controle, uma vez que as respostas regulatórias para cada

comportamento regulado são fixadas *ex ante*, sem modulação por perfil de conformidade ou disposição cooperativa na solução do problema, ou mesmo posicionamento de sua aplicação na pirâmide de perfis dos regulados, por meio do estabelecimento dos padrões normativos que devem pautar a atuação dos regulados, cuja desconformidade desencadeia a imediata resposta repressiva do regulador, em um mero enquadramento ou subsunção dos fatos à norma, a qual se baseia em suposta relação de causa e efeito entre o comando do regulador e o comportamento do regulado.

É verdade que, por atuar na fiscalização de um setor tão sensível como é o da segurança operacional da aviação civil, cuja inobservância pode colocar em perigo a vida de centenas de pessoas, a ANAC deve preocupar-se em adotar uma postura regulatória mais prescritiva em relação às obrigações regulatórias e mais rigorosa em relação ao controle e fiscalização do seu cumprimento.

Todavia, ao desconsiderar o comportamento global do regulado como fator determinante para a definição da resposta regulatória a ser adotada pelo regulador, os elementos de fiscalização acabam por impedir que o regulador defina responsabilmente, segundo o perfil presente do regulado, qual o regime devido voltado a obter a conformidade buscada, na contramão do quanto propugnado pela Teoria da Regulação Responsiva, mas, também, em contraposição à própria abordagem baseada em risco, para a qual a fiscalização deve ser planejada e executada segundo critérios de risco, para que o órgão possa atuar, de modo seletivo, por meio de ações prudencias e prioritárias.

Vale notar, adicionalmente, que os compêndios de elementos de fiscalização, uma vez estabelecidos, se petrificam, não sendo submetidos a revisões e atualizações periódicas que confirmem a necessidade, utilidade, conveniência e acerto do foco regulatório adotado, como, por exemplo, se as questões avaliadas mantêm relevância ou se contribuíram para o bom desempenho da regulação e para a consecução dos resultados regulatórios visados.

Diante do exposto, entende-se ser fundamental que a ANAC conduza um planejamento de fiscalização unificado entre as diferentes superintendências para que as prioridades sejam estabelecidas de forma conjunta, segundo critérios de risco definidos de modo coordenado, a partir de múltiplas informações coletadas e produzidas pelas áreas distintas, pois somente no âmbito de um processo agregado o regulador poderá conhecer verdadeiramente o regulado e seu perfil de comportamento, categorizando adequadamente o risco que oferece.

Essa nova sistemática de atuação poderá contribuir para que a ANAC consolide, enfim, o seu modelo de regulação responsiva baseado em risco, o qual não mais se fundamente na sanção como instrumento exclusivo ou privilegiado de *enforcement*, mas reconheça a necessidade de que o regulador se valha de dados, informações e conhecimento para definir, de forma estratégica e inteligente, o escopo e prioridade de sua atuação de supervisão e fiscalização, bem como lance mão de sua prerrogativa de decidir, no caso concreto, face a uma situação de descumprimento de obrigação regulatória, sobre a utilidade e conveniência de se instaurar o processo sancionatório ou de se adotar providência de natureza preventiva.

Trata-se de importante medida para se combater a elevada burocratização do processo regulatório, com a prescrição detalhada, rígida e uniforme de obrigações, o enfoque nos meios e não nos resultados, a inabilidade de adaptação às situações reguladas mutáveis e distintas, o que, naturalmente, além de implicar em altos custos para os reguladores e regulados, vem causando frustração pela baixa efetividade do processo e insuficiência da estratégia em garantir um melhor desempenho regulatório, não obstante a quantidade de processos instaurados e multas aplicadas.

### **3. COMO JUSTIFICAR E DAR MAIOR ROBUSTEZ À PRIORIZAÇÃO DA ATUAÇÃO FISCALIZATÓRIA- SANCIONATÓRIA DA ANAC SOBRE REGULADOS- SISTEMAS COM BASE EM RISCO?**

Primeiramente, importa destacar que todas as teorias jurídicas de regulação se preocupam com o risco de que os regulados descumpram as regras que conformam o seu comportamento, bem como com os efeitos que tal desconformidade pode acarretar no bem jurídico protegido pela regulação.

Ocorre que, nos debates que envolvem a implementação de abordagem de fiscalização baseada em risco, é frequente surgirem dúvidas acerca da juridicidade de tal estratégia, pelo fato de essa possibilitar à Agência conferir tratamento distinto a regulados ao atuar de forma seletiva, priorizando determinados segmentos ou sujeitos específicos.

Nesse sentido, uma das questões suscitadas pela SPO, em relação ao modelo de fiscalização baseada em risco que se encontra em fase de implementação no âmbito da ANAC, é exatamente como justificar e dar maior robustez jurídica à necessária priorização que deve reger a sua atuação fiscalizatória-sancionatória, de modo a não expor a Agência e os servidores a questionamentos acerca de tais decisões.

Com efeito, a SPO tem razão em se preocupar com eventuais dúvidas e incompreensões que podem surgir no curso do processo de execução desse novo modelo regulatório que se ancora no risco como critério balizador da atuação da Agência.

Esse cenário decorre em grande medida do fato de as atividades de supervisão, fiscalização e processamento sancionatório terem recebido menor atenção nas últimas décadas, quando os estudos e esforços voltados à melhoria regulatória foram dirigidos, preponderantemente, no contexto da crise do Estado



regulador, à elaboração das normas, em especial à análise e avaliação de seu impacto regulatório e à desregulação.

Por essa razão, a OCDE vem buscando recentemente apoiar os países, agora, na promoção de reformas regulatórias que contemplem também ações de supervisão e inspeção<sup>47</sup>, entendendo que qualquer processo de melhoria regulatória deve incluir necessariamente o fortalecimento da fiscalização como uma das formas mais importantes para, estrategicamente, se fazer cumprir os regulamentos e garantir a conformidade regulatória.<sup>48</sup>

Segundo a OCDE, a fiscalização regulatória<sup>49</sup> mostra-se crucial para o bom desempenho da regulação e para que essa produza os resultados esperados. A utilização de práticas de fiscalização e inspeção inadequadas e pouco responsivas ao comportamento dos regulados pode comprometer todas as melhorias implementadas na elaboração das regras.<sup>50</sup>

Ocorre que, não obstante tal processo de fortalecimento das atividades de fiscalização, é sabido que, no mundo todo, os órgãos reguladores vem tendo que lidar com a pressão, cada vez maior, para que “façam mais com menos”, o que envolve revisão de métodos e de cultura regulatória. É nesse contexto que a abordagem da fiscalização baseada em risco ganha notoriedade e passa a ser, inclusive, orientada por um conjunto de princípios universais estabelecidos pela

---

<sup>47</sup> OCDE. **Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit**. OCDE. Paris. 2018.

<sup>48</sup> OCDE. **Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy**. Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). Paris. 2014

<sup>49</sup> Definida como o conjunto de atividades empreendidas pelo órgão regulador, de forma preventiva ou repressiva, aleatória ou em periodicidade determinada, com o objetivo de assegurar que a regulação seja cumprida e, sobretudo, que os objetivos regulatórios sejam alcançados. O conceito de fiscalização regulatória abrange, portanto, ações de planejamento, supervisão, acompanhamento, controle e inspeção, bem como a implementação de medidas administrativas que podem decorrer dessas atividades (resolutivas, cautelares ou sancionatórias), todas adotadas com o fim de garantir a conformação da conduta dos regulados e de prevenir e corrigir eventuais descumprimentos das normas e obrigações impostas.

<sup>50</sup> OCDE. **Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy**. Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). Paris. 2014.

OCDE em seu *Regulatory Enforcement and Inspections: OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*:

Tabela 1 - Doze pontos contidos na Diretriz sobre execução e inspeção

Princípio	Detalhamento
<b>1. Cumprimento baseado em evidência</b> ( <i>evidence-based enforcement</i> )	A aplicação dos regulamentos e as inspeções regulatórias devem ser baseadas em evidências: <b>decisão sobre o que inspecionar e como deve ser fundamentada em dados e evidências</b> , e os resultados devem ser avaliados regularmente.
<b>2. Seletividade</b> ( <i>selectivity</i> )	A promoção de regras de cumprimento e aplicação deve ser deixada às forças do mercado, às ações do setor privado e às atividades da sociedade civil sempre que possível: <b>inspeções e fiscalizações não podem ocorrer em qualquer lugar e abordar tudo</b> . Existem muitas outras maneiras menos invasivas de alcançar os objetivos da regulação.
<b>3. Foco no risco e proporcionalidade</b> ( <i>risk focus and proportionality</i> )	A aplicação da regulação deve ser baseada no risco e na proporcionalidade: <b>a frequência das inspeções e os recursos empregados devem ser proporcionais ao nível de risco</b> , e as ações de aplicação da lei ou da norma infralegal devem ter como objetivo reduzir o risco real representado pelas infrações.
<b>4. Regulação responsiva</b> ( <i>responsive regulation</i> )	A aplicação deve basear-se em princípios de “regulamentação responsiva”; isto é, <b>as ações de fiscalização devem ser moduladas dependendo do perfil e comportamento de empresas específicas</b> .
<b>5. Visão de longo prazo</b> ( <i>long-term vision</i> )	Os governos devem adotar políticas de fiscalização e de supervisão regulatórias e estabelecer mecanismos institucionais com objetivos claros e estratégia de longo prazo.
<b>6. Coordenação e consolidação</b> ( <i>co-ordination and consolidation</i> )	As funções de inspeção devem ser coordenadas e, quando necessário, consolidadas: <b>menos duplicação e menos sobreposições</b> garantirão um melhor uso dos recursos públicos, minimizarão a carga sobre os temas regulados e maximizarão a eficácia.

<p><b>7.Governança transparente</b> <i>(transparent governance)</i></p>	<p>Estruturas de governança e de políticas de recursos humanos para aplicação regulatória devem apoiar a transparência, o profissionalismo e o gerenciamento orientado a resultados. A execução da aplicação regulatória deve ser independente da influência política e os esforços de promoção da conformidade devem ser recompensados (incentivos positivos).</p>
<p><b>8.Integração de informação</b> <i>(information integration)</i></p>	<p>As <b>tecnologias da informação e comunicação</b> devem ser usadas para maximizar o <b>foco nos riscos</b>, promover a coordenação e o <b>compartilhamento de informações</b> e garantir um uso otimizado dos recursos.</p>
<p><b>9.Processo claro e justo</b> <i>(clear and fair process)</i></p>	<p>Os governos devem garantir que as regras e processos de execução e inspeções sejam claros. É necessário adotar e publicar legislação coerente para organizar as inspeções e a fiscalização, e os direitos e obrigações dos funcionários e das empresas.</p>
<p><b>10.Promoção de compliance</b> <i>(compliance promotion)</i></p>	<p>A <b>transparência</b> e a conformidade devem ser promovidas através do uso de instrumentos apropriados, como <b>orientações, conjunto de instrumentos (toolkit) e listas de verificação</b>.</p>
<p><b>11.Profissionalismo</b> <i>(professionalism)</i></p>	<p>Os inspetores e outros agentes de avaliação da conformidade devem ser treinados e gerenciados para garantir profissionalismo, integridade, consistência e transparência. Isso requer <b>treinamento substancial</b>, focando não apenas as habilidades técnicas, mas também genéricas de inspeção. Diretrizes oficiais para os inspetores e outros agentes de avaliação da conformidade podem auxiliar a <b>garantir consistência</b> e legalidade nas atividades.</p>
<p><b>12.Checagem da realidade</b> <i>(Reality check):</i></p>	<p>As instituições encarregadas da inspeção e de fiscalização, e o sistema regulatório de fiscalização e fiscalização como um todo, devem oferecer os níveis de desempenho esperados delas - em termos de satisfação das partes interessadas, eficiência (benefícios / custos) e eficácia geral (segurança, saúde, proteção ambiental etc.).</p>

Fonte: OCDE. Elaboração: Centro de Estudos do Comércio Global e Investimentos - EESP/FGV

Note-se que, face aos princípios universais propugnados pela OCDE como orientadores da atuação fiscalizatória das agências reguladoras, não há dúvida de que a abordagem baseada em risco é adotada como pilar central, recomendando-se expressamente que as autoridades sejam seletivas em suas inspeções e fiscalizações – já que se admite não ser possível, tampouco desejável que se fiscalize tudo e todos e, principalmente, se sugere a adoção de maneiras menos invasivas de alcançar os objetivos da regulação – bem como que coloquem seu foco no risco e, por consequência, na proporcionalidade das medidas que devem ser aplicadas para gerenciá-lo, utilizando-se, portanto, das avaliações de risco como critério para determinar a frequência, intensidade e escopo das fiscalizações, assim como os recursos e instrumentos a serem empregados.

A abordagem baseada em risco pressupõe, assim, inafastavelmente, que o regulador eleja suas prioridades de supervisão, monitoramento e fiscalização a partir dos riscos de não conformidade que, uma vez mapeados e analisados, inclusive quanto à probabilidade de ocorrerem e quanto aos efeitos que podem provocar, considera aceitáveis ou inaceitáveis no processo.

Veja que, embora tal estratégia seja muitas vezes vista como novidade associada aos esforços recentes de melhoria regulatória, que têm a eficiência e a redução de custos como grandes molas propulsoras, no fundo, como bem observa Julia Black<sup>51</sup>, as agências reguladoras sempre tiveram que fazer escolhas e atuar de forma seletiva, priorizando atividades e a alocação de recursos. O que seria realmente novo, segundo a autora, é que os modelos regulatórios baseados em risco impõem, agora, aos reguladores, que suas decisões sejam, como método, fundamentadas no critério risco e que sejam tornadas públicas e explicitadas suas razões, o que exige do regulador uma maior preocupação com a legitimidade de suas escolhas e seu efeito retórico, já que introduz uma matriz de avaliações que envolve não mais apenas critérios de custo e benefício econômicos, mas incertezas,

---

<sup>51</sup> Black, Julia. The emergence of risk-based regulation and the new public management in the United Kingdom. **Public Law**, p. 512-549, 2005. p.531.

impactos e probabilidades que podem não se confirmar e cuja análise envolve necessariamente certo grau de subjetividade por parte do regulador.

Assim, o dilema do regulador ao implementar um modelo de fiscalização baseada em risco está exatamente em admitir que não evitará todos os riscos, não detectará todas as violações, não focará em todos os problemas ou será de capaz evitar o descumprimento de todas as obrigações regulatórias, mas que, consciente e deliberadamente está optando por não adotar algumas medidas – ou até por não adotar nenhuma medida de supervisão ou fiscalização – em relação a segmentos, atividades ou regulados específicos, simplesmente porque o risco em certas circunstâncias pode ser tolerado e, por isso, ele não se encontra dentro das prioridades da ação fiscalizatória e sancionatória.

Nesse sentido, o grande desafio do regulador em seu processo de avaliação de risco, do qual resultará a definição dos critérios de seletividade e priorização de sua atuação, é encontrar um equilíbrio entre o erro por excesso de cautela (presumir que algo é arriscado quando não é) ou o erro por negligenciar o risco (assumindo que algo é seguro quando não é), de modo a pautar-se por ações capazes de verdadeiramente responder de modo proporcional a cada nível e perfil de risco oferecido por determinadas atividades ou determinados sujeitos.

Desse modo, o êxito de uma abordagem baseada em risco é intrinsecamente ligado à regulação baseada em evidências, ou seja, à capacidade do regulador de coletar, processar e analisar dados e informações das mais diferentes fontes, para que possa produzir conhecimento e inteligência acerca das atividades reguladas e do perfil de cada operador, aptos a adequadamente fundamentar suas escolhas.

Não sem razão, um dos princípios previstos nas Diretrizes da OCDE para as inspeções regulatórias é o da Coordenação e Consolidação, o qual recomenda que as atividades de acompanhamento e de fiscalização sejam coordenadas e, quando necessário, consolidadas pelos reguladores, evitando-se

duplicações e sobreposições de modo a garantir um melhor uso dos recursos públicos e a maximização de sua eficácia.

Verifica-se, portanto, ser essencial, para o sucesso de qualquer estratégia de priorização fiscalizatória, evitar a proliferação de diferentes frentes de fiscalização, conduzidas de forma autônoma e desconectada com as demais, por setores distintos de uma mesma Agência reguladora. Tal situação pode não só gerar conflitos e incoerências na relação entre regulador e regulados, que é uma, mas, também, impedir que o regulado tenha seu perfil comportamental avaliado de forma global, de modo que tenha sua postura e disposição de cumprir os regulamentos e cooperar com o regulador examinada em sua completude. Essa integração do planejamento e execução da ação fiscalizadora também evita que o regulador envie sinais confusos ou distintos às partes reguladas, o que pode comprometer a confiança e desencorajar a conformidade.

Observe-se que essa recomendação para que o regulador atue de forma coordenada a fim de buscar conhecer o perfil dos regulados, decorre, ademais, do princípio da regulação responsiva, também expressamente citado pela OCDE como diretriz basilar a orientar as fiscalizações executadas pelas agências reguladoras, cujas ações “devem ser moduladas dependendo do perfil e comportamento de empresas específicas”.

Com efeito, conforme já argumentado neste relatório, para se implementar um modelo de fiscalização que adote estratégia baseada em risco, formulada e executada à luz da teoria da regulação realmente responsiva, deve-se conhecer bem o perfil de cada regulado e se levar em consideração os complexos e múltiplos fatores que influenciam e motivam o seu comportamento, como pressões institucionais internas e externas, incluindo busca de lucratividade ou reputação, posição no mercado, congruência de demandas regulatórias externas e

objetivos internos, meios pelos quais as normas regulatórias são impostas e valoração das regras.<sup>52</sup>

Posto isso, passa-se à análise das diretrizes e normas existentes no âmbito da ANAC a fim de examinar se essas já se encontram aderentes ao modelo de fiscalização baseada em risco orientada pela regulação responsiva, nos termos propugnados neste relatório, e identificar eventuais travas normativas, organizacionais ou processuais que possam estar impedindo ou desincentivando a plena implementação de tal modelo no âmbito da Agência.

### **3.1. A priorização da atuação fiscalizatória-sancionatória já se encontra normativamente prevista no âmbito da ANAC**

Uma das questões colocadas em relação à implementação de modelo de fiscalização baseada em risco orientada pela regulação responsiva no âmbito da ANAC diz respeito à viabilidade jurídica da priorização, variação na frequência e intensidade da atuação fiscalizatória/sancionatória da Agência sobre regulados/sistemas, haja vista que a regulação responsiva pressupõe regimes jurídicos distintos para diferentes níveis de conformidade.

Primeiramente, deve-se rememorar o fato de que, conforme analisado no Relatório da Meta 6 deste Projeto de Pesquisa, o modelo de fiscalização regulatória da ANAC foi profundamente alterado nos últimos anos por iniciativas como o Projeto “Gestão da Fiscalização”, criado em 2013 e implementado em 2015, no contexto do Plano Estratégico 2015-2019 da Agência.

Nesse sentido, uma das principais normas que resultaram desse processo de modernização foi a Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017, por

---

<sup>52</sup> BLACK, Julia; BALDWIN, Robert. Really Responsive Regulation. *Modern Law Review*, v. 71, n.1, p. 59-94, 2008.

meio da qual a Agência estabeleceu as Diretrizes para a Qualidade Regulatória da ANAC:

Tabela 2 - Dimensões e diretrizes regulatórias para a atuação da ANAC

Dimensão	Diretriz	Estratégias
Ambiente Regulatório	A ANAC deve desenvolver um ambiente regulatório estável e sustentável	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Desenvolver mecanismos de planejamento em todos os tipos de atividade regulatória que estimulem o adequado e consciente comportamento dos entes regulados do setor, a fim de promover a segurança das operações e a qualidade do serviço prestado à sociedade.</li> <li>- Estabelecer instrumentos de ação regulatória que sejam coerentes com o grau de intervenção necessária, que não gerem empecilhos à evolução tecnológica do setor e que, respeitados os limites aceitáveis de risco, considerem as peculiaridades dos diversos entes regulados e minimizem as distorções concorrenciais.</li> <li>- Garantir que a modelagem de intervenção nos diferentes tipos de atividade regulatória, aplicados aos diversos segmentos do setor, sejam proporcionais à exposição do risco gerado à sociedade, ao comportamento histórico do segmento e à condição econômica do ente regulado.</li> <li>- Aplicar devidamente medidas de natureza preventiva, sancionatória e cautelar que visem manter a segurança das operações e a qualidade do serviço prestado à sociedade.</li> </ul>



		<ul style="list-style-type: none"> <li>- Realizar o acompanhamento e orientação aos entes regulados que demonstrarem comprometimento com a solução das suas deficiências.</li> </ul>
Regulação Técnica	<p>A ANAC deve modelar seu arcabouço técnico-regulatório com base no risco associado às operações e orientado ao desempenho esperado dos entes regulados</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Estabelecer meios de avaliação dos riscos operacionais, com a utilização dos dados e informações disponíveis, para a modelagem da regulação técnica de maneira proporcional ao risco identificado e para o monitoramento do desempenho dos entes regulados.</li> <li>- Promover um ambiente colaborativo com os entes regulados que possibilite o aprimoramento contínuo do sistema de aviação, incentive condutas conscientes de observância aos requisitos e desenvolva a cultura de segurança.</li> </ul>
Regulação Econômica	<p>A ANAC deve modelar seu arcabouço econômico-regulatório para promover a concorrência, a fim de ampliar a oferta de serviços do setor</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Adotar as melhores práticas de regulação por incentivos e incorporá-las gradativamente, harmonizadas às orientações da Organização de Aviação Civil Internacional e respeitando as especificidades do mercado brasileiro.</li> </ul>
Regulamentação	<p>A ANAC deve realizar a adequada intervenção regulatória quando necessário, mantendo sua estrutura normativa compreensível e atualizada</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Considerar, além da própria regulamentação, outros mecanismos regulatórios que se demonstrem mais eficientes para promover o adequado e consciente comportamento dos entes regulados.</li> <li>- Estimular os agentes econômicos do setor a estruturar e apresentar dados que permitam a qualificada avaliação de impacto em todas as etapas do desenvolvimento normativo: na identificação dos</li> </ul>

		<p>problemas e das possíveis soluções, nas discussões das alternativas regulatórias que podem ser consideradas e na elaboração da proposta de regulamentação.</p>
<p>Planejamento da Fiscalização</p>	<p>A ANAC deve planejar suas ações de fiscalização de forma coordenada, priorizando as atividades que possuam maior exposição ao risco e que configurem maior assimetria de informação às pessoas impactadas pelas operações</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Utilizar as informações provenientes da coleta, tratamento e análise de dados do setor, na avaliação de risco, na definição das prioridades e no estabelecimento do planejamento da fiscalização.</li> <li>- Garantir o compartilhamento das informações provenientes da coleta, tratamento e análise de dados do setor entre as diversas Unidades Organizacionais da Agência, a fim de permitir a caracterização e permanente atualização do grau de risco dos entes regulados.</li> <li>- Promover o desenvolvimento de mecanismos para o planejamento integrado das ações de fiscalização em coordenação com as Unidades Organizacionais da ANAC e com outros órgãos, buscando aumentar a eficiência da atividade e reduzir o ônus imposto sobre os entes regulados.</li> </ul> <p>Estabelecer mecanismos para desonerar os entes regulados, por meio de: a) definição, conforme maturidade do ente regulado e avaliação do risco identificado, de quais meios para execução das atividades de fiscalização serão utilizados e como o ente regulado será demandado; b) definição da necessidade de ação de fiscalização externa à ANAC, considerando a criticidade dos requisitos a serem verificados e a confiabilidade dos dados provenientes dos entes regulados e de terceiros; c) formalização de parâmetros para a</p>

		<p>distinção entre erros (culpa) e ações deliberadas (dolo).</p> <p>- Na alocação de recursos de fiscalização, levar em consideração, ao menos, os seguintes critérios: a) o número de vidas humanas expostas às operações realizadas pelo ente regulado, conforme a seguinte ordem de potencial impacto sobre</p> <p>i. passageiros em transporte aéreo público; ii. terceiros não envolvidos, porém potencialmente impactados pelas operações aéreas; iii. passageiros de serviços aéreos privados; iv. agentes dos entes regulados envolvidos diretamente nas operações aéreas; b) a assimetria da informação do usuário do transporte aéreo em relação à condição operacional dos entes regulados que lhe prestam o serviço; c) a quantidade prevista das operações, caracterizando o nível de exposição ao risco; d) o histórico do grau de cumprimento aos requisitos técnicos por parte do ente regulado, considerando a distinção entre erros e violações deliberadas; e) a existência de indícios de erros e ações deliberadas que coloquem em risco as operações.</p>
<p>Execução da Fiscalização</p>	<p>A ANAC deve direcionar seus esforços para que suas ações de fiscalização induzam os entes regulados a apresentar o desempenho adequado</p>	<p>- Induzir a adequação de não-conformidade aos requisitos ou aos parâmetros estabelecidos na certificação ou outorga, podendo adotar medidas de natureza preventiva e sancionatória, sem prejuízo às medidas cautelares, quando necessárias.</p> <p>- Avaliar a relevância de determinada conduta ou condição no impacto à segurança e à qualidade</p>

do serviço, de modo que as eventuais medidas administrativas sejam proporcionais ao risco avaliado, à condição operacional e econômica do ente regulado e à ordem pública, levando em conta: a) o número de passageiros e outros usuários afetados; b) o tempo necessário para a adequação da não conformidade; c) a recorrência da não conformidade gerada pelo ente regulado; d) a existência de risco iminente a vidas humanas; e) a identificação de ação deliberada por parte do ente regulado; f) a comprovação de adoção de medidas corretivas por parte do ente regulado; g) a proporcionalidade e a razoabilidade do impacto das medidas à sociedade.

- Promover a integração dos sistemas tecnológicos de execução da fiscalização, para permitir a avaliação dos critérios que norteiem a adoção das medidas administrativas da Agência.

- Estimular o uso de canais de comunicação que permitam ao ente regulado apresentar sua situação perante os requisitos, podendo a Agência se limitar a adotar medidas de natureza preventiva quando houver o reconhecimento de não conformidade e a comprovação de ações corretivas efetivas, sem prejuízo da adoção de medidas cautelares, quando necessárias.

5. Estabelecer condições e circunstâncias sob as quais o ente regulado deve tratar e solucionar internamente deficiências específicas, comprovando à Agência

		<p>a efetividade das ações corretivas adotadas para reestabelecer as condições mínimas aceitáveis.</p> <p>6. Incentivar os entes regulados a cumprir conscientemente os requisitos por meio da conduta cooperativa e da utilização de instrumentos de fiscalização que esclareçam os requisitos avaliados e permitam a compreensão das não conformidades identificadas.</p>
--	--	---

Fonte: ANAC – Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017.

Note-se que em todas as diretrizes e estratégias estabelecidas pela ANAC, por meio da Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017, como norteadoras de seu processo de busca por uma maior qualidade regulatória, há claramente a presença de elementos característicos de uma abordagem baseado em risco a ditar a atuação de seus servidores.

A norma faz referência expressa, por exemplo, à necessidade de que os instrumentos da ação regulatória sejam proporcionais ao risco e coerentes com o grau de intervenção necessária, considerando-se, inclusive, as peculiaridades de cada regulado, como o comportamento histórico e sua condição econômica.

Para tanto, é prevista na referida portaria, que a Agência deve estabelecer meios de avaliação dos riscos operacionais, com a utilização dos dados e informações disponíveis, para a modelagem da regulação técnica de maneira proporcional ao risco identificado e para o monitoramento do desempenho dos entes regulados.

A portaria em exame também estabelece como estratégia de atuação que a ANAC estimule os regulados a estruturar e apresentar dados que permitam a qualificada gestão de riscos do setor, bem como que a Agência utilize tais

informações provenientes da coleta, tratamento e análise de dados na avaliação de risco, na definição das prioridades e no estabelecimento do planejamento da fiscalização, garantindo, inclusive, o compartilhamento desse conhecimento produzido entre as diversas Unidades Organizacionais da Agência, a fim de permitir o planejamento integrado das ações de fiscalização, uma maior eficiência da atividade e a redução do ônus imposto sobre os entes regulados.

Observe-se que a referida portaria contempla também diversos elementos próprios da teoria responsiva, como a gradação das medidas administrativas decorrentes da fiscalização, que leve em consideração a natureza da atividade e o histórico do agente regulado, e o estímulo à cooperação no cumprimento das normas legais. Nesse sentido, a norma prevê expressamente, por exemplo, que a Agência promova um ambiente colaborativo com os regulados, que possibilite o aprimoramento contínuo do sistema de aviação e incentive condutas de conformidade, bem como que acompanhe e oriente os entes regulados que demonstrem comprometimento com a correção de suas deficiências, aplicando de forma devida medidas de natureza preventiva, sancionatória ou cautelar que visem manter a segurança das operações e a qualidade do serviço prestado à sociedade.

Ressalte-se que esse movimento de implementação de um modelo regulatório responsivo e baseado em risco no âmbito da ANAC foi fortalecido, em seguida à adoção da Portaria nº 3.092, de 2017, que tratava da Qualidade Regulatória, pela criação, em 2018, do projeto prioritário “Enforcement”, o qual tinha por objetivo estruturar uma “pirâmide de enforcement” a ser utilizada pela Agência em seu processo de monitoramento e fiscalização da conduta dos regulados, em linha com o que preconizam as teorias regulatórias de incentivo, conforme ilustrado na figura a seguir, disponibilizada pela própria Agência:

Figura 2 - Pirâmide de Enforcement da ANAC



Fonte: figura extraída da publicação “Radar” (ANAC. Radar - Por Dentro das Normas - Enforcement, Brasília, Novembro 2018.)

Ocorre que, ainda na fase de diagnóstico de tal projeto prioritário, a ANAC identificou a existência de um enorme passivo de autos de infração, os quais levariam, pelas estimativas efetuadas, quase 4 anos para serem concluídos. Desse modo, a Agência percebeu que as regras da própria atuação fiscalizatória da Agência precisavam ser revistas, pois não havia como se cogitar de um processo de caráter preventivo, orientativo e pedagógico se esse se arrastava por período tão longo.

Assim, investigando o problema, a equipe do projeto prioritário deduziu que tal situação seria resultado, em grande medida, do marco regulatório extremamente prescritivo e detalhista que regia a regulação do setor de aviação civil. Nesse sentido, diante da impossibilidade de a Agência revisar as normas e orientações internacionais que regulam o setor, a alternativa encontrada foi identificar, no âmbito de suas próprias regras, aquelas que pudessem ser objeto de reforma e aprimoramento.

Nesse contexto, foi, editada, então, a Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, a qual estabelece e disciplina as providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC, instituindo

as denominadas providências administrativas preventivas, cujo objetivo é estimular o cumprimento mais célere e eficaz dos ditames legais pelos regulados:

## RESOLUÇÃO n° 472, de 6 de junho de 2018

Art. 1º Estabelecer, nos termos desta Resolução, as providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização da aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária sob competência da ANAC.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Resolução não se aplicam à fiscalização do cumprimento das cláusulas contidas nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, à fiscalização da regulamentação editada para discipliná-las e aos processos administrativos instaurados quando verificados indícios de infração às mesmas.

### TÍTULO I

#### DA INTRODUÇÃO

#### CAPÍTULO I

#### DAS DEFINIÇÕES

Art. 2º Para os fins desta Resolução, considera-se:

I - certificação: conjunto de atividades de competência da ANAC destinadas a verificar e atestar que um profissional, produto, empresa ou processo atende aos requisitos estabelecidos em legislação relativa à aviação civil, visando a proteger e a resguardar o interesse público conforme as disposições da lei, no interesse da segurança, e da qualidade dos serviços aéreos;

II - outorga: conjunto de atividades desempenhadas pela ANAC com o propósito de autorizar, delegar, permitir ou conceder a um interessado a prerrogativa de operar serviço público regulado pela ANAC, obedecidas as condições de segurança e qualidade previstas nos processos de certificação;

III - fiscalização: conjunto de atividades de competência da ANAC destinadas a verificar se os requisitos aplicáveis a atividades reguladas pela ANAC estão sendo cumpridos, podendo ser de 2 (duas) naturezas:

a) vigilância continuada: fiscalização voltada ao acompanhamento do desempenho de serviço outorgado ou profissional, produto,



empresa e processo certificados pela ANAC, objetivando verificar a manutenção do cumprimento aos requisitos e aos parâmetros previstos nos processos de certificação e outorga; e

b) ação fiscal: fiscalização voltada aos regulados que atuam no setor sem a devida certificação ou outorga, aos casos de ineficácia das medidas recomendadas em providências de vigilância continuada, bem como às atividades de proteção da sociedade;

IV - Plano de Ações Corretivas - PAC: documento apresentado pelo regulado, contendo minimamente a descrição das ações a serem adotadas para correção da condição irregular, cronograma para implementação das ações e a indicação de responsável.

V - regulado: pessoa física ou jurídica que exerce atividade regulada pela ANAC, sendo possuidora ou não de certificado ou outorga; e

VI - Relatório de Ocorrência - RO: é o ato administrativo pelo qual o agente da ANAC descreve as circunstâncias em que foram constatadas possíveis violações à legislação de aviação civil, com o objetivo de instruir o Processo Administrativo Sancionador - PAS com os elementos necessários à decisão.

## CAPÍTULO II

### DA FISCALIZAÇÃO E DOS SEUS RESULTADOS

Art. 3º O resultado da fiscalização desencadeará a adoção de providência administrativa, caso constatada infração durante ou após a fiscalização.

Parágrafo único. As providências administrativas de que tratam o caput deste artigo classificam-se em preventiva, sancionatória e acautelatória.

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

Note-se que a Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018 da ANAC formaliza as duas espécies de fiscalização que já eram utilizadas pela Agência:

uma exercida de forma continuada, que visa a monitorar a manutenção dos requisitos legais pelo regulado que obteve outorga ou certificado da ANAC, e outra pontual, resultante de ação fiscal planejada, dirigida aos demais regulados do setor ou àqueles que, monitorados sob vigilância continuada, descumpriram eventuais medidas corretivas impostas pelo regulador. Mas, ao final de ambas, o resultado será a adoção de alguma das providências administrativas previstas na norma, as quais são classificadas em preventiva, sancionatória e acautelatória.

É de se destacar que a Resolução em comento autoriza o regulador, de forma inovadora e em total conformidade com os preceitos da abordagem baseada em risco e da regulação responsiva, a considerar, em sua decisão acerca de qual providência administrativa a ser adotada no caso concreto, o histórico do setor e do regulado, verificando as providências administrativas já exaradas anteriormente pela ANAC, o atendimento aos planos de ações corretivas, os indicadores de risco e o desempenho dos regulados.

Ou seja, a grande novidade estabelecida pela referida norma é possibilidade expressa de que sejam adotadas, pela Agência, providências administrativas que não apenas as medidas eminentemente sancionatórias e que essa decisão sobre o tipo de providência a ser implementada leve em consideração critérios de avaliação de risco do requisito normativo infringido e o histórico do regulado infrator.

Em alinhamento, também, com os princípios da teoria da regulação responsiva, a Resolução nº 472, da ANAC, adotou o escalonamento das respostas regulatórias, inovando ao estabelecer a possibilidade de implementação de providências administrativas preventivas, de caráter mais brando, previamente à adoção de medidas sancionatórias ou mesmo de medidas acautelatórias, oferecendo ao setor mais transparência e previsibilidade sobre a atuação da Agência:

#### DAS PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS PREVENTIVAS

Art. 5º A aplicação de providência administrativa preventiva não constitui sanção ao regulado e tem por objetivo estimular o retorno ao cumprimento normativo de forma célere e eficaz.

## CAPÍTULO I

### DOS TIPOS DE PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS PREVENTIVAS

Art. 6º Constituem-se providências administrativas preventivas:

I - Aviso de Condição Irregular - ACI; e

II - Solicitação de Reparação de Condição Irregular - SRCI.

#### Seção I

##### Do Aviso de Condição Irregular

Art. 7º O ACI pode ser emitido quando constatada infração de baixo impacto ou que não afete a segurança das operações aéreas.

Parágrafo único. A ANAC emitirá o ACI por meio de notificação ao regulado, contendo a descrição da infração detectada.

#### Seção II

##### Da Solicitação de Reparação de Condição Irregular

Art. 8º A SRCI pode ser emitida quando constatada infração cuja correção deva ocorrer em determinado prazo.

§ 1º A SRCI conterá a descrição da infração detectada.

§ 2º Da SRCI deverá constar prazo para correção da infração constatada ou concessão de prazo máximo de 60 (sessenta) dias ao regulado para apresentação de Plano de Ações Corretivas - PAC.

§ 3º O PAC será considerado aceito caso não haja manifestação da ANAC no prazo de 60 (sessenta) dias a partir de seu recebimento.

§ 4º O regulado deverá comprovar à ANAC a correção da infração dentro dos prazos estabelecidos na SRCI ou no PAC, sob pena de adoção de outras providências administrativas.

## TÍTULO III

### DAS PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS SANCIONATÓRIAS CAPÍTULO I

## DOS TIPOS DE PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS SANCIONATÓRIAS

Art. 9º Constituem providências administrativas sancionatórias:

I - multa;

II - suspensão punitiva de certificados, licenças, concessões ou autorizações; e III - cassação de certificados, licenças, concessões ou autorizações.

### CAPÍTULO II

#### DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

##### Seção I

##### Das Disposições Preliminares

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

##### Seção II

##### Da Instauração do Processo Administrativo Sancionador

Art. 11. Constatada infração que justifique a adoção de providência administrativa sancionatória, será lavrado auto de infração, para fins de instauração de PAS.

Adicionalmente, observe-se que a norma prevê a possibilidade de o regulador valer-se de dois tipos de instrumentos preventivos: o Aviso de Condição Irregular (ACI), por meio do qual a ANAC simplesmente notifica o regulado acerca de inconformidade detectada, e a Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI), quando a Agência estipula um prazo para a correção da conduta. O que distingue as situações aptas a ensejar a adoção de uma ou de outra providência é a natureza da infração e a avaliação acerca do impacto que ela pode causar. Quando a falha ou irregularidade é considerada de baixo impacto pelo regulador, ou seja, que não tem o condão de afetar a segurança das operações aéreas, a ANAC poderá lançar mão do mero Aviso de Condição Irregular.

Questão interessante que também merece realce é a previsão de que, na providência de Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI), quando essa não puder ser atendida de forma imediata, é dizer, quando for necessária a concessão de prazo para a correção da situação, o regulado deverá apresentar, em até 60 (sessenta) dias, Plano de Ações Corretivas – PAC, cujos resultados deverão ser comprovados à ANAC, sob pena de adoção de outras providências administrativas.

Além disso, quando as providências preventivas se mostrarem insuficientes para garantir o cumprimento da norma pelo regulado, a ANAC poderá adotar um dos três instrumentos de caráter punitivo previstos na nova resolução: multa, suspensão punitiva e cassação.

A tabela, a seguir, organiza e detalha as informações atinentes ao novo modelo de *enforcement* regulatório adotado pela ANAC:

Tabela 3 - Providências Administrativas ANAC na Fiscalização

Tipo	Providência administrativa	Finalidade	Aplicabilidade
Preventivas	<u>Aviso de Condição Irregular (ACI)</u>	<u>Mero aviso (<i>warning</i>), destinado a alertar o ente regulado sobre alguma irregularidade</u>	<u>Irregularidades de baixo risco; regulados com bom histórico de compliance.</u>
	<u>Solicitação de Reparo de Condição Irregular (SRCI)</u>	<u>Concessão de prazo para que o regulado corrija a irregularidade verificada. O prazo pode ser determinado ou pactuado com o regulado, por meio de plano de ação corretiva (PAC).</u>	<u>Irregularidades de risco tolerável por certo prazo; regulados com bom histórico e com postura colaborativa.</u>
Sancionatórias	Multa	Sanção pecuniária, com a finalidade de encarecer e desestimular as	Irregularidades de risco tolerável, mas com reincidência. Regulado com histórico ruim em

		irregularidades e o descumprimento.	relação a outras infrações.
	Suspensão Punitiva	Retirar temporariamente o regulado infrator do mercado, de forma a desestimular ainda mais a prática de infrações e mandar um sinal a outros infratores.	Irregularidades de alto risco. Ilícitos – operar sem a devida autorização. Regulados com péssimo histórico de infrações.
	Cassação	Retirar definitivamente o regulado infrator do mercado, de forma a impedir que preste mais serviços e que volte a gerar risco à aviação.	Irregularidades de alto risco. Ilícitos – operar sem a devida autorização. Regulados com péssimo histórico de infrações, incluindo suspensões anteriores.
<b>Acautelatórias</b>	Detenção, apreensão, suspensão cautelar	Restringir imediatamente a operação do agente infrator, ou da infraestrutura ou do produto adulterado, de forma a evitar expor outras pessoas a risco.	Risco iminente: irregularidades de alto risco. Ilícitos – operar sem a devida autorização.

Fonte: ANAC – Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018 e portarias com os compêndios de elementos de fiscalização de diversos regulamentos da Agência.

Constata-se, portanto, que **ambas as normas - Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017 e Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018 – oferecem, sem sombra de dúvidas, os fundamentos jurídicos necessários à aplicação, pela ANAC, de modelo de fiscalização baseado em risco e orientado pela teoria responsiva**, o qual não mais se fundamenta na sanção como instrumento exclusivo ou privilegiado de *enforcement*, mas reconhece a necessidade de que o regulador se valha de dados, informações e conhecimento para definir, de forma estratégica e inteligente, o escopo e seletividade de sua

atuação fiscalizatória, bem como lance mão de sua prerrogativa de priorizar determinadas atividades, setores ou sujeitos e de decidir, no caso concreto, face a uma situação de descumprimento de obrigação regulatória, sobre a utilidade e conveniência de se instaurar o processo sancionatório ou de se adotar providência de natureza preventiva.

Registre-se que, mais recentemente, a ANAC editou a Resolução nº 599, de 14 de dezembro de 2020, a qual, estabelecendo o rito do processo administrativo para a apuração de infrações praticadas pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária às cláusulas contidas nos contratos de concessão e em seus editais, adotou a mesma lógica das anteriores ao privilegiar mecanismos de cooperação entre o regulador e o regulado e maior eficiência no alcance da conformidade contratual.

Note-se, por exemplo, que a norma, entre outros dispositivos, estabelece, no parágrafo único de seu art, 1º, que a fiscalização deverá priorizar medidas de educação, orientação, monitoramento, melhoria contínua, prevenção, coordenação e regularização de condutas, transparência e cooperação.

Também à semelhança do modelo previsto na Resolução nº 472/2018, a Resolução nº 599, de 2020, introduziu a possibilidade de que as providências administrativas, a serem adotadas pela ANAC, quando constatada infração durante ou após a fiscalização, sejam de natureza preventiva: aviso de condição irregular (ACI) ou solicitação de reparação de condição irregular (SRCI), as quais visam estimular o rápido retorno do operador à situação de conformidade.

Ressalte-se que, como esses instrumentos somente podem ser utilizados uma vez atendidos os requisitos previstos na norma, referentes à baixa lesividade da infração e ao histórico de conformidade da concessionária, eles são claramente orientados pela abordagem baseada em risco e possuem caráter eminentemente responsivo:

Art. 9º As providências administrativas preventivas poderão ser aplicadas quando, após considerados o impacto da conduta sobre a segurança das operações, a sanção abstratamente cominada para a prática infracional, os danos, efetivos ou potenciais, resultantes da infração para o serviço e para os usuários, e as vantagens, efetivas ou potenciais, auferidas pela Concessionária em razão da infração, restar caracterizada sua baixa lesividade.

§ 1º Impedem a aplicação de providências administrativas preventivas, mesmo quando preenchidos os requisitos previstos neste artigo:

I - a aplicação de providência administrativa sancionatória à concessionária pela mesma espécie

de infração nos 3 (três) anos anteriores à prática da infração constatada, contados da decisão administrativa transitada em julgado, salvo quando outro prazo for fixado no respectivo contrato de concessão de infraestrutura aeroportuária; ou

II - a aplicação de providência administrativa preventiva à concessionária pela mesma espécie de infração nos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração constatada, salvo quando outro prazo for fixado pela autoridade competente para a fiscalização.

[...]

Art. 12. O ACI poderá ser emitido quando constatada infração que não afete diretamente a adequada prestação do serviço público concedido.

Art. 13. A SRCI poderá ser emitida quando constatada infração cuja correção deva ocorrer em determinado prazo.

§ 1º Da SRCI deverá constar prazo para correção da infração constatada ou para a apresentação de Plano de Ações Corretivas - PAC, nos termos designados pela ANAC.

Diante do todo o exposto, constata-se que o modelo de fiscalização baseada em risco, orientado por princípios de regulação responsiva, o qual tem nas estratégias de atuação seletiva, por meio da priorização de atividades, segmentos ou sujeitos regulados, e de atuação que privilegia a prevenção, o diálogo e a cooperação, já se encontra fartamente normatizado no âmbito da



ANAC, não havendo dúvidas acerca da possibilidade jurídica de a Agência estruturar, planejar e executar suas ações fiscalizatórias nesse sentido.

### **3.2. A priorização da atuação fiscalizatória-sancionatória do regulador constitui imperativo decorrente dos princípios da eficiência, proporcionalidade e razoabilidade que orientam a atuação da Administração Pública**

Uma vez demonstrado que a possibilidade de a ANAC desenvolver a sua ação fiscalizatória-sancionatória, responsivamente, por meio do estabelecimento de prioridades definidas com base em critérios de risco, já se encontra normativamente prevista em diferentes normas fixadas pela Agência, cabe esclarecer no presente tópico que, ainda que tais normas não previssem expressamente princípios orientadores da atuação regulatória responsiva e baseada em risco, esses constituem imperativos decorrentes dos princípios da eficiência, proporcionalidade e razoabilidade, os quais conformam a atuação da Administração Pública como um todo.

De fato, conforme profundamente argumentado no Relatório da Meta 6 deste Projeto de Pesquisa, os princípios da eficiência, proporcionalidade e da razoabilidade estão inseridos na estrutura normativa da Constituição, atuando, junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação e aplicação das regras constitucionais e infraconstitucionais, como critérios fundamentais a guiar e balizar a tomada de decisão pela Administração Pública.

O princípio da eficiência possui previsão expressa no texto constitucional e, como se sabe, tal princípio, inserto pela Emenda Constitucional 19/1998, visa a garantir o custo-benefício da ação administrativa, evitando-se desperdícios e gastos desnecessários ou inúteis.

A aplicação do princípio da eficiência no âmbito do Direito Administrativo Regulatório e Sancionador vem ganhando especial relevância nos últimos anos face à cada vez maior insubsistência dos custos da movimentação do aparato estatal para impor, pela via processual e sancionatória, a conformação de comportamentos.

De fato, com o desenvolvimento, em algumas searas, de metodologias de mensuração de custos relacionados à instauração e condução de processos administrativos, que começaram a evidenciar a existência de situações ilógicas e insustentáveis de processamento e persecução administrativa, questionamentos acerca da injustificável atuação indiscriminada e não criteriosa da Administração tornaram-se não somente comuns, como, também, ensejaram a normatização da matéria em alguns casos.

Já os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, embora não se encontrem expressamente previstos no texto constitucional, são considerados pela doutrina e jurisprudência, como pilares do paradigma de Estado Democrático de Direito e, como tal, como critérios orientadores e conformadores do raciocínio ponderativo que funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura que deve estar objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional.<sup>53</sup>

Nesse sentido, o princípio da razoabilidade, por exemplo, exige proporcionalidade entre os meios de que se vale a Administração e os fins a serem alcançados, não se tendo em vista o texto abstrato da norma, mas a sua finalidade material e concreta, medida no caso específico em exame. Caso a decisão se revele manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá evidentemente agido em desacordo com o princípio da razoabilidade.

---

<sup>53</sup> MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Já o princípio da proporcionalidade, também consagrado implicitamente na Constituição, visa a inibir eventuais abusos ou desvios de poder, garantindo que a Administração, no exercício de suas funções, se valha dos instrumentos e prerrogativas postos à sua disposição somente na medida necessária para alcançar os fins visados.

Ressalte-se, ademais, que os três princípios – da eficiência, da proporcionalidade e da razoabilidade - se encontram expressamente previstos na Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal, a qual, em seu art. 2º, preceitua o seguinte:

Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999

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

Parágrafo único. Nos processos administrativos, serão observados, entre outros, os critérios de:

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

Não há dúvida, portanto, que os princípios da eficiência, da proporcionalidade e da razoabilidade são de observância obrigatória no âmbito do Direito Administrativo e devem ser aplicados como critérios balizadores e legitimadores das decisões administrativas, inclusive na seara regulatória.

Finalmente, a recentíssima promulgação da Emenda Constitucional nº 109, de 16 de março de 2021, introduziu novo § 16 ao art. 37 da Constituição

Federal, acrescentando à principiologia administrativa brasileira a determinação de que os órgãos e entidades da administração pública realizem avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados.

Esse novo mandamento do poder constituinte derivado eleva à categoria constitucional a orientação básica regulatória de atuação administrativa estatal pautada por finalidades materiais de execução de políticas públicas, **gravando as normas infraconstitucionais com o efeito plasmador da instrumentalidade das técnicas nelas previstas, inclusive, por óbvio, a técnica sancionadora**, para determinar à administração pública, em geral, e ao regulador, em especial, o dever constitucional de orientação de sua conduta por avaliação conjuntural dos instrumentos utilizados. Não mais é facultado ao administrador supor a adequação dos efeitos de técnicas inscritas nas leis. A administração obtusa tornou-se flagrantemente inconstitucional; encontra-se, agora, escancarada a ordem constitucional de que a administração pública avalie sua atuação e, portanto, a aplicação automática e irrefletida de institutos jurídicos ou pretensas ordens legais ou regulamentares desprovidas de finalidades materiais.

Assim, não se trata mais de uma opção do legislador ou do regulador infralegal aplicar modelagem regulatória pautada pela aferição diuturna da eficácia das medidas de conformidade de condutas reguladas, mas um dever constitucional de que se opte por técnicas regulatórias capazes de efetivamente atrair o regulado para uma conduta regular de conformidade, como resultado maior de qualquer atuação regulatória.

### **3.2.1. Os órgãos de controle também adotam estratégia de fiscalização baseada em risco e trabalham sob a perspectiva**

## **da seletividade e priorização de riscos mais relevantes, prováveis e de impacto mais significativo**

Uma vez demonstrado que a priorização da atuação fiscalizatória-sancionatória do regulador constitui imperativo decorrente dos princípios da eficiência, proporcionalidade e razoabilidade que orientam a atuação da Administração Pública, demonstrar-se-á neste tópico que também os órgãos de controle, notadamente a CGU, vem adotando em suas normas e rotinas de auditoria e fiscalização a abordagem baseada em risco como estratégia balizadora para definir suas prioridades de controle para dedicarem-se aos setores e atividades mais suscetíveis a risco e de maior impacto social e o tem feito de forma responsiva em relação aos órgãos e gestores com quem interage no exercício desses misteres.

Como se sabe, a CGU figura como Órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, nos termos do Decreto nº 3.591, de 6 de setembro 2000, incumbindo-lhe a orientação normativa e a supervisão técnica dos órgãos e entidades.

Ocorre que, assim como nas Agências Reguladoras, também no âmbito da CGU, o debate sobre o papel do órgão e sua missão institucional e sobre o modelo adequado de auditoria, controle e fiscalização há muito se põe e, durante anos, gerou dúvidas.

De fato, em um primeiro momento, as atividades do órgão concentravam-se na verificação formal da legalidade e conformidade de processos e, tendo como foco o controle contábil e financeiro, voltavam-se à identificação de irregularidades. Nesse contexto, a postura prevalente na CGU privilegiava a atuação baseada no comando e controle, com foco na máxima e abrangente supervisão dos órgãos e entidades e na comprovação da legalidade dos atos administrativos e na avaliação de sua eficiência, eficácia e economicidade quanto aos aspectos orçamentários e financeiros.

Nos últimos anos, no entanto, influenciada pelo debate internacional de revisão e modernização do papel do controle e da auditoria – que evoluiu de um modelo com enfoque no exame da legalidade e conformidade de atos para um modelo orientado para a gestão de riscos; inspirada nos movimentos de reforma do serviço público – fundados na promoção da eficiência administrativa e na substituição do controle de procedimentos pelo controle de resultados; pressionada pelo governo – que cobrava uma atuação mais preventiva e voltada para a avaliação de políticas públicas e para o aprimoramento da gestão; assim como, também, cobrada pela sociedade – que clamava por um controle com ênfase na transparência e no combate à corrupção – a CGU veio, vigorosamente, enfrentando o viés formalista e punitivista que permeava a sua atuação, mais centrado na detecção e apontamentos de irregularidades, e imprimindo sensíveis mudanças em sua estratégia, que passou a priorizar áreas e atividades a partir da materialidade, relevância e risco das ações governamentais supervisionadas.

Nessa esteira, merece destaque a edição da Instrução Normativa nº 24, de 17 de novembro de 2015, da CGU, que adotou a abordagem de risco como diretriz para as atividades de auditoria interna, a Instrução Normativa da Secretaria Federal de Controle Interno – IN SFC nº 03, de 2017, a qual aprova o Referencial Técnico da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal e a publicação do Manual de Orientações Técnicas da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal (2017), o qual complementa, de forma mais prática, as orientações da referida IN.

Todos esses normativos, em alinhamento às melhores práticas internacionais estabelecidas pelo Institute of Internal Auditors (IIA), pelo Committee of Sponsoring Organizations (COSO) e pelo International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI), promovem a conformação das atividades de auditoria da CGU aos parâmetros propugnados pelas teorias de abordagem baseada em risco, as quais, conforme já exposto, são

fortemente fundamentadas em elementos das teorias da regulação baseadas em incentivos, em especial da teoria responsiva.

A abordagem baseada em risco (*risk-based approach*) defende que as instituições reguladas sejam obrigadas a identificar e avaliar os riscos e a adotar as medidas necessárias para mitigá-los de maneira eficaz. Isso possibilita que as medidas preventivas adotadas pelas entidades sejam adequadas, flexíveis e proporcionais à natureza dos riscos envolvidos na consecução dos objetivos regulatórios. Com a adoção dessa nova abordagem, afasta-se o tratamento uniforme dos regulados, possibilitando uma racionalização dos esforços de controle e priorização das atividades de maior risco ou relevância.

Paralelamente, nos modelos de abordagem baseada em risco, as instituições reguladas devem realizar avaliações internas com o objetivo de identificar, mensurar e gerenciar o risco de haver falhas ou inconformidades em sua atuação, o que permite, inclusive, que eventuais problemas sejam corrigidos a tempo de não impactarem nos resultados pretendidos. Assim, cria-se um fluxo de informações relevantes para subsidiar a tomada de decisões, aprimorar a gestão e proceder a ajustes e revisões.

Segundo enfatiza a mencionada IN SFC nº 03/2017, a atividade da auditoria interna governamental tem a finalidade de aumentar e proteger o valor organizacional das entidades públicas, proporcionando avaliação, assessoria e aconselhamento baseado em riscos; por analogia, a atividade de fiscalização das agências reguladoras não pode ter senão ao menos a finalidade de aumentar e proteger o valor organizacional dos regulados, contribuindo propositivamente à melhoria do setor segundo critérios baseados em riscos, modulando a apuração e aplicação de sanções segundo a finalidade maior de conformidade duradoura da conduta do regulado. O “momento de entendimento da unidade auditada” referida abaixo no item 4.11 da Instrução Normativa em comento revela como, por analogia, uma agência reguladora deve pautar sua fiscalização por procedimentos que promovam sua compreensão dos processos de governança, de gerenciamento

de riscos e de controles internos do regulado para que a atividade de fiscalização sirva à melhoria do funcionamento do setor como um todo, ao invés de se apresentar como um fim em si mesmo. Se até mesmo a CGU, com seu mandato de Órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, adota como orientação finalística da auditoria interna governamental a proteção do valor organizacional do ambiente fiscalizado mediante abordagem baseada em riscos, quanto mais uma agência reguladora, que tem por finalidade legal primária não punir, mas proteger a sanidade do sistema regulado.

Segundo a IN SFC nº 03/2017, a avaliação da adequação e eficácia dos controles internos implementados pela gestão em resposta aos riscos, deve contemplar: “a) o alcance dos objetivos estratégicos; b) a confiabilidade e integridade das informações; c) a eficácia e eficiência das operações e programas; d) a salvaguarda dos ativos; e e) a conformidade com leis, regulamentos, políticas e procedimentos internos e externos”. Além disso, de acordo com a IN:

#### 4.1 PLANO DE AUDITORIA INTERNA BASEADO EM RISCOS

O Plano de Auditoria Interna é o documento no qual são registradas as atividades que a UAIG pretende desenvolver em um determinado período de tempo, normalmente um ano. Deve ser baseado em riscos, o que significa que sua principal finalidade deve ser garantir que a Unidade de Auditoria Interna Governamental concentre seus trabalhos nos objetos de auditoria com maior exposição a ameaças que possam afetar o alcance dos seus objetivos, ou seja, os de maior risco.

A UAIG deve elaborar o Plano de Auditoria Interna em harmonia com as estratégias e os objetivos das organizações. Para isso, a UAIG deve considerar:

- a) o planejamento estratégico da Unidade Auditada;
  - b) as expectativas da alta administração e das demais partes interessadas;
  - c) a análise de riscos realizada pela Unidade Auditada por meio do seu processo de gerenciamento de riscos, quando houver.
- (...)



#### 4.1.1 ENTENDIMENTO DA UNIDADE AUDITADA

A finalidade dessa etapa é adquirir conhecimentos sobre a Unidade Auditada; os seus objetivos; as estratégias e os meios pelos quais ela monitora o seu desempenho e os processos de governança, de gerenciamento de riscos e de controles internos. Dessa forma, a UAIG poderá ter segurança suficiente para identificar as áreas de maior relevância, os principais riscos e assim recomendar medidas que contribuam de fato para o aperfeiçoamento da gestão.

Para alcançar o conhecimento necessário para essa etapa, existem duas abordagens comumente usadas: uma abordagem de cima para baixo (top-down) e uma abordagem de baixo para cima (bottom-up).

A abordagem "de cima para baixo" se inicia no nível da unidade. Primeiramente, identificam-se os objetivos organizacionais e, em seguida, os processos principais relacionados a cada um desses objetivos, ou seja, aqueles processos cujas falhas comprometem diretamente o alcance dos objetivos da organização. Uma vez identificados, esses processos são analisados com mais detalhes. Para isso podem ser divididos em nível de subprocessos até chegar ao nível de atividade.

A abordagem "de baixo para cima" começa pelo exame das atividades. Em seguida, essas atividades são agregadas em processos que são identificados por toda a organização. O próximo passo é determinar os principais objetivos dos processos identificados.

As informações que devem ser adquiridas nessa etapa dizem respeito ao modelo de negócio da organização, ou seja: visão, missão, valores, objetivos, estratégias, processos e sistemas de gestão empregados pela unidade. Devem ser observados também o gerenciamento de riscos; como seus processos estão estruturados; o monitoramento de desempenho dos processos; que produtos ou serviços oferece; quais são os clientes; os beneficiários alvo entre outras informações necessárias para a compreensão dos seus objetivos e como seus processos estão estruturados para alcançá-los.

(...)

Entre os conceitos apresentados nas referidas normas técnicas, vale destacar, também, os conceitos de erro e fraude firmados. De acordo com a IN SFC

nº 03/2017, fraudes são quaisquer atos ilegais caracterizados por desonestidade, dissimulação ou quebra de confiança, que envolva dolo para obtenção de vantagem injusta ou ilegal. Já erros constituem atos não-voluntários ou não-intencionais, resultantes de omissão, desconhecimento, imperícia, imprudência, desatenção ou má interpretação de fatos na elaboração de documentos, registros ou demonstrações.

Ressalte-se que a distinção entre os conceitos de erro e fraude e entre as situações que configuram um ou outro é elemento essencial nos trabalhos de auditoria, que impacta diretamente a relação entre o órgão de controle e a unidade e gestor por ele regulados, pois nos casos em que se observa que a desconformidade constatada é resultante de erro, a abordagem da CGU é orientada, nos termos de seu Manual de Orientações Técnicas da Atividade de Auditoria Interna (2017), para a correção da situação e para a adoção de medidas que previnam a sua reincidência:

## 2. APURAÇÃO

A apuração consiste na execução de procedimentos cuja finalidade é averiguar atos e fatos inquinados de ilegalidade ou de irregularidade praticados por agentes públicos ou privados, na utilização de recursos públicos federais. Trata-se de competência em sintonia com a essência das normas e dos regulamentos aplicáveis ao SCI, no sentido precípuo de zelar pela correta aplicação de recursos públicos, ainda que, em alguns casos, exija atuação específica e diferenciada dos serviços típicos da atividade de auditoria interna. (THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS – IIA: Normas Internacionais para Prática Profissional de auditoria interna (Normas). Tradução: Instituto dos Auditores Internos do Brasil – IIA Brasil. São Paulo, 2015, norma 1210.A2.)

A fraude pode envolver esquemas sofisticados e cuidadosamente organizados para sua ocultação, de forma que os procedimentos de auditoria aplicados para coletar evidências podem ser ineficazes para a detecção de distorção relevante que envolva, por exemplo, conluio para a falsificação de documentação.<sup>7</sup>

Assim, um trabalho de apuração de fraude tem diferenças básicas em relação a um trabalho de apuração de erro ou de avaliação, pois seu planejamento se baseia em uma suspeita (fundamentada) de

fraude; objetiva produzir material para um processo judicial ou administrativo e tem por escopo possível irregularidade ou ilegalidade decorrente de atos ou fatos intencionais.<sup>8</sup> O planejamento da apuração de erro se baseia em elementos que indicam a existência de erro; objetiva a correção da situação, caso se comprove, por meio de recomendações e tem por escopo possível irregularidade ou ilegalidade decorrente de fatos não intencionais. Já o planejamento da avaliação é comumente baseado em riscos, abrange aspectos amplos de gestão e tem como base uma presunção de legalidade dos atos.

(...)

### 1.3 APURAÇÃO DE FRAUDE

(...)

No decorrer da execução de trabalhos de auditoria em que seja identificado indício de fraude, o auditor interno governamental deve discutir com o supervisor do trabalho, a fim de avaliar se há elementos indicativos suficientes para que se inicie a apuração de fraude ou se antes é necessário o aprofundamento das análises. Quando houver elementos suficientes para iniciar uma apuração de fraude, o supervisor deve submeter o caso às instâncias competentes, conforme definido nos processos internos da UAIG.

(...)

#### 2.3.2.1 Apuração preliminar

A apuração se inicia normalmente com base na "alegação de fraude". Esse documento deve conter as informações conhecidas sobre o suposto caso de fraude. De modo geral, consiste em uma denúncia de um membro da própria organização ou da sociedade, um caso compartilhado por outra instituição de defesa do patrimônio público ou, ainda, uma situação encontrada na execução dos serviços prestados pela atividade de auditoria interna (THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (IIA). Supplemental Guidance (Orientações Suplementares). Practice Guides (Guias Práticos). Auditoria Interna e Fraude. Tradução: Instituto dos Auditores Internos do Brasil – IIA Brasil. São Paulo, 2013. p. 23 – Investigação de Fraude)

Uma apuração de fraude só deve iniciar quando houver informações suficientes que levariam um indivíduo prudente, com conhecimento razoável e treinado profissionalmente, a acreditar que uma fraude ocorreu, está ocorrendo ou possa vir a ocorrer.

O auditor interno governamental deve, portanto, realizar a apuração preliminar da alegação de fraude com o objetivo de formar opinião sobre a real possibilidade de sua ocorrência. No

decorrer da análise, o auditor deve pesquisar e confrontar as informações sobre o possível fato com dados de trabalhos passados, sistemas de informação, fontes abertas e outros meios a que tiver acesso.

A apuração preliminar deve indicar, com base nas informações produzidas, se é possível ter razoável segurança de que os fatos expostos na alegação possam ser verdadeiros e justificam a necessidade de um trabalho de apuração de fraude, ou se, por outro lado, as informações são infundadas ou insuficientes para dar continuidade ao trabalho e/ou, minimamente, para comunicar o caso às autoridades competentes. O resultado deve ser documentado, incluindo as novas informações obtidas, a proposta de atuação e, se for o caso, a proposta de comunicação a outras instituições.

(...)

Note-se que, sequer diante da suspeita de ocorrência de fraude, a orientação da CGU é pela instauração imediata e automática de processo de apuração. Ao contrário, reforçando o entendimento que vem se defendendo neste Projeto de Pesquisa, acerca da obrigatoriedade de que o agente público competente proceda ao adequado e ponderado juízo de admissibilidade em relação à necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade da instauração de processos administrativos apuratórios e sancionatórios, a CGU recomenda seja realizada apuração preliminar que propicie à Administração a formação de opinião embasada para decidir sobre a abertura, ou não, do processo, autorizando, expressamente, portanto, a relativização do suposto dever-poder de praticar tal ato.

#### **4. COMO SE DEVE IMPLEMENTAR MODELAGEM REGULATÓRIA RESPONSIVA QUE VIABILIZE O TRATAMENTO DIFERENCIADO DE REGULADOS QUE SE ENCONTRAM NO MESMO PATAMAR DE RISCO QUANTO À ATIVIDADE/COMPLEXIDADE/ORGANIZAÇÃO, INCLUSIVE QUANTO À ADOÇÃO DE FREQUÊNCIAS E INTENSIDADES DE FISCALIZAÇÃO DIFERENTES, DE CONSIDERAÇÃO DE PERFIS DE RISCO (PERFIL ORGANIZACIONAL, O RISCO DO SISTEMA/SUBSISTEMA E O DESEMPENHO) E OS CRITÉRIOS VIABILIZADORES PARA ATUAÇÃO EM CASOS PONTUAIS E EM CASOS SISTÊMICOS?**

A implementação de uma modelagem regulatória há de considerar a simbiose entre um procedimento a um conteúdo normativo material, os ajustando conforme a tônica institucional que se quer imprimir à governança pública do setor dado. Enquanto faceta do dirigismo público das relações privadas, a regulação responsiva se coloca exatamente como uma técnica de conformação do processo administrativo, que deve se ligar ao arcabouço normativo substantivo de maneira harmoniosa e para buscar resultados efetivos.

Logo, essa combinação, que concretiza o *design* regulatório, deve perpassar necessariamente pelas etapas enunciadas no questionamento, para que se avalie, sob a perspectiva da regulação responsiva, como diferenciar regulados de mesmo porte (patamar de risco quanto à atividade, complexidade e organização) em função de seu comportamento. Aplicar um tratamento diferenciado aos regulados significa identificar fatores discriminadores que autorizam diferentes níveis de ação, até em razão do mesmo fato produzido.

Essa sofisticação na ação regulatória escora justamente a orientação dos esforços da fiscalização na sua distribuição de frequências e intensidades. Então, o perfil do regulado torna-se peça essencial na modelagem da base da pirâmide de *enforcement*, ao indicar que o comportamento organizacional, de risco sistêmico e de desempenho podem vir a ditar a resposta da Agência ao caso concreto.

Outro viés a se considerar percebe-se na relevância da obrigação normativa para seu endereçamento. Aqui tem valor comparar os possíveis efeitos dos casos pontuais, de impactos somente para a Autoridade Reguladora (como o envio de documentos determinados em norma, *per se*), e aqueles com repercussões sistêmicas, iminentemente danosos à indústria de rede, com riscos potencializados, cuja incidência pode mesmo vir a ameaçar a imagem institucional do Poder Público perante a sociedade (como a realização de rotas com sistema de comunicação danificado ou em funcionamento parcial – vide RBAC 121.99, *b*). Há espaço, no modelo, para uma ponderação sobre as condutas de maior e menor gravidade, em relação às repercussões que causariam.

Cabe também pontuar que a presente análise se insere no contexto da estruturação e do planejamento da fiscalização, inclusive como contribuição ao programa de vigilância continuada da SPO, colocado em alinhamento aos padrões e práticas internacionais recomendadas pela Organização da Aviação Civil Internacional - OACI. Notando-se que o referido programa indica a materialidade dos elementos que devem ser verificados, os ritos de sua execução podem, evidentemente, ser aprimorados.

Assim, passa-se ao cotejo dos pontos elencados para, ao final deste capítulo, trazer uma ideia-síntese que pode orientar a revisão de alguns dos procedimentos de fiscalização dos padrões operacionais.

#### **4.1. Justificativa para tratamento diferenciado de regulados em condições de operação similares (atividade/complexidade/organização)**

A discussão da discriminação no tratamento administrativo dispensado aos regulados deve, necessariamente, partir de uma análise dos elementos jurídicos que autorizam o procedimento diversificado, com base nas ações ou características intrínsecas do agente. Tal sorte de debate atrai uma releitura do princípio constitucional da igualdade.

Não é dado à lei (e por consequência aos regulamentos) estabelecer um critério diferencial para singularizar um regime peculiar e atribuí-lo a um sujeito específico.<sup>54</sup> A lei, assim como o regulamento, tem caráter geral e abstrato, provendo regras aos que se enquadrarem na situação descrita. Neste contexto, prega-se pelo princípio da igualdade o provimento da garantia individual, essencialmente para tolher as preferências subjetivas, assegurando-se o direcionamento das obrigações a sujeitos indeterminados.

É dizer que todos os prestadores de serviços merecerão idêntico tratamento da fiscalização, enquanto se portarem da exata forma prescrita em norma por certo período de tempo, o que eventualmente soa como uma ficção. Uma vez que a regra geral descreve uma situação abstrata, seu fiel cumprimento poderá variar conforme muitos fatores, entre eles a importância que tem no ciclo da fiscalização.

Justamente, ao se estipular o fator neutro entre situações, pessoas e coisas, pode-se efetivamente distinguir constatações, que virão a justificar um endereçamento distinto para evidências apuradas, que podem levar a degradação do serviço regulado e resultados sociais indesejados. Nesse ponto reside o

---

<sup>54</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 4<sup>a</sup>. edição. São Paulo: Podium/Malheiros, 2021.

fundamento para a variação da postura do Poder Público em relação a prestadores de serviços que se encontram no mesmo patamar de risco quanto à atividade/complexidade/organização, no caso admitidos entre os operadores aéreos com serviços diferenciados.

Para além do porte e quantidade de serviços prestados, que presumem uma quantidade diferenciada de obrigações, o comportamento histórico do regulado há de ter ainda mais peso para a atuação fiscalizadora. Isso não significa que se poderia aliviar a supervisão sobre os grandes prestadores de serviços aéreos, mas sim reconhecer que operadores de menor complexidade pouco ou nada colaborativos em relação às obrigações setoriais podem magnetizar grandes riscos e talvez exijam intervenções mais rápidas e profundas.

De fato, os desvios relevantes, com efeitos danosos para a Administração Pública ou não só para esta, mas ainda para o sistema da aviação civil, a comunidade de usuários de aeroportos e de serviços aéreos e a sociedade, sob seu aspecto difuso, merece receber diverso tratamento, até em prestígio ao princípio da igualdade. É dizer, pela via oblíqua, que o “procedimento padrão” é devido aos regulados de comportamento mediano (nem virtuosos, nem anti-cooperativos), enquanto que aos comportamentos errados há de se reservar respostas bem diferenciadas, sempre com base nas normas e procedimentos positivados, e mesmo recompensas aos comportamentos *beyond compliance*.

Sabe-se, entretanto, que a dificuldade do agente de fiscalização não está em constatar os infratores exagerados e tampouco a melhor das contribuições da regulação responsiva reside neste ponto. Há dúvida nas diferenciações basilares, que indicam tendências de desvios, os quais trabalhados no seu nascedouro tendem a recuperar o regulado para levá-lo ao caminho virtuoso. É para isso que o modelo de fiscalização deve se esmerar, pois assegurar o *compliance* do grupo majoritário significa focar suas atividades nas ações de inteligência voltadas a atacar a conduta de prestadores que realmente prejudicam a aviação civil.



Tendo isso por fundamento primeiro, um destacado passo para o delineamento da fiscalização em consonância com a regulação responsiva, para o presente caso, percorre o caminho do estabelecimento inequívoco da segregação das operações supervisionadas e a conduta padrão que se espera dos regulados, traçando um perfil mínimo esperado e suas variações. Vislumbra-se parte desta caracterização como subproduto das determinações da IN nº 81/2014.

Mas um estudo desta magnitude permite ainda: (i) identificar os regulados e suas obrigações; (ii) estabelecer a condição da igualdade, para aqueles que cumprem o mínimo das normas; (iii) traçar a margem do comportamento que merecerá escalada nas ações punitivas, se o regulado não buscar purgar a sua mora; e (iv) vislumbrar possíveis recompensas aos operadores que excedem o esperado, trazendo inclusive ganhos sistêmicos. Note-se que o mapeamento que se propõe vem a oferecer à SPO um piso de onde partiriam tanto as ações de fiscalização, como as de fomento aos bons prestadores.

A identificação dos regulados presume sua agregação conforme as atividades que exercem (serviços autorizados), complexidade das operações que executam (nível das obrigações arcadas) e a estrutura esperada de sua organização (porte esperado). Com efeito, esta categorização permite, por um lado, tracejar uma expectativa sobre as respostas do grupo segregado de operadores em relação aos normativos postos e, por outro, estabelecer o patamar de risco das atividades desempenhadas por núcleo selecionado, **o que representa o assoalho para definir os fatores de discriminação para a atuação da fiscalização.**

Neste ponto, admite-se vislumbrar uma exigência de estrutura organizacional mínima e expectativa *vis a vis* a complexidade operativa dos prestadores conforme o serviço que desempenham. Significa, no limite, entrever uma empresa padrão (consideradas as margens de variação) para cada categoria de serviço regulado. É como desenhar uma linha das condições de manutenção de uma operadora no mercado.

Entendido o regulado e o que dele se pode esperar, as condições de igualdade, por sua vez, referem-se ao tratamento que deve ser dispensado ao operador padrão. A hipótese revela a intensidade e forma de fiscalização que pode ser realizada, quando se figura um operador na linha do cumprimento normativo (atende à maior parte das obrigações, mas falha em algumas menos graves). Com isso, visualizam-se todas as informações a ser monitoradas, de maneira remota, bem como aquelas que precisariam de verificação presencial, considerada uma periodicidade para essas ações. Esse perfil referencial, ainda que não seja representativo em muitos dos serviços supervisionados pela SPO, serve de bom parâmetro para os outros, que efetivamente serão de maior uso.

Na margem das condutas que, por ultrapassarem o limite do aceitável, exigem uma maior atenção do fiscalizador, encontra-se um segundo perfil referencial, que orienta a ação para os operadores que merecem a administração de um remédio mais amargo por parte da SPO. Aqui, efetivamente, tem-se os integrantes dos grupos de regulados que se afastam do caminho normativo no sentido negativo, de diferentes formas.

Ressalte-se que esta borda se caracteriza por uma conduta evidentemente anti-cooperativa, para que se afastem as situações do desconhecimento ou compreensão torta do normativo por parte do regulado. Repare-se que a concepção de medida preventiva apta a trazer o regulado de volta para a fronteira do cumprimento regulamentar também pode se aglutinar a esta formulação, quando visualizada entre as medidas aptas para a recuperação de condições do regulado.

Por conseguinte, esta categoria além de representar a distinção da não conformidade, ainda estipula os extremos de sua aceitação, em termos materiais e temporais. Para os grupos de operadores que tomam este caminho, conforme a gravidade de seu histórico, indica-se uma pirâmide de *compliance* mais achatada, para que o nível de descumprimento dos regulados deste conjunto possa levá-los

à medida extrema mais rapidamente, eliminando os maus prestadores que não optaram por se recuperar.

Dois pontos se destacam para este segundo padrão: quanto mais perfis elaborados neste campo, mais justa será a abordagem da Agência, pois conseguirá configurar diferentes níveis de descumprimento nos grupos e as medidas cabíveis para seu combate, desde que os níveis possam ser devidamente comunicados e compreendidos, o que clama pela recomendação de psicologia cognitiva do mágico número 7, mais ou menos 2, bem como demanda critérios de aglutinação como *e.g.* triângulo de Pascal e sequência de Fibonacci adotados pela Antaq; e, provavelmente, para cada grupo de regulados selecionados por serviço haverá um subconjunto que se distribuirá em diferentes graus de descumprimentos. Essa última identificação é essencial para avaliar o esforço que se precisará para movê-los ao caminho virtuoso. Veja-se como o planejamento de fiscalização faz-se primordial: aprimorar-se no perfil do regulado pode render uma atuação mais precisa e incisiva, poupando uma busca genérica entre os diversos grupos de regulados.

Fechando este ciclo argumentativo, há de se abordar o terceiro perfil referencial, destinado ao operador naturalmente virtuoso. Vale que este seja recorrentemente estimulado ao cumprimento da norma, ante a inclinação demonstrada pela boa execução do serviço. Isso implica conceber que a regulação responsiva não só se estabelece por uma pirâmide de *compliance*, mas principalmente sobre um conjunto escalonado de incentivos, que vem para, por exemplo, simplificar exigências ou conceder prazos diferenciados aos bons prestadores.

Nesses termos, acomoda-se à figura de uma discriminação positiva. Com isso, evita-se a atração do perfil de operadores no sentido dos comportamentos indesejados e garante-se a recompensa pela correta conduta, situação que, *per se*, traz mais tranquilidade ao corpo de fiscalização da Agência.

Nos capítulos seguintes este cotejo será realizado de maneira mais pormenorizada.

Com essas considerações, quer-se enaltecer que, na linha da teoria da regulação responsiva, e respaldado na fundamentação jurídica exposta, o tratamento da fiscalização há que considerar o destinatário, para não agir de maneira equivocada e injusta, assegurando aos íntegros a leveza do procedimento, aos de conduta estritamente racional medidas de incentivo à conformidade e de desincentivo ao cumprimento exclusivo de deveres com base em juízo de custo-benefício, e aos de conduta maliciosa ou incapaz de alcançarem a conformidade a dureza das penas. Diferentemente dos argumentos que vem para contestar a teoria, esta não prega a diminuição das punições, mas sim seu aumento, só que de forma localizada para posturas reiteradas inescusáveis.

De outra sorte, esses três perfis são referenciais e precisam ser bem delimitados, visto que alguns players podem ser virtuosos para determinadas regras e manter péssimo histórico para outras. Espera-se que o mal ou bom desempenho sejam lineares nos operadores, mas não se afasta outras situações, que devem ser consideradas quanto ao peso das condutas, valendo se reconhecer que eventuais desvios de menor gravidade podem ser compensados por ações virtuosas em outros domínios da segurança operacional mais relevantes.

Ante a significativa quantidade dos operadores e serviços regulados, é interessante que se imagine a categorização sugerida em conjuntos em bancos de dados respaldados pelos devidos meios informatizados. Sabendo-se que a SPO já dispõe de informações catalogadas, inclusive com o registro histórico de diversos operadores, essa linha de planejamento poderia permitir a utilização dos elementos já captados sobre o desempenho dos agentes setoriais em painel de indicadores, que exponha os níveis de aderência, conforme o perfil delineado.

Este seria então um relevante passo para determinação das frequências e intensidades diferenciadas das fiscalizações, que viriam a variar conforme o

perfil identificado e seu histórico de descumprimento. Outrossim, considerando um setor de maior cooperação, abre-se a chance para que a maioria das ações sejam concentradas no monitoramento e não nas inspeções de campo.

#### **4.2. Intensidade da fiscalização conforme o perfil de risco verificado, considerando o perfil organizacional, risco do sistema/subsistema e desempenho**

A dosagem da ação da fiscalização talvez constitua um dos maiores desafios históricos da regulação de serviços e infraestruturas, em especial os padrões operacionais. Isso porque a medida desejável da fiscalização, conforme o inconsciente coletivo da sociedade e até de muitos servidores públicos, não poderia ser menor que a onipresença, o que em si é impossível. E, entre a expectativa e a realidade, é de se perceber que a administração pública é caracterizada pela limitação do quantitativo e da extensão dos recursos humanos.

Saindo desse dilema inicial, cumpre perceber que a fiscalização representa o recurso mais valioso de uma instituição pública, ao passo que seu emprego eficiente contribuirá, no caso sob estudo, para uma melhor entrega dos serviços aos passageiros e usuários dos aeroportos. De fato, a verificação e manutenção das condições do COA e EO, por exemplo, explica em grande parte os baixos índices de acidentes aéreos da aviação comercial brasileira.

Em razão disso, a intensidade da fiscalização merece, *ipso facto*, ser dosada conforme o perfil de risco da atividade e do grupo de operadores, como acima mencionado, atentando-se, sobretudo, para a potencial gravidade das infrações e para o histórico de atendimento normativo dos *players* em relação ao ajuntamento no qual está inserido, inclusive cumprimento de compromisso assumidos em medidas alternativas à sanção. Nesse sentido, admitem-se diferentes graus de exigência conforme o perfil e o histórico do regulado também

cabendo inspeções mais severas e aprofundadas quando a sensibilidade do caso exigir, como se verá abaixo.

Observe-se que essa postura é diferente da fiscalização exclusivamente baseada em riscos. No caso, o risco não é considerado como fator isolado, mas sim dentro de um contexto normativo, segundo o qual se diferenciam as ações da fiscalização também pelo histórico dos regulados, concedendo-se peso às condutas perpetuadas. Trata-se da conjunção evidenciada acima da responsividade como segunda camada de regulação sobre a fiscalização baseada em riscos.

Cabe aqui aprofundar a ideia de painel de indicadores que se postou acima a título exemplificativo. Com efeito, para cada categoria de serviço regulado pela ANAC incide uma lista de exigências de segurança operacional, tanto para entrada como para a perpetuação do operador na classe. Esse conjunto, quanto ao cumprimento das obrigações, é o que acima se chamou de perfil padrão (linha do cumprimento normativo). O arcabouço normativo, em seu aspecto material, indica o nível de agregação sob o qual os prestadores podem ser visualizados, em especial quando se tem um afinilamento em relação às complexidades do serviço, em parte apreendidas nas especificações operativas. Admitem-se, então, vários perfis-padrão para cada tipo de serviço regulado pela ANAC.

Diante disso, é possível criar um quadro de indicadores representativos das exigências normativas, por operador conforme o serviço prestado, no qual se permite estabelecer não só o histórico do *compliance* individual e coletivo, gerando-se a percepção de grupos de regulados, mas também as dificuldades e influências sistêmicas no cumprimento de determinadas normas. Grande esforço deve ser empreendido nesta missão, cujo produto representará um procedimento de vigilância continuada apto a vislumbrar a tendência do operador à conformidade e orientar a fiscalização para agir preservando um ambiente de não surpresa nem para a Agência, nem para o setor. O posicionamento de cada regulado deve ser transparente, e ainda mais transparente os efeitos benéficos ou aflitivos dele decorrentes. Por isso, frise-se aqui também, não se trata de

aumentar a discricionariedade do regulador em tratar os regulados segundo juízos pontuais de momento ou percepções subjetivas de conformidade, mas de aumentar o rol de distintos regimes jurídicos de fiscalização capazes de refletirem o real perfil de cada regulado, que serve, por si só, como incentivo para incremento sistêmico da conformidade.

Pelo sistema que se sugere, a informação extraída de painéis permitiria a alocação de cada regulado na pirâmide de conformidade, conforme o perfil de risco do grupo do regulados, e sinalizaria para a fiscalização os próximos passos a serem tomados dentro da estrutura montada (perfil-padrão, segundo ou terceiro perfis referenciais etc.). Se a periodicidade da fiscalização atender ao perfil sob o qual o operador foi categorizado, a intensidade seria pautada pelo histórico dado pelo painel de indicadores.

Nesse conceito, há uma situação de monitoração constante, com dados padronizados fornecidos via sistema informatizado pelos regulados e validados pela SPO (o que em si não seria uma novidade para a Superintendência, que já capta esses dados há um tempo significativo), preferencialmente conforme cruzamento de informações com outros atores ou documentos compartilhados (aqui se insere com fundamental notoriedade o diário de bordo eletrônico) e, na medida do possível, transparente para a sociedade, cabível, entretanto, sopesar a divulgação de informações operacionais sensíveis.

Em verdade a ANAC já divulga informações sobre a regularidade dos operadores de taxi aéreo<sup>55</sup>, assim como Relatórios Mensal e Anual de Segurança Operacional (respectivamente RMSO e RASO) e também Painel de Horas voadas da Aviação Geral, neste caso em formato *Power BI*<sup>56</sup>. Destaque-se, ademais, que a exposição de indicadores de forma transparente pode atrair três destacados

---

<sup>55</sup> Vide <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/passageiros/taxi-aereo>. Acesso em: 09 de ago. 2021.

<sup>56</sup>Vide Relatórios e Estatísticas de Segurança Operacional, disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/seguranca-operacional>. Acesso em 09 de ago. 2021.

efeitos: a busca pelo atingimento de melhores indicadores, que passam a ser divulgados pela ANAC; a concorrência entre *players*; e o efeito de seletividade de passageiros que tenham o poder de escolha (estimativa entre preço, eficiência e segurança).

Portanto, a missão consistiria em uma escolha dos indicadores mais representativos de cada serviço, representativos do todo regulatório, que viriam a trazer os alertas para uma possível necessidade de apuração de condutas irregulares em curso (que, se graves a ponto de requererem intervenções urgentes, não poderiam esperar pela próxima inspeção periódica). A agregação desses indicadores sinalizaria, então, eventuais desvios a serem levantados, conforme o perfil no qual o operador se aloca. Essa é mais uma evidência de que a regulação responsiva não significa amenização da situação jurídica do regulado, mas tratamento justo conforme a atuação concreta dos regulados, amenizando-se os encargos administrativos para quem mereça tê-los amenizados pelo fato de cumprirem regularmente com os objetivos que os justificam, assim como agravando-os para os que demonstrem demandarem maior carga regulatória e constância fiscalizatória.

Ainda com relação aos indicadores, estes merecem ser avaliados dentro das rotinas das áreas, junto aos inspetores de aviação civil, considerados os aspectos de verificação mais relevantes e possibilidades de agregação de mais itens em um indicador. Vale pontuar que seja prevista uma revisão periódica dos indicadores para que aspectos relevantes não deixem de ser apurados, ainda que nessa perspectiva representativa.

Conhecido previamente o risco, é plausível graduar com maior pujança os recursos da fiscalização para combater as condutas que possa impactar de maneira mais profunda o sistema aéreo. O conceito está em priorizar, em face de várias infrações simultâneas ou contemporâneas, aquelas em que os efeitos terão repercussão sobre terceiros. Cuida-se de direcionar esforços para os elementos que podem potencialmente comprometer mais profundamente o serviço oferecido, na



sua forma difusa, atuando eventualmente até em círculos concêntricos para debelar as infrações mais graves prioritariamente e avançar sobre as de menor potencial.

Mas nos níveis iniciais da pirâmide de *enforcement*, é de se reconhecer, também se deve destacar esforço para buscar recolocar os desvios menores nos trilhos do cumprimento normativo, quando o perfil do operador não indicar a necessidade de conduta diversa, o que no médio prazo pode assegurar menor emprego de recursos da Agência para tanto. É neste cenário que o histórico do operador aéreo alça maior relevância, pois materializa a ferramenta da tendência à não conformidade, podendo tornar o Aviso de Condição Irregular (ACI) e a Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI) previstos na Resolução nº 472/2018, mais contemporâneas ao fato, compondo uma sensação de assertividade da Agência perante os regulados.

Para sintetizar a ideia exposta, a intensidade da fiscalização pode ser dosada com base em um sistema de vigilância continuada que avise em painéis de indicadores representativos do cumprimento do conjunto das normas e potenciais infrações (*e.g.*: pontualidade do envio dos documentos, periodicidade do treinamento das equipes e manutenção da aeronaves, renovação dos contratos de *wet leasing*, desempenho de aviões operados, incidentes relatados em diário de bordo, entre outros), que conforme a gravidade e o histórico apresentados pelo regulado virão a designar as ações dos inspetores da SPO (medidas corretivas, auto de infração e, no limite, suspensão ou cassação de licenças e certificados). O resultado das ações de fiscalização retroalimentam o histórico, que pode vir a influenciar ou modificar o perfil em que o operador está alocado. Por sua vez, o perfil designa a periodicidade das inspeções, sendo que perfis mais cooperativos podem ter prazos mais dilatados e formas fiscalizatórias menos onerosas, desde que mantidas as recomendações da OACI, e os desviados, receberem visitas corriqueiras dos agentes públicos e serem destinatários de obrigações acessórias mais onerosas e frequentes.

O fator de *discrímen* do tratamento diferenciado está justamente na ameaça ao Poder Público e aos sistemas tutelados. Considerando uma categorização prévia de regulados e de operações que atraem mais riscos, oportuniza-se até mesmo uma concentração das ações de fiscalização nas situações mais críticas, que exigem maior dedicação para sua solução.

Visto que a contribuição caminha no sentido de prestigiar o planejamento regulatório e o comportamento global cooperativo do regulado, privilegiando os mecanismos de fiscalização preventiva, a consequência é que as modalidades mais repressivas da supervisão tendem a ser mais intensas com os operadores que atuam em condições mais abusivas. É que a prerrogativa de poder de polícia coercitivo precisa ser considerada em situações extremas, em que se exige a adoção de providências administrativas acautelatórias ou punitivas intensas, sobretudo nos casos de prestadores que distoam da conduta esperada.

A regulação responsiva reconhece a importância da ação mais contundente do agente público para fazer cessar conduta severamente danosa ou impedir a propagação do impacto, sobretudo em relação a terceiros passageiros, usuários ou até *bystanders*.

### **4.3. Critérios para atuação diferenciada em casos pontuais e sistêmicos**

Uma circunstância adicional que há de ser colocada refere-se a mais um fator discriminador quando se trata do endereçamento de casos pontuais e sistêmicos. Não há dúvidas que condutas infracionais que causem impactos sistêmicos conseqüentemente são mais danosos ao Poder Público, por carregarem para o centro do debate terceiros afetados (ou mesmo a própria malha aérea na hipótese sob estudo, bem público central que garante as operações aéreas), que poderia ter seu dano mitigado pela ação do agente público.

Além de uma repercussão patrimonial, possivelmente se encara ainda uma implicação na imagem da Autoridade Reguladora, que pode causar desgastes com a opinião pública e com a classe política interessada. Aqui se identifica a relevância de determinadas condutas dentro da configuração de um perfil, uma vez que a sua transgressão também pode significar uma escalada mais radical da pirâmide de *compliance*.

À vista disso, um outro elemento diferenciador da ação do fiscal também pode residir nos resultados percebidos em relação à infração. Quando se fala de casos pontuais, a concepção que se transmite revela geralmente uma ação que poderá afetar a Administração Pública quanto a uma exigência formal, como o envio de documento em determinada data ou a resposta a um questionamento em dado prazo. A questão de fundo que sempre se coloca não é a remessa da informação, mas sim a evidência de cumprimento do requisito apurado.

A circunstância chama a atenção ainda mais quando se pondera que há servidores aplicados na apuração desses prazos, aos quais também competem a reiteração dessas demandas, quando não atendidas. A instituição de um sistema de informações que permita o envio de documentos e lance alertas em caso de atrasos se mostra deveras interessante. Com isso, seria registrada a mora do regulado e avaliado se aquela informação poderia ser obtida por outro meio, antes de se considerar a aplicação de penalidades para tais hipóteses. Um outro curso seria o travamento de pleitos por parte da operadora aérea, que não fossem essenciais para sua atividade. Tais medidas, entretanto, seriam aplicadas segundo o perfil de conformidade global do regulado, como incentivo a que cada regulado se esforce em manter-se nas camadas da base da pirâmide responsiva.

Mesmo assim, e considerando a influência dessas situações na gravidade e até repercussão das infrações cometidas, vale ressaltar que a Agência reflita sobre critérios de tolerância mais ampliados para os casos pontuais e menor margem para os sistêmicos. Consistiria em se avaliar um segundo nível de medidas preventivas para a hipótese dos casos pontuais e eventualmente mais

degraus na pirâmide de *enforcement*, enquanto que para os casos sistêmicos valeria o raciocínio contrário.

Isso significa que há regras que em si podem ter menor peso na atuação da fiscalização.

#### 4.4. Uma proposta de modelagem responsiva

Formado o arcabouço, chega-se então a uma possível formatação de modelagem responsiva, considerando o perfil de risco e o histórico apresentado pelo operador regulado. Logo, retomando os conceitos, assumindo um serviço que requeira certa estruturação do regulado, o perfil se contrói com as obrigações que se exige cumprir para a prestação em que o operador se habilita. Consideram-se desde os deveres gerais, assim como os de menor e maior potencial ofensivo em vista de casos pontuais e sistêmicos.

Tome-se, por exemplo, o procedimento de fiscalização para os operadores aéreos enquadrados no RBAC 135, em que foram acima arquitetados três 3 perfis de risco, conforme tamanho da frota e modelos de aeronaves: até 5 aeronaves e 1 tipo de habilitação; até 5 aeronaves e 2 ou 3 tipos de habilitações; e mais de 5 aeronaves ou mais de 3 habilitações. A unidade de fiscalização ainda indica avaliar o desempenho do operador em relação ao seu histórico de não conformidade, de ocorrências/incidentes e quanto à maturidade de seu SGSO.

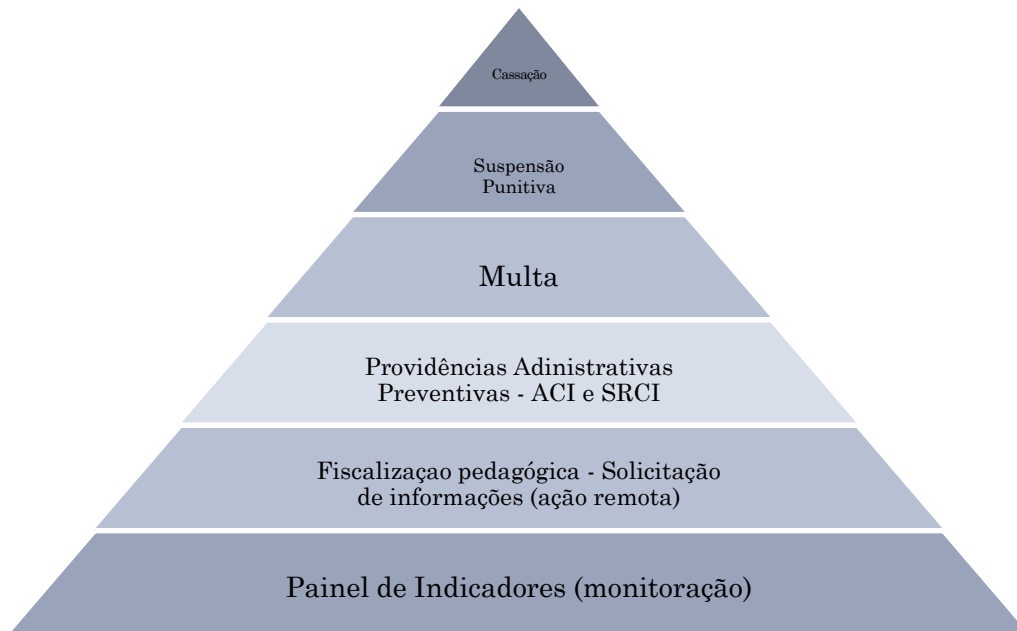
Assim, concebido esse tipo de estrutura, desenham-se então três subperfis referenciais para cada categoria de risco elencada: um primeiro padrão, cumpridor das obrigações, na maior parte do tempo, mas que também eventualmente comete deslizes de menor gravidade; um segundo, de caráter anti-cooperativo, que maximiza seus interesses burlando as regras em grande parte do tempo; e um terceiro virtuoso, que pode até mesmo agir *beyond regulation* e ainda contribui com valiosas informações ao regulador, úteis ao conhecimento do funcionamento da segurança operacional no sistema de transporte aéreo. Quanto

mais perfis que considerem os possíveis comportamentos históricos encontrados, mais próxima poderá estar a ação regulatória da conduta do regulado, devendo ser sopesado o esforço gerado para a abertura de cada frente diferenciada de vigilância continuada e a limitação do número de perfis ao que se espera seja apreensível pelos regulados. Imprescindível que todos os operadores sejam categorizados em um perfil de acompanhamento.

Conforme a criticidade que o perfil apresenta, deve-se estabelecer a periodicidade das inspeções técnicas e o tipo de fiscalização (*in loco*, documental, mista), sendo certo que o monitoramento contínuo por indicadores passa a ser a porta de entrada da fiscalização para casos mais incisivos, que leva a ações subsequentes sempre que necessárias. Isso permite a formação de uma cultura mais analítica do agente público sobre os dados agregados do sistema, pois a conduta dos operadores será inevitavelmente comparada entre os integrantes do perfil. Também os passageiros poderão, na medida da divulgação dos dados, ter conhecimento mais aprofundado dos operadores, para informar sua escolha.

Nestes termos, a pirâmide de compliance do Perfil 1 referencial poderia apresentar a seguinte configuração típica:

Figura 3 - Proposta de Pirâmide de Enforcement – Subperfil 1 Referencial – Operador Padrão



Fonte: Elaboração própria

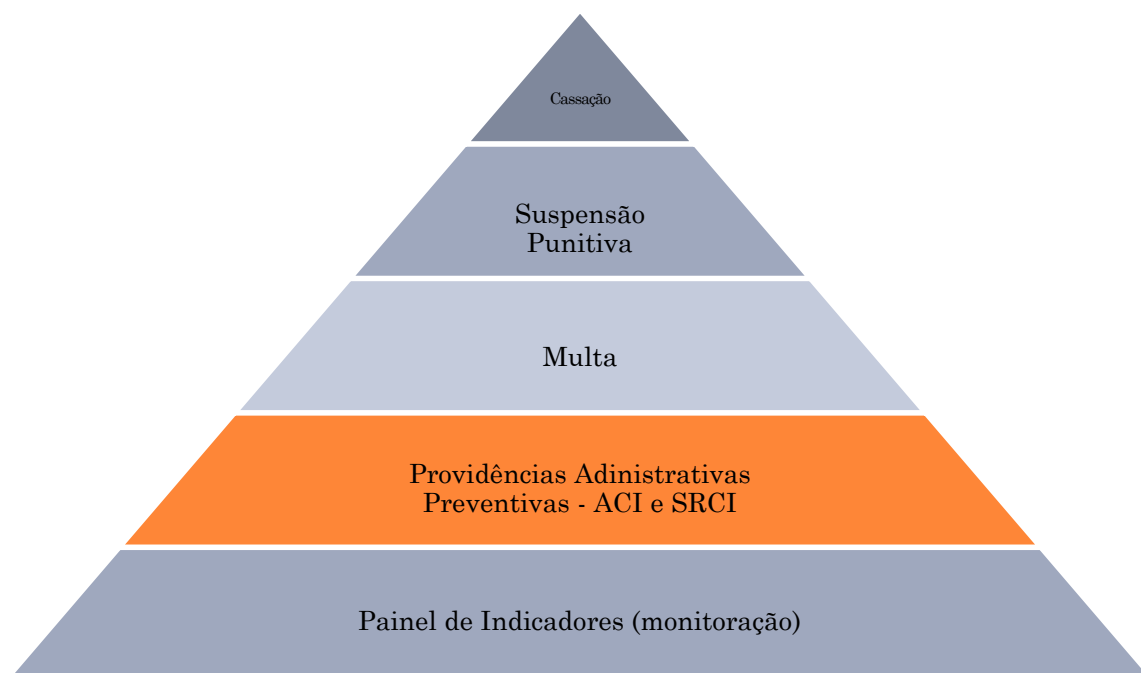
Na conjectura exposta, tem-se por circunstância que, no painel de indicadores, verifica-se que um operador de taxi aéreo, com aeronave multimotora com motores a turbina e capacidade para mais de 6 lugares não demonstrou que suas operações vêm sendo feitas com tripulação suficiente em todos os voos e que os requisitos de equipamentos estão sendo corretamente cumpridos (indicadores de tripulação e de equipamentos alertam omissão de informações ou insuficiência do requisito).

Pela pirâmide ilustrativa proposta, aplicável para o operador que não conta com descumprimentos normativos relevantes em seu histórico, a SPO iniciaria um procedimento de fiscalização pedagógica, para agregar mais elementos à sua apuração (cabendo pedir informações para quaisquer agentes do setor relacionados, como aeroportos, auditorias operacionais, equipe de SGSO do operador, entre outros). Não sanada a dúvida ou constatada efetivamente a omissão, indicaria uma providência administrativa preventiva para reparação, avaliando-se no prazo dado se o operador a cumpriu.

É ideal que, nas fiscalizações, a SPO consiga reunir todos os elementos apurados para o período de monitoramento, a fim de fazer somente um levantamento quanto a eventuais descumprimentos do operador. Assim, agrega-se o esforço para a correção de diversos elementos em uma única ação.

Um segundo caso que aqui nos auxilia gira em torno do Perfil 2 Referencial – operador anti-cooperativo e tendente a condutas maliciosas:

Figura 4 - Proposta de Pirâmide de Enforcement – Subperfil 2 Referencial – Operador Anticooperativo



Fonte: Elaboração própria

A circunstância entrega então um operador aéreo que apresenta desempenho insatisfatório no painel de indicadores e por seu histórico não atende aos prazos de envios de informações, recorrentemente revela pendências nas inspeções periódicas e ainda não costuma responder a contento às oportunidades de medidas administrativas preventivas oferecidas. O painel de indicadores revela a ausência de atualização da estrutura de SGSO (não comprovação da promoção da segurança operacional – RBAC 135.711) e possível omissão de um dos requisitos para o transporte de artigos perigosos, realizado pela operadora,

conforme RBAC 135.505 (indicadores de SGSO e de transporte de artigos perigosos). As fiscalizações pedagógicas para este operador tem se mostrado de pouca efetividade. Em vista da situação, a Superintendência de Padrões Operacionais deve partir de medidas mais graves que as preventivas, visto o histórico posto, configurando-se em ação legítima em face dos insucessos prévios com esse modalidade corretiva.

Note-se que na pirâmide proposta, destacam-se as medidas preventivas como uma alternativa circunstancial, que pode vir a ser aplicada conforme a gravidade da conduta que se apura ou expectativa. Em especial ao se deparar com condutas que possam acarretar danos sistêmicos, a escalada na pirâmide deve ser mais rápida, para que se evitem impactos a terceiros operadores ou gestores de infraestruturas.

É neste contexto que se pode advogar o procedimento conforme pirâmide achatada, em que o histórico já indica que o incentivo ao *compliance* está na multa e na ameaça de exclusão do operador do sistema de aviação. De outra sorte, acumulam-se elementos que podem indicar uma imposição de afastamento parcial ou definitivo deste operador em relação ao serviço oferecido.

O tratamento apontado denota também que o fiscalizador não se pode furtar de agir de forma mais aguda, quando o bem público tutelado se mostra ameaçado em algum dos seus aspectos. Enfim, canaliza-se o peso da mão da autoridade fiscalizadora e o esforço da equipe de inspetores para esse tipo de situação. Este viés da regulação responsiva, aparentemente menos discutido, não é menos essencial para a modelagem do sistema. Muito pelo contrário, é primordial que reste transparente aos regulados que todos os que não caminharem conforme as regras poderão, em algum momento, atingir este patamar.

Para encerrar este raciocínio e, por consequência, o desenho que se propõe, tem-se a pirâmide que indica respostas ao regulado virtuoso. De fato,

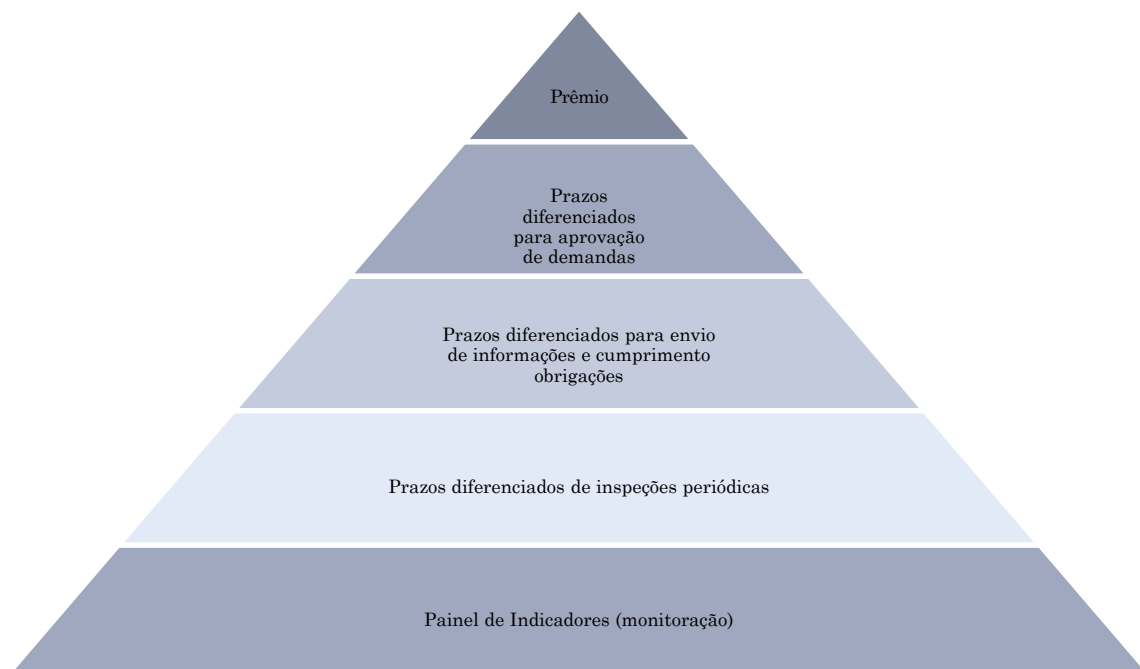


quando se estimula um comportamento mais colaborativo dos operadores, expondo os ganhos que advirão das condutas que visem não só o cumprimento das regras, mas ainda o fornecimento de valiosos insumos para o Poder Público, há uma tendência de bons retornos por parte dos agentes do mercado.

Isso porque, dentro de sua lógica de negócio, poderão maximizar seus interesses mediante uma certificação do nível de excelência dos serviços prestados. Não há como negar que o *marketing* proporcionado por uma ação pública da Agência desta sorte tende a ser muito valioso ao operador. Ademais, uma condição que assegure prazos diferenciados e até acesso a novos mercados também pode representar atrativo inspirador para estes operadores.

Com esse enfoque, foi disposta abaixo a figura de uma pirâmide de incentivos, que poderia ser disponibilizada aos virtuosos, culminando-se com recompensas para o comportamento *beyond compliance*.

Figura 5 - Proposta de Pirâmide – Subperfil 3 Referencial – Operador Virtuoso



Fonte: Elaboração própria

Veja-se, assim, que a partir de um bom histórico de cumprimento dos normativos, recebem-se informações do painel de indicadores, denotando o atendimento mais que suficiente do índices esperados. Para que se incentive essa linha de atuação do regulado, e considerando que o mesmo mostra sua postura de forma consistente, pode lhe ser oferecida, por exemplo, inspeções periódicas mais espaçadas, observadas as indicações da OACI (o que lhe traz ganhos de gestão interna), prazos mais amplos para envio das informações e cumprimento de eventuais obrigações em que se possam admitir uma extensão factível do termo final.

De outra sorte, também pode se mostrar um incentivo muito valioso assegurar prazos mais diminutos para aprovação de demandas (como a slocitação de novos serviços), considerando um modelo de análise compactado (*fast tracking*). Ou ainda, reflexos desta boa conduta em outras áreas, como a alocação de slots, que já opera em um sistema de pontuação. Afinal, estabelecer um prêmio periódico de operador aéreo, conforme critérios de ranqueamento derivados dos indicadores do painel. Em certa medida, o prêmio InovANAC já detém essa filosofia, embora direcionado a pessoas e não a operadores aéreos.

Feitas essas considerações, expõe-se um possível caminho para a implementação de uma modelagem de regulação responsiva que considere o tratamento diferenciado a regulados, que se encontrem em mesmo patamar de riscos, considerando as peculiaridades de periodicidade e intensidade da fiscalização. Pelo conceito exposto, buscou-se ressaltar a importância da formação dos perfis de risco, em grande medida já estruturados pela SPO, e a estes uma proposta de subperfis que indicariam respostas mais customizadas aos grupos de regulados, conforme seu comportamento histórico.

Consegue-se vislumbrar, com isso, a padronização um procedimento de maior dureza em relação aos operadores que se dedicam ao desvio das normas e de formento aos virtuosos, baseada em uma monitoração contínua e planejamento direcionado das ações de fiscalização. Permite-se, nos cenários compostos,

entender para quais situações a fiscalização virá a dispender mais esforços e como o caminho do incentivo pode render menos dispêndios e mais inteligência nas ações dos inspetores.

## 5. QUAL É O DESENHO REGULATÓRIO RECOMENDADO PELA TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA QUE RESULTE EM INCENTIVOS AOS REGULADOS PARA COMPARTILHAREM COM A ANAC INFORMAÇÕES RELEVANTES PARA A SEGURANÇA OPERACIONAL, TENDO EM CONTA O TEMOR EM SOFREREM SANÇÕES DECORRENTES DE UMA POSTURA COOPERATIVA?

A Teoria da Regulação Responsiva se funda na intersecção entre tendências extremas de regulação intensa e desregulação, que remetem ao debate sobre o grau de intervenção do Estado Regulador no século XX. O pressuposto central dessa teoria é que as melhores alternativas de desenho regulatório se concentrariam justamente no espaço de interação e influência recíproca entre a regulação estatal e a autorregulação voluntária do agente privado<sup>57</sup>, o que transcende o confronto entre referidos posicionamentos.

Nesse sentido, a denominada criação de incentivos morais para o cumprimento da lei remete à criação de regras que incentivem o regulado a voluntariamente cumpri-las, em um ambiente de constante diálogo e interação<sup>58</sup>.

Para atingir esse objetivo, alguns parâmetros básicos de reforço e persuasão são propostos, como (i) o escalonamento de sanções em razão do comportamento mais ou menos virtuoso do regulado, (ii) a valorização do comportamento cooperativo do regulado, visando (iii) à não aplicação

---

<sup>57</sup> ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 5ª ed., Laccademia: Londres, 2019, p. 103.

<sup>58</sup> AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

intransigente de punições, e (iv) à aplicação de sanções quando necessárias, e não apenas possíveis, sopesando os custos regulatórios envolvidos.

A regulação, portanto, deve se concentrar nas sinergias entre a punição, a fiscalização e a persuasão – a partir de um arcabouço normativo que, por um lado, permita o acompanhamento conjuntural e devido exercício do poder de polícia<sup>59</sup> por parte do agente regulador. Por outro, conceda a flexibilidade necessária ao devido incentivo de agentes privados e à adequação da atuação do Estado de acordo com a postura e as respostas do agente regulado, valorizando o comprometimento com a ordem pública, a eficiência e transparência na prestação de serviços e o comportamento cooperativo<sup>60</sup>.

É evidente que referido arcabouço teórico visa à otimização da intervenção estatal na economia, por meio do uso inteligente e estratégico de recursos e da maximização de resultados.

Nesse ponto, vê-se um alinhamento quanto ao princípio da eficiência, o qual impõe “um padrão de ação estatal” que busca a “otimização da gestão com vistas à consecução dos melhores resultados com os menores custos possíveis e a maior celeridade”<sup>61</sup>, respeitados os demais preceitos e objetivos constitucionais.

Conforme exposto na seção 4.1.1. da Meta 8, referido princípio, aliado ao direito dos administrados de obter uma prestação pública de qualidade, estabelece um dever constitucional de concretizar a administração ótima<sup>62</sup> da coisa pública. Nesse sentido, o Estado fica obrigado a perseguir o melhor resultado possível em face:

---

<sup>59</sup> Vide ARAGÃO, Alexandre Santos de. O atual estágio da regulação estatal no Brasil. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 232-233.

<sup>60</sup> BRAITHWAITE, John. **To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety**. Albany: State University of New York Press, 1985, p. 119.

<sup>61</sup> CYRINO, André. **Direito Constitucional Regulatório**. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 173.

<sup>62</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 85.

- (i) Dos objetivos e fins da Constituição;
- (ii) Das metas projetadas no âmbito da elaboração da política regulatória; e
- (ii) Das alternativas regulatórias disponíveis para solucionar a questão identificada, considerando que o gasto dos recursos disponíveis deve ser sempre razoável e o menor possível.

Isso se justifica na medida em que, atualmente, não é exigida da Administração Pública somente a conformidade de suas ações, de acordo com os princípios de legalidade, moralidade, proporcionalidade e outros previstos na Constituição Federal<sup>63</sup>.

Particularmente em países em desenvolvimento, é necessário que o Poder Público apresente resultados<sup>64</sup> e explicações quanto à eficiência de suas escolhas regulatórias e políticas públicas<sup>65</sup> *i.e.*, buscando o melhor desempenho da atividade regulatória em prol de suas funções de interesse coletivo e, em última instância, da materialização de direitos fundamentais<sup>66</sup>.

Para atingir esses objetivos, é importante que a autoridade reguladora inspire confiança ao regulado, (i) gerando credibilidade quanto à efetividade das sanções escalonadas e à atitude esperada do regulador e (ii) criando mecanismos que gerem segurança e minimizem o temor do agente privado de sofrer sanções por adotar uma postura cooperativa.

Para tanto, o agente regulador deve adotar regras flexíveis, que permitam o ajuste de sanções e/ou medidas alternativas ao caso concreto e o tratamento diferenciado dos regulados, de acordo com (i) os riscos das respectivas atividades, (ii) o perfil de conformidade do agente e (iii) a abertura e/ou disposição

---

<sup>63</sup> Vide art. 37 da Constituição Federal.

<sup>64</sup> Vide POSNER, Eric A. Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: a positive political theory perspective. **The University of Chicago Law Review**, v. 68, n. 4, Fall 2001.

<sup>65</sup> SUNSTEIN, Cass R. **After the Rights Revolution: reconceiving the Regulatory State**. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 186-192.

<sup>66</sup> ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 5<sup>a</sup> ed., Laccademia: Londres, 2019, p. 163.

quanto à troca de informações, preservando atores privados de punições por infrações voluntariamente relatadas e dispensando a obrigatoriedade da abertura de processos sancionatórios em determinadas situações, eliminando esforços possivelmente inefetivos e eventuais custos desnecessários.

Especificamente quanto à regulamentação da ANAC, são recomendáveis ajustes normativos que (i) flexibilizem as possibilidades de resposta da agência reguladora – e, nesse caso, da SPO – a determinados comportamentos desviantes e (ii) prevejam garantias à postura cooperativa do agente regulado.

No intuito de ilustrar as alterações recomendadas, analisa-se a **Resolução ANAC nº 472/2018**<sup>67</sup>, que estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC, com exceção das matérias regulamentadas pela Resolução ANAC nº 599/2020.

Em claro intuito responsivo, a ANAC vem revendo e adaptando seus procedimentos e suas atribuições normativas, técnicas, fiscalizatórias e sancionadoras. No caso da Resolução ANAC nº 472/2018, trata-se de Resolução inovadora e pioneira, conferindo maior responsividade à atividade sancionadora da Agência Reguladora.

## 5.1. A resolução ANAC 472/2018

A Resolução ANAC 472/2018 regulamenta as relações da autoridade aeronáutica com as empresas e os sujeitos que operam a cadeia de infraestrutura

---

<sup>67</sup> BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018. Estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC]. **Diário Oficial da União (DOU)**, Seção 1, 7 jun. 2018, p. 74. Disponível em <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2018/resolucao-no-472-06-06-2018>.

e serviços, **exceto** as concessionárias e autorizatárias contratadas para a gestão da infraestrutura aeroportuária.

A norma está construída em torno de três espécies de providências administrativas – preventivas, sancionadoras e acautelatórias. O fio condutor para descrever essas medidas não será a ordem numérica dos dispositivos. Opta-se pela sistematização das regras de acordo com o momento de incidência, se **antes**, **durante** ou **após** o Processo Administrativo Sancionador (PAS).

Como o próprio *nomen iuris* adianta, as providências administrativas **preventivas** são aplicadas antes da instauração de Processo Administrativo Sancionador sobre o fato pelo próprio fiscal que apura a desconformidade. A definição dessa categoria, que contém duas espécies, ressalta que não se trata de sanção (i.e., de sanção administrativa típica) e que a finalidade é restabelecer o cumprimento das condições violadas, de forma célere e eficaz<sup>68</sup>.

A primeira espécie de providência preventiva é o Aviso de Condição Irregular – **ACI**. O ACI é cabível perante “infração de baixo impacto ou que **não afete a segurança** das operações aéreas”. Consiste na notificação formal ao administrado, acompanhada da descrição do comportamento identificado<sup>69</sup>.

A segunda espécie de providência preventiva é a Solicitação de Reparação de Condição Irregular – **SRCI**. O dispositivo que regulamenta a SRCI **nada diz sobre as condutas-objeto de interpelação**, apenas associa o cabimento à necessidade de correção em tempo certo<sup>70</sup>. A quantidade exata de prazo pode estar inscrita no ato administrativo da SRCI.

---

<sup>68</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 5º.

<sup>69</sup> Resolução ANAC 472/2018, arts. 6º e 7º.

<sup>70</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 8º, §2º.



Caso contrário, corre o prazo de 60 dias úteis<sup>71</sup> para o administrado apresentar o seu **Plano de Ações Corretivas – PAC**. Na data da devolutiva sobre o PAC, inicia-se a contagem de mais 60 dias para que a agência se manifeste acerca do compromisso. Transcorrido o prazo *in albis*, presume-se o aceite<sup>72</sup>.

Adverte-se, ainda, que a inobservância do prazo imposto na SRCI ou do prazo assumido no PAC será repreendida por *outras* providências administrativas<sup>73</sup>. No mínimo, espera-se que o descumprimento de prazo culmine na instauração de Processo Administrativo Sancionador (PAS).

O liame entre o descumprimento do ato administrativo de SCRI ou do PAC e a posterior aplicação de medidas restritivas à exploração da atividade é hipotético. **O cabimento da SRCI não é bem delimitado pela Resolução**. As situações sujeitas à correção imediata (via SRCI) ou à assunção de compromisso de conformação (via PAC) **não** estão claras.

As figuras a seguir representam os fluxos processuais possíveis, a partir da aplicação de providências administrativas preventivas.

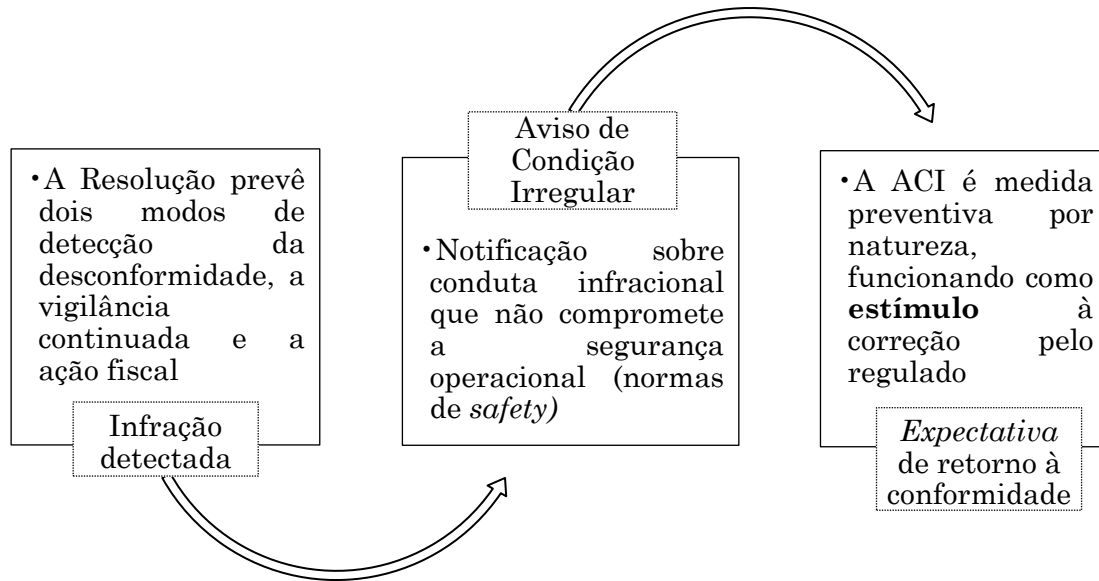
---

<sup>71</sup> Todos os prazos da Resolução ANAC 472/2018 contabilizam os dias úteis, na forma do art. 21, parágrafo único desse diploma.

<sup>72</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 8º, §3º.

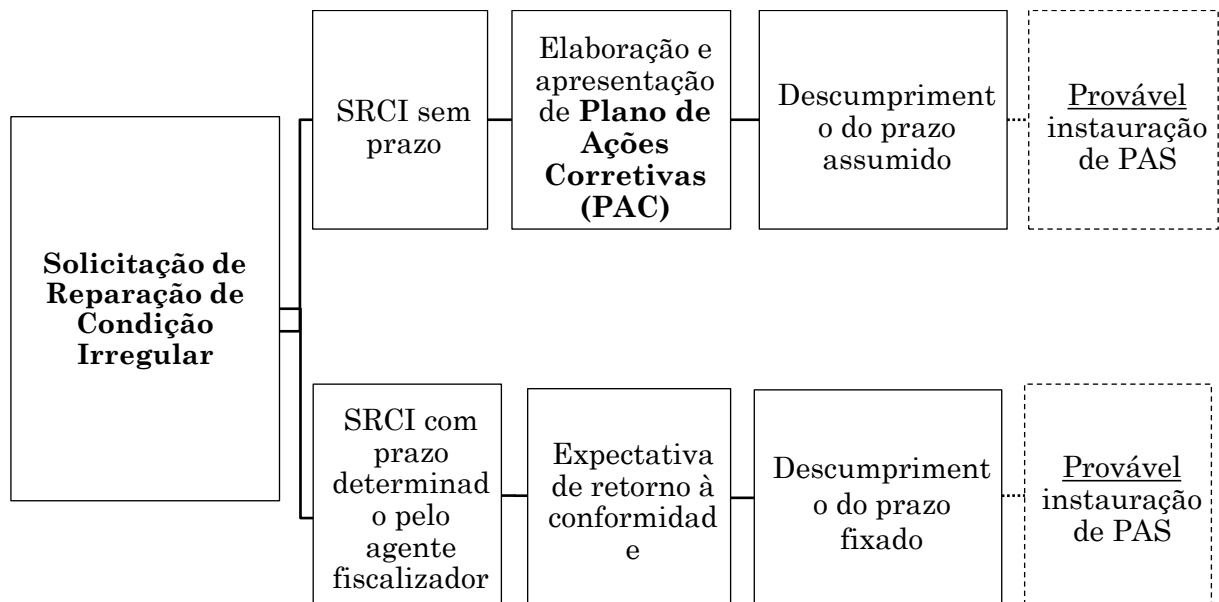
<sup>73</sup> “§4º. O regulado deverá comprovar à ANAC a correção da infração dentro dos prazos estabelecidos na SRCI ou no PAC, sob pena de adoção de outras providências administrativas”.

Figura 6 - Fluxo processual do Aviso de Condição Irregular (ACI)



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, arts. 5º, 6º, I; e 7º. Elaboração própria.

Figura 7 - Fluxo processual da Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI)



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, art. 8º. Elaboração própria.

As providências administrativas acautelatórias também são cabíveis em momento **anterior** à condução de Processo Administrativo Sancionador (PAS).

No escopo da norma regulatória, as características comuns a todas as providências acautelatórias são (i) a resposta imediata a um cenário de riscos quanto à segurança do voo, à integridade dos passageiros e à ordem pública<sup>74</sup>; (ii) a concessão *inaudita altera pars*<sup>75</sup>; (iii) a autoexecutoriedade<sup>76</sup>; e (iv) a revogação ou mediante medidas mitigadoras e corretivas, ou mediante adesão a Termo de Cessação de Conduta (TCC)<sup>77</sup>.

Três providências acautelatórias da Resolução ANAC 472/2018 – a detenção, a interdição e a apreensão, esta última cabível para aeronaves e para títulos habilitatórios – encontram-se previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica (“CBA”, Lei 7.565/1986)<sup>78</sup>. Importa estabelecer essa correspondência porque as providências preventivas **não** estão respaldadas por essa legislação de regência (*nem* o ACI *nem* a SRCD).

A detenção é a ordem de paralisação da aeronave, com fundamento em supostas irregularidades daquele voo. Cabe para averiguar desde a inobservância de regras operacionais, até a suspeita de carga proibida. A temporariedade se sobressai, eis que a detenção se limita à fiscalização e pode ou não ensejar medidas mais interventivas<sup>79</sup>.

A interdição é a proibição à circulação da aeronave, por ordem judicial e

---

<sup>74</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 57, *caput*.

<sup>75</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 57, §2º.

<sup>76</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 57, §4º

<sup>77</sup> Resolução ANAC 472/2018, arts. 74 a 75. A norma regulatória ressignifica o art. 310 do CBA, segundo o qual “[S]atisfeitas as exigências legais, a aeronave detida, interditada ou apreendida será imediatamente liberada”.

<sup>78</sup> BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. [Dispõe sobre o Código Brasileiro De Aeronáutica]. **Diário Oficial da União**, 23 dez. 1986, p. 19.567. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17565.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17565.htm).

<sup>79</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 289, IV c/c arts. 303 e 304. Resolução ANAC 472/2018, arts. 63 a 65.

mediante requisição das autoridades aduaneira, policial ou sanitária<sup>80</sup>. É a medida acautelatória oponível em casos de suspeita de práticas infracionais no uso de aeronaves, na conduta dos pilotos, na prestação dos serviços aéreos e na fabricação das aeronaves<sup>81</sup>. O prazo legal máximo da interdição é de 15 dias<sup>82</sup>.

Já a apreensão impõe que a aeronave permaneça estacionada, inclusive em local diverso das instalações da empresa que a detém ou que a utiliza, afetando a relação de posse. Usualmente, o escalonamento para tal medida, mais grave, decorre da ineficácia da detenção ou da interdição prévia<sup>83</sup>. A apreensão *lato sensu*, quer dizer, a retenção de bem de propriedade de outrem, estende-se à posse de títulos habilitatórios, de peças aeronáuticas e de cargas<sup>84</sup>. O prazo legal máximo de guarda e depósito de aeronaves apreendidas pela ANAC é de dois anos<sup>85</sup>.

Logo, a Resolução de 2018 inovou em apenas uma medida acautelatória. Criou a figura da suspensão cautelar, que pode ser parcial ou total. A suspensão cautelar pode **(a)** restringir a eficácia de atestados de regularidade ou **(b)** impedir a execução do instrumento de delegação<sup>86</sup>. A fim de ilustrar como a suspensão cautelar pode ser parcial e ter como objeto o conjunto das operações delegadas, o art. 57, §1º, da Resolução ANAC 472/2018 esclarece:

---

<sup>80</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 289, IV c/c art. 305 a 307.

<sup>81</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 305, I, comentado: “Art. 305. A aeronave pode ser interdita:

I - nos casos do artigo 302, I, alíneas ‘a’ até ‘n’ [**infrações no uso de aeronaves**]; II, alíneas ‘c’, ‘d’, ‘g’ e ‘j’ [**infrações imputáveis aos pilotos**]; III, alíneas ‘a’, ‘e’, ‘f’ e ‘g’ [**infrações das empresas prestadoras de serviços aéreos**]; e V, alíneas ‘a’ até ‘e’ [**infrações na fabricação da aeronave**]”

<sup>82</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 307.

<sup>83</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, arts. 308 e 309. Resolução ANAC 472/2018, art. 68.

<sup>84</sup> Resolução ANAC 472/2018, arts. 69 a 71.

<sup>85</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 314.

<sup>86</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 73.

“§1º. Enquadram-se como suspensão cautelar parcial, entre outras medidas:

I – proibição de aumento de frequências das operações de aeronaves em aeródromos públicos;

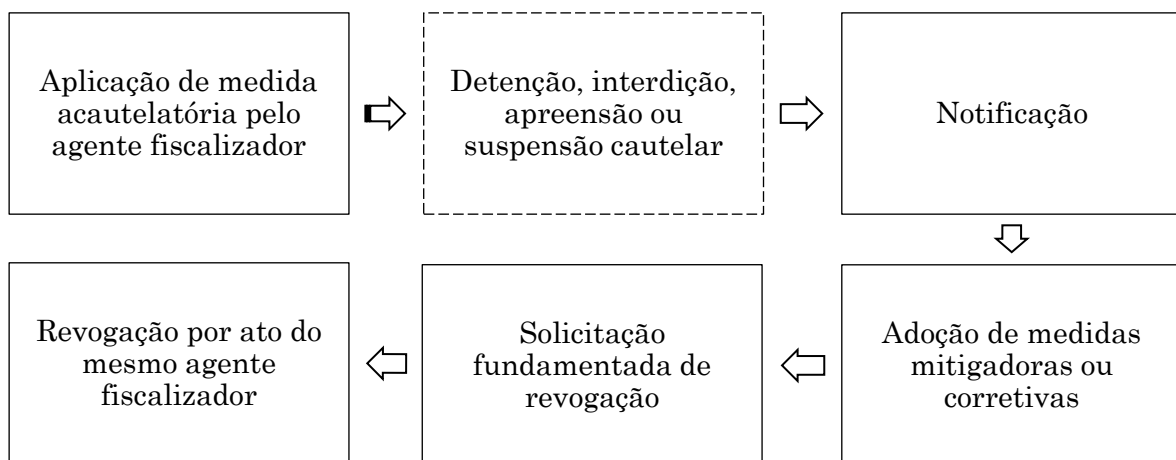
II – redução de frequências das operações de aeronaves em aeródromos públicos, a partir das operações da aeronave crítica; e

III – redução de escopo na certificação de operadores aéreos e organizações de manutenção”.

Depreende-se que a suspensão cautelar parcial da exploração intervém no esquema e/ou no volume operacional das prestadoras de serviços, em caráter restritivo da liberdade econômica.

A seguir, a figura ilustra o *fluxo processual* observado com as providências acautelatórias.

Figura 8 - Fluxo processual de aplicação de medida acautelatória com conformidade retomada a partir de medidas mitigadoras ou corretivas



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, arts. 57, 58, 74 e 75. Elaboração própria.

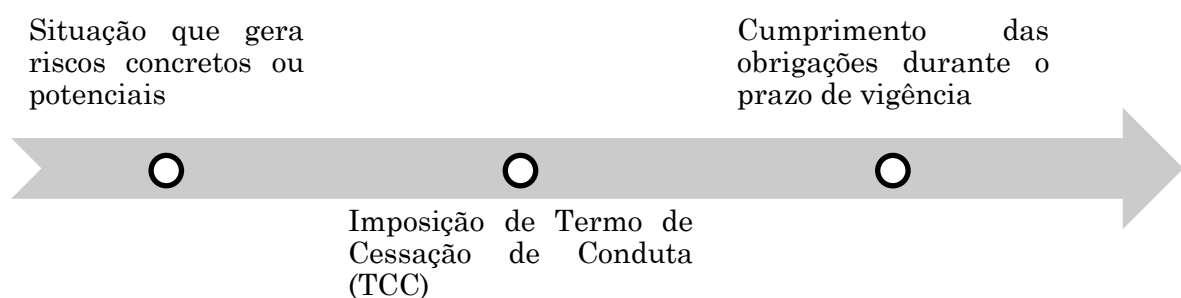
No fluxo acima, a medida cautelar atendeu a sua finalidade precípua: gerar a mobilização do agente de conduta desviante **sem** a condução de PAS, que é onerosa para o regulador e para regulado.

Não obstante a tímida mudança sobre os **tipos** de providências cautelares, a Resolução ANAC 472/2018 inovou quanto às exigências para que tais restrições sejam revogadas. A novidade é a exigência de celebração de Termo de Cessação de Conduta (TCC)<sup>87</sup>, mesmo o compreendendo com uma evolução/especialização do TAC.

O Termo de Cessação de Conduta será requisitado **quando a ANAC atestar a insuficiência** das medidas corretivas ou mitigadoras – seja pela dificuldade de aferir a mudança no comportamento do regulado, seja pela inaptidão de medidas isoladas para restabelecer o nível de segurança<sup>88</sup>. Agentes em diferentes segmentos da cadeia da Aviação Civil podem ser signatários do TCC, a exemplo das operadoras de serviços aéreos, dos proprietários e dos utentes de aeronaves, e dos pilotos.

Impende reconhecer que o TCC possui natureza híbrida, representando (i) medida cautelar e consensual e (ii) referência para o direcionamento das competências fiscalizatórias e sancionatórias em relação ao signatário durante dois anos<sup>89</sup>.

Figura 9 - Fluxo processual do regular cumprimento de Termo de Cessação de Conduta (TCC)



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, art. 61, *caput*, e art. 62, *caput*. Elaboração própria.

<sup>87</sup> Resolução ANAC 472/2018, arts. 61 e 62.

<sup>88</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 61, *caput*.

<sup>89</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 61, §1º, *verbis*: “§1º. O TCC deverá conter expressamente o compromisso de cessar e não repetir a infração identificada por agente da ANAC em atividade de fiscalização.”

Como visto, a celebração de Termo de Cessação de Conduta (TCC) é uma das apostas desta Resolução, em prol de soluções menos dispendiosas e burocráticas do que a condução de procedimentos sancionadores.

O arranjo normativo do Termo caracteriza-o como **instrumento de fiscalização regulatória episódica**, é dizer, como parâmetro para verificações periódicas e globais de conformidade. Contrapõe-se, portanto, à **fiscalização ostensiva e constante**, ainda presa no pressuposto de Regulador e regulado são invariavelmente adversários, cujos resultados de geração de conformidade estão aquém dos recursos despendidos.

Essa unidade temporal e objetiva – *in casu*, de dois anos e em face de uma conduta ilegítima ou infracional delimitada – beneficia a Agência, à medida que **racionaliza** o emprego de recursos na competência fiscalizatória, e beneficia o *player* (empresa ou profissional habilitado), ao estabelecer contornos mais claros para as ações corretivas.

Conforme bem observam Marcio Iorio Aranha e Othon Lopes de Azevedo, “*uma fiscalização concentrada em padrões de comportamento indesejados é mais eficaz do que uma fiscalização apoiada em cumprimento horizontal e contínuo de toda a regulamentação*”<sup>90</sup>.

Dois anos é o prazo de vigência do TCC, período em que a prática de qualquer das irregularidades abarcadas pelo acordo é considerada infração agravada por reincidência. Nessa configuração, o descumprimento do TCC é *gatilho* para a instauração de Processo Administrativo Sancionador, inclusive com respaldo para a gravosa sanção de suspensão ou de cassação, isolada ou cumulada à multa<sup>91</sup>.

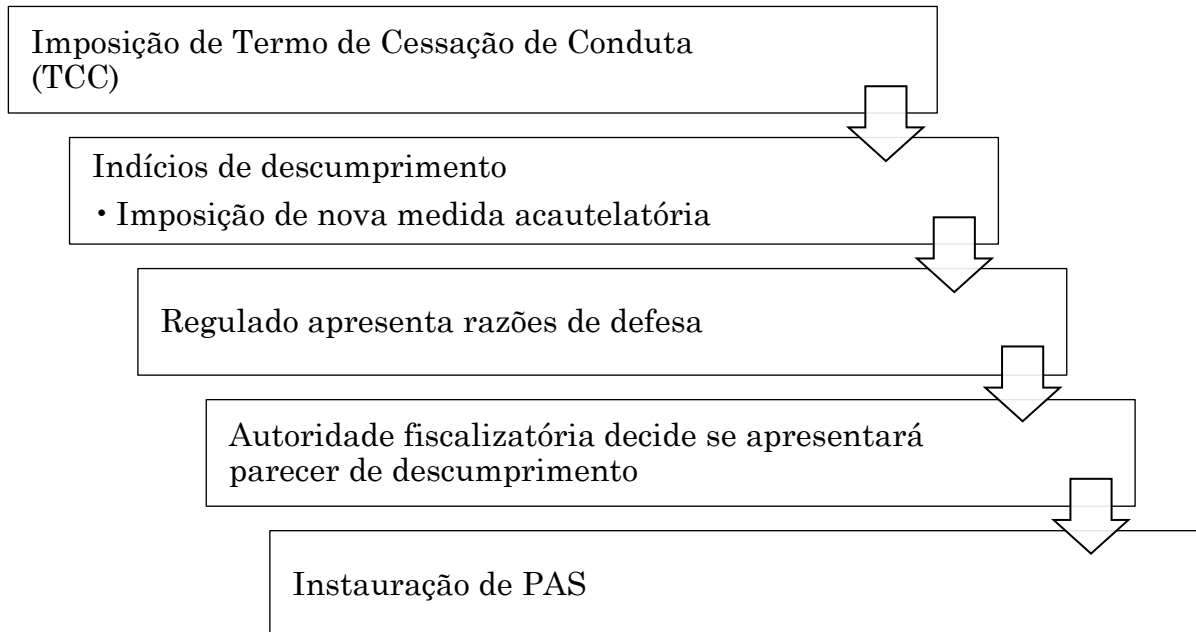
---

<sup>90</sup> Vide ARANHA, Marcio Iorio; LOPES, Othon de Azevedo. **Estudo sobre teorias jurídicas da regulação apoiadas em incentivos**. Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações (CCOM), Brasília, 2019, p. 214.

<sup>91</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 62, *caput c/c* §2º.

Ilustra-se, a seguir, o fluxo processual ocasionado pelo insucesso dessa via contratual.

Figura 10 - Fluxo processual de celebração do TCC, ante o posterior descumprimento



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, art. 61, *caput*, e art. 62, *caput*. Elaboração própria.

Essa etapa prévia à instauração do Processo Administrativo Sancionador se assemelha à prestação de contas entre o particular e o agente fiscalizador. Chama atenção a abertura do prazo de vinte dias para que o investigado possa exercer a ampla defesa em relação ao TCC. Extraem-se dois desdobramentos interpretativos. O primeiro desdobramento é a importância das garantias processuais nessa forma não-litigiosa de conformação; e o segundo é a gravidade atribuída ao descumprimento do TCC, descortinando a provável imposição das sanções restritivas aos direitos de exploração.

Até este ponto, tratou-se das providências cabíveis **antes** da instauração do multicitado Processo Administrativo Sancionador (PAS). Adiante, o enfoque recairá sobre as regras de tramitação (“**durante**”) e sobre os resultados da expressão do poder punitivo da Agência (“**pós**”). Essa linha de raciocínio é



coerente com a essência da postura responsiva do Estado Regulador, no que tange à sensibilidade sobre *como* e *quando* recorrer às sanções administrativas típicas.

Aliás, a qualificação “típica” é empregada na sua acepção mais técnica, para se referir às penalidades previstas em lei em sentido estrito<sup>92</sup>. No Capítulo 3, a sistemática da Lei 7.565/1986, o Código Brasileiro de Aeronáutica, será detalhada. Por ora, basta fixar que a Resolução ANAC 472/2018 **não inovou** quanto às providências administrativas sancionadoras, mantendo-se fiel aos limites da competência normativa secundária<sup>93</sup>.

Dessa feita, a Agência Nacional de Aviação Civil observou o princípio constitucional de máxima importância, a legalidade oponível aos particulares (CF/88, art. 5º, incisos II e XXXIX<sup>94</sup>). Os esforços normativos empreendidos pela Resolução na etapa pré-processo sancionador se legitimam, pois **não se confundem com os efeitos das restrições definitivas à liberdade**

---

<sup>92</sup> O referencial é BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. [Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal]. **Diário Oficial da União**, 1º fev. 1999, p. 1. Lei 9.784/1999, art. 68: “Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão **natureza pecuniária** ou consistirão **em obrigação de fazer ou de não fazer**, assegurado sempre o direito de defesa”.

<sup>93</sup> Acerca da natureza e dos limites do poder normativo das Agências Reguladoras, as lições de Alexandre Santos de Aragão são sempre bem-vindas. Os excertos seguintes são centrais para a compreensão do raciocínio aqui proposto. “São as Leis (*verbi gratia*, art. 25, §3º, Lei nº 8.987/95) e as normas delas oriundas (inclusive as expedidas pela própria agência) que, **dentro do amplo espectro regulatório que o Poder Público possui, fixam os marcos, menos ou mais amplos, em que o poder regulatório se desenvolverá**, razão pela qual o órgão regulador não pode praticar atos concretos sem base normativa específica e adequada. Se uma competência não foi expressamente conferida por lei, nem com base nela, pelos regulamentos, pelo edital da licitação ou pelo contrato, o órgão não a tem” (ARAGÃO, 2013, p. 420). “A margem de normatização da Agência é, no entanto, menor nos casos em que a própria Lei houver predeterminado os meios (leia-se, as normas e cláusulas) dos quais deverá valer-se para atendimento dos objetivos nela fixados” (ARAGÃO, 2013, p. 425). Ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>94</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, incisos II e XXXIX: “Art. 5º. (*omissis*)

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”

**empresarial ou profissional nem atentam definitivamente contra o patrimônio dos acusados.**

O rol de providências administrativas sancionadoras é taxativo, localiza-se no art. 9º da Resolução ANAC 472/2018 e coincide com o art. 289, incisos I a III, do CBA. **Após** a regular condução do PAS, os órgãos julgadores de primeira e de segunda instância e a Diretoria da agência podem aplicar ou confirmar as sanções de multa<sup>95</sup>; e/ou de suspensão ou cassação de certificados, licenças, concessões ou autorizações. As duas espécies de medidas restritivas podem obstar desde a fruição dos títulos habilitatórios por intervalo de tempo determinar (sanção de suspensão), até obstar a continuidade do vínculo de delegação (sanção de cassação)<sup>96</sup>.

Confira-se a tabela abaixo, que dispõe os parâmetros de dosimetria do art. 36 da Resolução em foco:

Tabela 4 - Parâmetros de dosimetria do art. 36 da Resolução

<b>Atenuantes (art. 36, §1º)</b>	<b>Agravantes (art. 36, §§2º e 4º)</b>
Reconhecimento da prática da infração	Reincidência, que retroage aos dois anos anteriores à data de cometimento da infração
Adoção de providências eficazes para cessar ou amenizar as consequências da infração a qualquer momento <b>até</b> a decisão em primeira instância	Recusa em adotar medidas de reparação dos danos
	Obtenção de vantagem, para si ou para outrem, com a infração

<sup>95</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 34.

<sup>96</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 35.

Ausência de imposição definitiva de providência administrativa <b>sancionatória</b> nos doze meses antecedentes à data de cometimento da infração	Risco para a segurança de voo ou para a integridade das pessoas transportadas
	Destruição de bens públicos

Fonte: Elaboração própria.

Quanto ao tempo certo de cumprimento da pena de suspensão – que não se confunde com a providência de **suspensão cautelar, total ou parcial** –, o art.37 da Resolução ANAC 472/2018 fornece critérios objetivos. A pena-base é de 60 dias; cada circunstância atenuante<sup>97</sup> reduz 20 dias, até o mínimo de 20 dias (i.e., aplicação de 2 atenuantes); e cada circunstância agravante<sup>98</sup> acresce 20 dias, até o máximo de 180 dias (i.e., aplicação de 6 agravantes). Patente, portanto, a desproporção entre a redução por aspectos positivos e a exasperação por aspectos negativos da conduta global do infrator.

A multa, por seu turno, é o *standard* de penalidade do sistema, pois se admite a sua cumulação com as demais providências. Consoante disciplinam os artigos 53 a 56 da Resolução, o prazo para adimplemento da multa é de trinta dias após o trânsito em julgado administrativo. Transcorridos setenta e cinco dias, contados a partir da mesma data, a ANAC está autorizada a inscrever o infrator no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal (CADIN).

Feitas breves considerações sobre as providências sancionadoras da Resolução, às quais se aplicam as características desses institutos conforme o processo administrativo geral (cf. Lei 9.784/1999) e setorial (cf. Lei 7.565/1986<sup>99</sup>),

---

<sup>97</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 36, §1º.

<sup>98</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 36, §2º.

<sup>99</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, arts. 289 a 298.

procede-se à exposição acerca do Processo Administrativo Sancionador (PAS), desenhado pela ANAC nesse contexto introdutório dos vetores de *responsividade*.

De início, o art. 11 da Resolução ANAC 472/2018 merece ser reproduzido:

“Art. 11. Constatada **infração que justifique a adoção de providência administrativa sancionatória**, será lavrado auto de infração, para fins de instauração de PAS” (grifos acrescidos).

O teor desse dispositivo gera um *incômodo*, uma *inquietação* ao intérprete que o analisa sob a lente da Regulação Responsiva. Ainda mais, quando se verifica o alinhamento da norma ao art. 291 do Código Brasileiro de Aeronáutica, reforçando a ostensividade e a ininterruptividade da vigilância e da punição, *verbis*:

“Art. 291. **Toda vez que se verifique** a ocorrência de infração prevista neste Código ou na legislação complementar, a autoridade aeronáutica lavrará o respectivo auto, remetendo-o à autoridade ou ao órgão competente para a apuração, julgamento ou **providência administrativa cabível**” (grifos acrescidos).

Por mais que a arquitetura normativa do poder sancionatório *induza* os servidores da autoridade aeronáutica a se valerem, inicialmente, do Aviso de Condição Irregular (ACI) **ou** da Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI) **ou** de providência acautelatória que viabilize a adesão a Termo de Cessação de Conduta (TCC); todas essas **alternativas** ao sabidamente oneroso e moroso processo administrativo podem ser afastadas pela justificativa do auto de infração.

Tomando por contexto a cultura jurídica brasileira arraigada na crença sobre a efetividade da sanção, paira dúvida razoável acerca da probabilidade de um auto de infração ser reputado nulo em razão da deficiência de fundamentação quanto à necessidade de, no **caso concreto**, adotar-se o PAS como a primeira providência para a conformação de condutas.

Em outras palavras, a **redação aberta do art. 11 é poderoso artifício para o contorno às tentativas prévias – e menos gravosas – de soluções de caráter preventivo (ACI e SRCI) ou consensual (PAC e TCC)**. Reitera-se que essa suposição não se concretizaria com frequência, caso a instituição fomenta a cultura de aderência aos novos institutos.

Incumbe ressaltar a orientação da Resolução ANAC 472/2018 no sentido de processar duas ou mais condutas **conexas** a partir da mesma autuação. Essa medida, à primeira vista simples, milita a favor da economia processual, com a racionalização dos custos da instrução probatória. Em sentido convergente, faculta-se o julgamento conexo de dois ou mais processos, tramitando em autos apartados, para conferir maior uniformidade à jurisprudência administrativa.

Ao que o texto indica, a **autuação conjunta** diz respeito à investigação simultânea de múltiplas condutas de **natureza distinta**, praticadas por um mesmo regulado<sup>100</sup>. Já o **julgamento conjunto** estaria relacionado à reunião de múltiplos PAS com **partes autuadas distintas**, cuja conexão é objetiva – a prática da mesma infração, com ou sem vínculo de coautoria<sup>101</sup>. Ambas as figuras não se confundem com outra novidade da Resolução, a **infração administrativa de natureza continuada**.

A infração administrativa de natureza continuada, embora o *nomen iuris* pareça sugerir, **não** está diretamente ligada à proposta da Regulação Responsiva de releitura das atribuições fiscalizatórias do Estado. Ou seja, **não materializa** a ideia de que as sanções devem reprimir os comportamentos globais do ator privado.

Ao invés disso, a infração administrativa de natureza continuada é uma forma especial de dosimetria da pena quando as infrações autuadas possuem

---

<sup>100</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 17.

<sup>101</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 13.

natureza e autoria idênticas, diferindo-se pela data de cometimento<sup>102</sup>. Guarda similaridade, portanto, com o crime continuado do Direito Penal, em que múltiplos delitos são processados como um só com as devidas repercussões na reprimenda, por razões de política criminal.

No contexto do setor aeronáutico, presume-se que a razão de ser dessa norma reside na simplificação procedimental e na menor onerosidade ao patrimônio do acusado. O parágrafo único do art. 37-A se destaca, à medida que reforça a responsividade, afastando esse benefício “quando constatada a existência de prática ou circunstância que evidencie **violação**, pelo agente infrator, **ao dever de lealdade e boa-fé** que rege as relações entre administrado e Administração”.

Ademais, a leitura transversal da Resolução ANAC 472/2018 leva à seguinte constatação: uma vez lavrado o auto de infração, o particular não está mais acobertado por alternativas negociadas de retorno à conformidade<sup>103</sup>. Da autuação em diante resta-lhe exercer o contraditório e a ampla defesa, para lograr a improcedência do pedido, seja por nulidade do auto, seja por ausência de materialidade<sup>104</sup>.

Entretanto, a indisponibilidade desses mecanismos de estímulo à correção voluntária de irregularidade **durante** o PAS é, em parte, *substituída* pelo instituto do **requerimento de arbitramento sumário de multa**. Essa opção facultada ao acusado consiste na assunção de responsabilidade (materialidade e autoria) em face das infrações investigadas, até o julgamento de primeira instância. Em contrapartida, a sanção aplicável se torna vinculada, limitada ao

---

<sup>102</sup> Resolução ANAC 472/2018, arts. 37-A e 37-B.

<sup>103</sup> Resolução ANAC 472/2018, arts. 25 a 27.

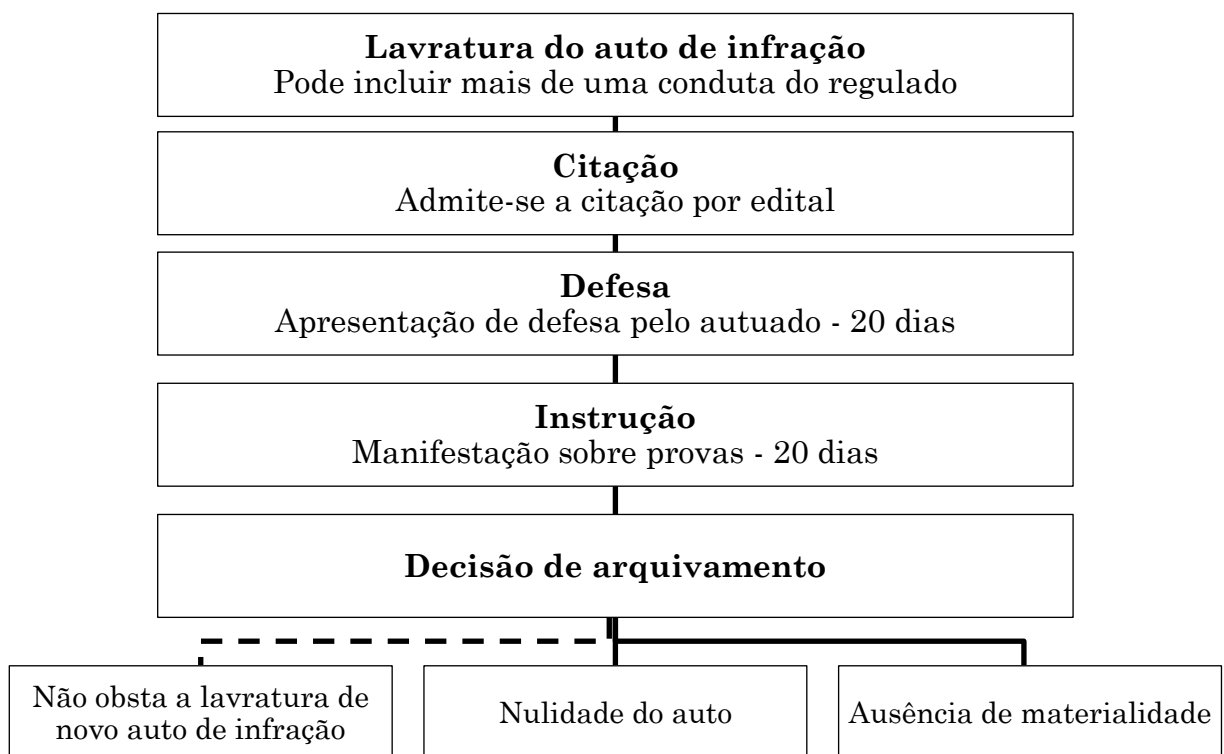
<sup>104</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 33, *caput*, incisos I e II.

máximo de 50% da penalidade pecuniária prevista em abstrato para a conduta<sup>105</sup>.

Diz-se que o arbitramento sumário de multa substitui em parte os arranjos indutivos e negociais entre a Administração e o administrado, porque permite o controle dos custos de litigância. A ANAC se beneficia com o encerramento prematuro da causa e com a **renúncia expressa do direito a recurso**; e o sujeito reduz o prejuízo potencial à metade, além de afastar o risco de cominação das sanções de suspensão ou cassação.

As figuras a seguir sintetizam os possíveis *fluxos processuais* do PAS.

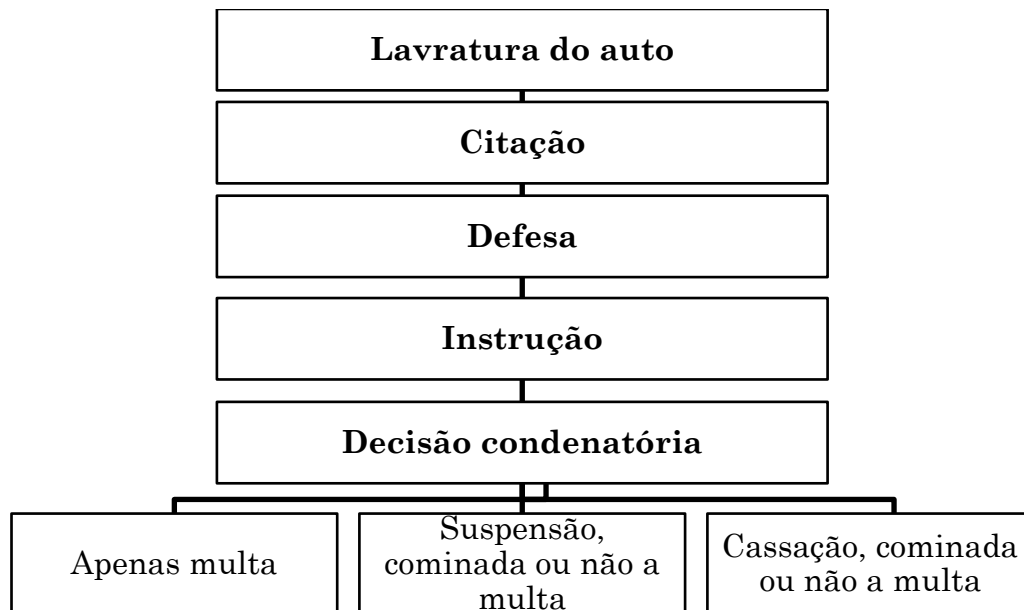
Figura 11- Fluxo processual do PAS que culmina em arquivamento



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, arts. 11 a 33. Elaboração própria.

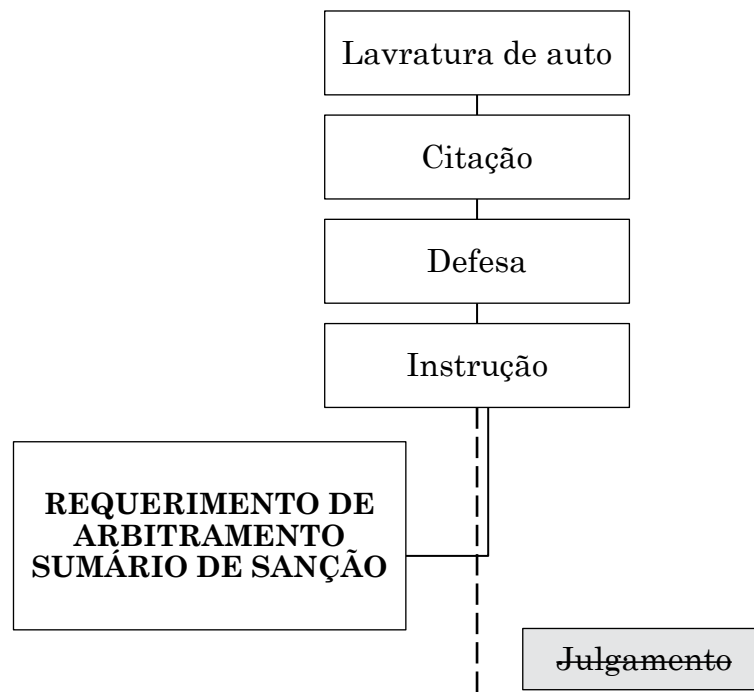
<sup>105</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 28.

Figura 12 - Fluxo processual de PAS que culmina na aplicação de sanção(ões)



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, arts. 11 a 37. Elaboração própria.

Figura 13 - Fluxo processual de PAS em que o autuado propôs requerimento de arbitramento sumário de sanção



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, arts. 11 a 37. Elaboração própria.



A título de impressão geral, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório são satisfeitas, tomando como parâmetro a estrutura “tradicional” do processo administrativo. Os prazos para manifestação, defesa ou recurso são, na maior parte dos casos, de vinte dias – quando menos, o prazo é de dez dias. Novamente, trata-se de medida louvável que deve ser estimulada.

Entretanto, ainda há margem de aprimoramento para que Resolução apresente medidas de *responsividade*.

## 5.2. Aprimoramentos regulatórios e regulação responsiva

Consideram-se positivas – e alinhadas com as premissas da regulação responsiva – as previsões de (i) impossibilidade de aplicação de providência administrativa preventiva em caso de reincidência no mesmo tipo de infração, para incentivar os atores cumpridores de normas e (ii) a inaplicabilidade dessas medidas a infrações que tenham gerado benefícios ilícitos, consideradas mais gravosas.

Contudo, entende-se recomendável a previsão de ressalvas para infrações (i) identificadas pela própria empresa e relatadas à ANAC ou (ii) identificadas pela ANAC a partir do compartilhamento de informações relevantes para a segurança operacional.

Em se tratando de informações fornecidas de boa-fé pelo agente regulado, no intuito de auxiliar a atividade reguladora, entende-se, portanto, razoável (e benéfica) a aplicação de medidas preventivas de caráter educativo, ainda que a lesividade da conduta não seja tão baixa. De forma semelhante, seria conveniente a previsão de ressalvas para garantir a aplicação de medidas preventivas, em vez de sanções, por novas infrações identificadas a partir do compartilhamento de informações do agente regulado de boa-fé com a ANAC.

Essa recomendação teórica se baseia na ideia de que a imposição de sanções é extremamente necessária, mas deve ser resguardada para os casos de descumpridores contumazes. Isso porque a aplicação vigorosa das sanções pode acabar desincentivando a postura cooperativa do agente, por exemplo, ocultando determinadas informações da agência reguladora e prejudicando os objetivos responsáveis da regulação.

A ocultação ou manipulação de informações é particularmente problemática do ponto de vista da regulação responsiva, haja vista a importância do acompanhamento conjuntural dos setores da economia para a atividade regulatória<sup>106</sup>, que deve formular políticas públicas a partir de evidências e dados concretos.

Para além do necessário alinhamento formal das políticas públicas aos preceitos constitucionais, é preciso que essas se pautem na realidade e sejam efetivamente capazes de concretizar seus objetivos<sup>107</sup>, sob pena de esvaziamento dos direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, o embasamento em evidências científicas constitui aspecto essencial da formulação e avaliação de políticas públicas<sup>108</sup>, a qual deve considerar elementos como a real extensão dos problemas identificados e as variáveis políticas e socioeconômicas pertinentes.

Sem a real compreensão do problema e de suas variáveis, tem-se um risco considerável quanto à inefetividade das soluções. Dessa forma, considerando a relevância da obtenção de dados concretos para elaboração de respostas eficazes,

---

<sup>106</sup> ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 5ª ed., Laccademia: Londres, 2019, p. 20.

<sup>107</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

<sup>108</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. É o fim das políticas públicas baseadas em achismo? *Revista Consultor Jurídico (ConJur)*, Brasília, 15 de maio de 2021. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-mai-15/observatorio-constitucional-fim-politicas-publicas-baseadas-achismo#\\_ftn2](https://www.conjur.com.br/2021-mai-15/observatorio-constitucional-fim-politicas-publicas-baseadas-achismo#_ftn2)

é importante que a agência reguladora mantenha e estimule um canal de troca de informações aberto com seus respectivos regulados.

As medidas recomendadas visam conceder segurança jurídica ao agente regulado e privilegiar uma postura colaborativa, gerando um ambiente de confiança recíproca entre autoridade reguladora e regulados, evidenciando ainda as vantagens do compartilhamento de informações relevantes para a segurança operacional por parte dos atores privados.

**Em primeiro lugar**, os requisitos para emissão da SRCI (idênticos aos da Resolução ANAC nº 599/2020), a recomendação quanto à flexibilização do critério de lesividade pode ser aplicada aos casos em que (i) a própria empresa identifica a infração e a relata à autoridade reguladora ou (ii) a ANAC identifica a infração por meio de informações compartilhadas pela empresa em postura cooperativa, no intuito de contribuir para a segurança operacional.

Assim, ainda que a conduta não tenha um grau de lesividade tão reduzido, entende-se benéfica a aplicação de medidas preventivas, em particular a SRCI, que visa à proposta de solução e correção da infração pela própria empresa em prazo razoável. Para essa resolução também se aplicam as recomendações sobre (i) incentivo ao compartilhamento de informações no âmbito da instrução de PAS e (ii) previsão do compartilhamento de informações como circunstância atenuante.

Além disso, são pertinentes recomendações quanto às disposições do art. 37-A, as quais dispõem sobre a possibilidade de caracterização de infração continuada, em vez de múltiplas infrações:

Art. 37-A. Poderá ser caracterizada infração administrativa de natureza continuada a prática, pelo mesmo regulado, de mais de uma ação ou omissão que configurem infração administrativa de natureza idêntica, apuradas em uma mesma oportunidade fiscalizatória.

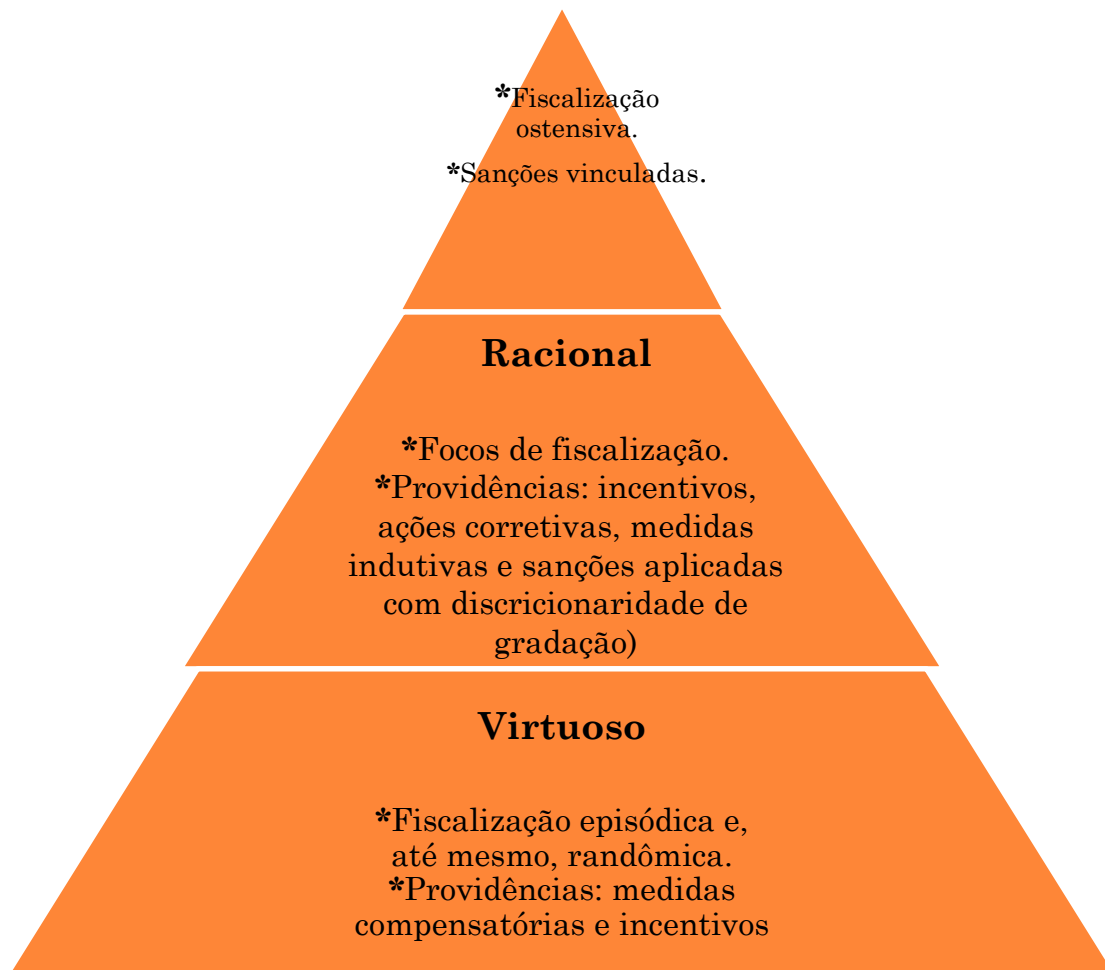
Parágrafo único. **Será afastada a caracterização da infração continuada quando constatada a existência de prática ou circunstância que evidencie violação, pelo agente infrator, ao dever de lealdade e boa-fé** que rege as relações entre administrado e Administração.

Sobre esse ponto, é recomendável alteração normativa para tornar explícito que o compartilhamento de informações, em postura colaborativa, pode ser valorado, em conjunto com outras práticas do agente regulado, para configurar boa-fé do agente que houver cometido uma infração, permitindo a caracterização de prática continuada.

Em segundo lugar, outra recomendação diz respeito aos agrupamentos definidos em razão das tendências globais de condutas, segmentando os vários *players* atuantes no mesmo mercado relevante. É dizer: a Resolução ANAC 472/2018 poderia refletir melhor a pirâmide de tratamento escalonado dos perfis de regulados, perante os quais são variáveis os binômios *obediência x desobediência* e *maior autonomia (autorregulação) x menor autonomia (regulação por sanções)*.

A abertura à multiplicidade de regimes jurídicos, cujo acesso se baseia em dados sobre o desempenho comparativo das empresas, é o fenômeno da **assimetria regulatória**. Vale reproduzir, novamente, a aludida pirâmide:

Figura 14- Pirâmide de perfis dos regulados



Fonte: AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 39.

A atual postura da ANAC se afasta da assimetria regulatória guiada pela legítima estratificação dos regulados, à medida que **dá preferência aos instrumentos individuais de conformação**. Referimo-nos ao Plano de Ações Corretivas (PAC) e ao Termo de Cessação de Conduta (TCC).

Presume-se mais difícil a padronização entre os atores privados quando muitos deles estão sujeitos a fontes negociadas (**“tailor-made”**). Essa “customização” dos regimes jurídicos não é de todo incompatível com a iniciativa mais ampla de desenho da pirâmide de perfis dos regulados.

Apenas vale ponderar que a profusão dos acordos dá ensejo a diferentes parâmetros para o equilíbrio entre obrigações (normas gerais de prestação, normas de *safety*, medidas corretivas e sanções impostas), induções (“*nudges*” para adesão voluntária aos comportamentos socialmente desejáveis) e incentivos (medidas compensatórias à demonstração contínua de bons resultados). Diagnóstico semelhante está na origem das duas próximas constatações.

**Em terceiro lugar**, é possível recomendar a revisitação do Plano de Ações Corretivas (PAC) e do Termo de Cessação de Condutas (TCC) em face da **função central** que esses institutos assumiram no atual arranjo de acompanhamento conjuntural pelo órgão regulador. Não se trata de negar vigência às formas de negociação. Antes, incumbe listar os prós e contras de essa ser a **principal via** de interação não-punitiva entre a ANAC e os administrados-parceiros.

A maior vantagem dessa estratégia talvez seja a participação direta do *player* na construção da solução para as suas irregularidades. Não é demais supor que isso fomenta conscientização e internalização dos valores inscritos no marco regulatório. Por outro lado, a semelhança com o arranjo de contrato do Direito Privado projeta duas desvantagens, suposições no plano abstrato.

Primeiramente, a autoridade regulatória pode incorrer em *erro* a respeito daquilo que está disposta a *ceder* em prol do sucesso da negociação. Esse risco é inerente a quaisquer relações em que as partes têm interesses contrapostos<sup>109</sup>. As causas subjacentes a esses resultados em patamar menor de

---

<sup>109</sup> Nesse sentido, Luiz Fux e Bruno Bodart introduzem a Teoria dos Jogos na análise do Processo Civil: “Sendo a análise de estratégias um elemento central do processo civil, é imprescindível a utilização de uma ferramenta, em especial, para realizar prognósticos sobre o comportamento das partes: a teoria dos jogos. Trata-se da formalização matemática de situações nas quais a estratégia de um sujeito depende de como ele espera que outros sujeitos se comportem, partindo-se do pressuposto de que todos agirão racionalmente para maximizar seus interesses. Com esse instrumento, é possível entender os incentivos básicos que as regras jurídicas oferecem à conduta dos seus destinatários, pois a modelagem econômica elimina ‘interferências’ que, no mundo real, podem desviar a atenção do analista e induzi-lo a erro” (FUX; BODART, 2021, p. 78, grifos

realização/satisfação<sup>110</sup> do que a situação *permitiria* (“win-lose”) são a assimetria informacional e os diferentes cálculos de custo-benefício de cada parte<sup>111</sup>, segundo as regras básicas de Teoria dos Jogos.

Em síntese, mesmo quando a agência está buscando a maximização da conformidade, é possível que aceite Plano de Ações Corretivas (PAC) ou que assine Termo de Cessação de Condutas (TCC) com exigência *aquém* dos danos a serem reparados ou, ainda, *aquém* da capacidade de cooperação do beneficiário.

Além disso, em segundo lugar, a duração prolongada desses instrumentos – e.g., a vigência do TCC por dois anos – pode servir de gatilho para Processo Administrativo Sancionador (PAS) contra uma prática desviante que **não representa a mesma lesividade** do momento em que o termo firmado.

Nesse particular, observa-se que o atual regramento eleva a inobservância de medidas negociadas à condição de disparo automático do oneroso e moroso processo “tradicional” de apuração e sanção de condutas. Essa dinâmica contradiz um dos princípios cardeais da Regulação Responsiva – a racionalização sobre a real necessidade da fiscalização e da punição ostensivas.

---

acrescidos). Vide FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>110</sup> “We have seen the error of assuming that the lobbying technology function is the same for all PIGs [Public Interest Groups], and the importance of this error for underestimating the effects of tripartism in deterring capture. Beneath this error lies a deeper error inherent in economic modeling. [...] On some matters some PIGs and some regulators will not be maximizers or satisficers of some utility, least of all one that can be monetized; they will be deontologists. They will seek to secure some approved state irrespective of the cost, without regard even to the possibility that doing so will worsen attainment of that same value in the long run” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 79, grifos acrescidos).

<sup>111</sup> “The irony here is that playing of the game in a cooperative way can generate the information to play the game in a punitive way at another level. Where inspectors walk into a workplace with the demeanor of a tough law enforcer, they get little information. Where they walk in with the demeanor of a friendly persuader, they get the information that can empower them as tough enforcers. TFT [Tit For Tat] is, therefore, better than consistent punitiveness. But it is also better than consistent persuasion at getting information” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 34, grifos acrescidos).

Diante das duas razões desenvolvidas, existem dúvidas razoáveis acerca da posição que o PAC e o TCC *devem ocupar* na intersecção entre as competências fiscalizatórias e sancionadoras. Abre-se margem para **questionar se** tais acordos estão produzindo **engessamento** (cenário diametralmente oposto à finalidade pretendida, a flexibilidade). Engessamento porque impedem a maior presença da ANAC na articulação e na imposição dos “*nudges*”, isto é, da arquitetura que *induz* a tomada de decisões pelo regulado conforme aos os objetivos do Regulador<sup>112</sup>. Engessamento porque subjaz uma relação de interdependência entre o cumprimento das cláusulas e a instauração de PAS.

**Em quarto lugar**, outra possível recomendação diz respeito à possibilidade de incentivos propriamente ditos e das obrigações de fazer intermediárias, na estruturação das providências anteriores ao PAS. Dito de outro modo, a gradação das respostas que a ANAC provê às posturas de seus administrados-parceiros está posta em **escala com poucos níveis**. Por via de consequência, quanto menos opções houver ao escalonamento, **mais recorrente será o acesso às vias litigiosas**.

Rememore-se a pirâmide das estratégias regulatórias:

---

<sup>112</sup> De forma convergente, o Professor Cass Sunstein pondera que a escolha estatal dos padrões de conduta é uma forma legítima de *nudge*. Indo além, o autor identifica bons prospectos com a aplicação de padrões criados para o caso concreto: “In a significant number of domains, it might be possible to achieve regulatory goals, and to do so while maintaining freedom of choice and at low cost, by selecting good default rules and by avoiding harmful ones. [...] Other default rules are personalized, in the sense that they draw on available information about which approach best suits individuals in the relevant population. [...] Alternatively, a personalized default might be based on people’s own past choices to the extent that they are available. An advantage of personalized default rules is that they may well be more accurate than “mass” default rules. As technology evolves, it should be increasingly possible to produce personalized defaults, based on people’s own choices and situations, and likely to be far more accurate than more general ones. There will be excellent opportunities to use default rules to promote people’s welfare. To be sure, any such rules must respect the applicable laws, policies, and regulations involving personal privacy and should avoid unduly crude proxies” (SUNSTEIN, 2014, pp. 736-737, grifos acrescidos). Conferir SUNSTEIN, CASS. *Nudges.gov: Behaviorally Informed Regulation*. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**. New York: Oxford University Press, 2014, pp. 719-747.



Figura 15 - Pirâmide das estratégias regulatórias



Fonte: AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 39.

A baixa mobilidade na pirâmide de estratégias regulatórias prejudica o sistema como um todo. Evidentemente, limita-se a construção de uma relação duradoura de cooperação entre as partes. Mais do que isso, a implementação da Regulação Responsiva na ANAC pode estar sendo atravancada pela **total ausência** de meios que reconhecem os agentes no estrato superior de desempenho, para incrementar a sua liberdade.

Esse quarto diagnóstico implica duas oportunidades de aprimoramento. Primeiro, pontua-se a demanda pela elaboração de normas sobre formas intermediárias de *induzir* a conformação, a exemplo de um **rol de ações corretivas**. Segundo, com mais urgência, impõe-se a necessidade de pensar em

sanções premiaias, na categoria normativa do que a Regulação Responsiva entende por “**incentivos**”.

Em síntese, o objetivo desta seção foi o de justamente evidenciar alguns aspectos regulamentares, no arcabouço jurídico-institucional da ANAC, com o intuito de mapear e de reforçar a atuação responsiva de forma juridicamente segura tanto para a Agência, quanto para os atores regulados.

Com efeito, as sugestões e as recomendações se alinham com o objetivo maior de permitir que a Agência (especialmente a área de segurança operacional) possa tratar juridicamente os regulados de forma diferenciada, sobretudo de acordo com (i) o risco da atividade, (ii) o perfil de conformidade do agente regulado, (iii) a possibilidade de trocar informações necessárias a uma regulação empiricamente informada/baseada em evidências.

Tudo isso sem, contudo, permitir que o regulado seja punido ou sofra com processos administrativos baseados em informações voluntariamente fornecidas pelo agente regulado de modo cooperativo (cerne da regulação responsiva).

## **6. COMO A REGULAÇÃO RESPONSIVA PODE EMBASAR A ATUAÇÃO DO REGULADOR EM PLANEJAR A FISCALIZAÇÃO REGULATÓRIA NÃO SOMENTE SEGUNDO RESPOSTAS PONTUAIS FRENTE A DEFICIÊNCIAS IDENTIFICADAS PELA FISCALIZAÇÃO, MAS MEDIANTE MONITORAMENTO DA ORGANIZAÇÃO DO REGULADO, DE SUA DISPOSIÇÃO EM INTERNALIZAR MEDIDAS DE COMPLIANCE E DE SEU DESEMPENHO REGULATÓRIO?**

No âmbito do relatório da meta 7 associado ao projeto em referência, foi possível demonstrar não somente a viabilidade de estratégias regulatórias que ofereçam aos regulados tratamentos diferenciados modulados conforme os seus comportamentos, refletindo diretamente o seu desempenho diante de metas regulatórias, mas também que as iniciativas voltadas à persecução de objetivos regulatórios podem partir também de estratégias cooperativas que fomentem a interação direta entre regulador e regulado. Dessa maneira, estratégias regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos devem preocupar-se não com a atribuição de um regime jurídico estanque baseado na qualificação do risco da atividade, mas na disposição do agente regulado em internalizar, na organização empresarial, medidas para o enfrentamento de problemas regulatórios a que possam estar submetidos.

Nesse sentido, o que se procura garantir não é o cumprimento circunstancial ou estratégico das normas regulatórias, mas sim a internalização de determinadas condutas na estrutura organizacional dos agentes regulados com a finalidade de perpetuar comportamentos virtuosos. Dessa maneira, é de rigor que o regulador esteja ciente das posturas adotadas pelos regulados por intermédio de mecanismos de monitoramento efetivos que transcendam a pontual verificação de perfis de risco.

É verdade que identificar riscos associados à atividade regulatória constitui medida relevante inclusive para que o regulador conheça os desafios a que estão submetidos os regulados, de tal maneira que podem servir como medida inaugural de um arcabouço regulatório fundado na ideia de responsividade. Assim, contar com estruturas de governança que consistentemente atuem no sentido do atingimento de metas regulatórias e promovam uma ponte de diálogo com o regulador é elemento fundamental da implementação de estratégias regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos.

A ANAC, aliás, já deu importante passo para a estruturação de modelagem regulatória baseada em incentivos intrínsecos ao elaborar seu Programa de Segurança Operacional Específico (PSOE), que “consiste em um sistema de gerenciamento voltado ao aprimoramento da capacidade de atuação regulatória e administrativa do Estado sobre a segurança operacional”<sup>113</sup>.

A partir desse instrumento, a ANAC já se comprometeu com arcabouço regulatório que parte de pressupostos importantes para a posterior implementação de estratégia responsiva, na medida em que acolhe uma série de premissas voltadas a construir perfil de risco do setor, o que se pode ver inclusive a partir da análise das diretrizes do PSOE, declinadas em seu art. 15: (i) garantir que a ANAC possua o arcabouço regulatório requerido para o exercício da regulação e fiscalização da segurança operacional; (ii) assegurar que a aviação civil, no escopo de atuação da ANAC, alcance e mantenha um nível aceitável de desempenho da segurança operacional, observando os requisitos estabelecidos pela regulamentação nacional e em referências internacionais; (iii) atuar em colaboração com a indústria da aviação civil e com o COMAER, promovendo a harmonização entre as organizações no que diz respeito às suas funções e responsabilidades relativas ao gerenciamento de riscos à segurança operacional;

---

<sup>113</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução n. 352, de 10 de junho de 2015. **Programa de segurança operacional específico - PSOE**. Disponível em: <<https://www2.anac.gov.br/biblioteca/plano/PSOE-ANAC.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

(iv) realizar o monitoramento e a mensuração do desempenho da segurança operacional alcançado pela indústria da aviação civil brasileira; (v) priorizar a alocação de recursos e esforços da Agência em função dos resultados da avaliação dos riscos à segurança operacional por ela identificados; (vi) coordenar e melhorar continuamente suas funções no que tange à supervisão e ao gerenciamento da segurança operacional; (vii) executar as atividades de sua competência de forma a viabilizar a implementação dos respectivos SGSO dos PSAC; e (viii) promover a interação entre os setores que compõem a indústria da aviação civil brasileira.

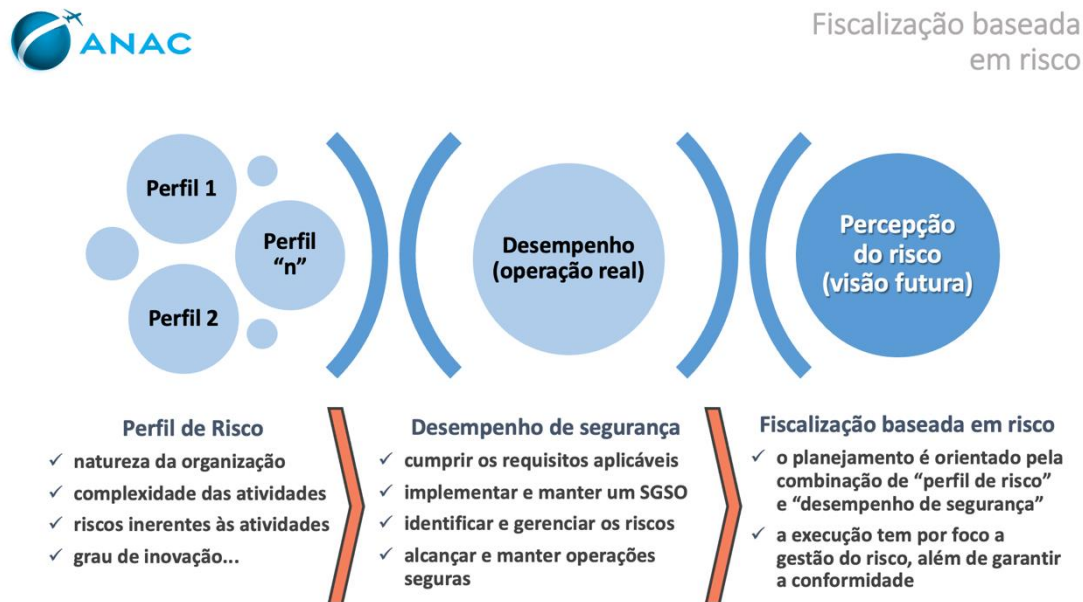
A construção da estratégia de gerenciamento da segurança operacional pela ANAC, assim, está diretamente relacionada à estruturação de uma abordagem regulatória baseada em riscos, partindo justamente da elaboração de perfis de riscos que levem em consideração os agentes regulados individualmente considerados tanto em seu porte quanto na complexidade do ambiente regulatório em que se encontram e mesmo em sua relação com a fiscalização pela Agência.

A construção desses perfis de riscos, evidentemente, não está relacionada simplesmente a condutas perpetradas por agentes regulados que possam corresponder a violações às normas aplicáveis ao caso concreto, mas também à postura adotada pelo regulado diante da própria fiscalização regulatória com especial atenção à implementação de soluções organizacionais como o Sistema de Gerenciamento da Segurança Operacional (SGSO), “cujo foco é a eficácia na identificação e resolução das deficiências sistêmicas dessas organizações que afetam a segurança operacional que é requerida para suas atividades”.

O perfil de risco, assim, soma-se à verificação do atendimento a metas de desempenho de segurança, para que se possa formar adequada percepção quanto ao risco relacionado às atividades de determinado agente. Logo, esses dois aspectos ocupam a base do modelo de fiscalização baseada em riscos estruturado pela ANAC. Confira-se, nesse sentido, gráfico que resume o modelo

de fiscalização baseada em riscos estruturado pelo PSOE, obtido a partir de material enviado pelos representantes da ANAC:

Figura 16 - Fiscalização Baseada em Risco



Fonte: PSOE - Oficina do Projeto de Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação Responsiva no Setor Aéreo Brasileiro, de 27 de abril de 2021.

A partir da elaboração do perfil de risco e da análise de marcadores de desempenho, dessa maneira, pretende a Agência construir perfil organizacional dos agentes regulados que permita uma conjunção adequada de esforços para, de um lado, desenvolver o ciclo básico de medidas de fiscalização a partir das características organizacionais dos regulados, e, de outro, promover intervenções precisas baseadas no perfil de risco de cada regulado.

Observe-se, portanto, que a ANAC estruturou metodologia de regulação baseada em riscos que pode ser um primeiro passo para a implementação de modelagem regulatória lastreada em incentivos intrínsecos, sobretudo no que se refere à aproximação entre regulador e regulado. Porém, há ainda vários elementos próprios da teoria responsiva que devem ser incorporados

ao PSOE para a vinculação do comportamento dos regulados à pirâmide regulatória.

Pode-se mencionar, nesse sentido, a postura adotada pela ANAC nos arts. 29 e seguintes do PSOE, referentes à política de tratamento de violações. Nos termos do art. 29, “Os setores da ANAC responsáveis pela regulação e fiscalização da aviação civil brasileira devem definir ementários que permitam a interpretação dos requisitos para fins coercitivos, identificando o enquadramento das condições verificadas e os casos em que eles se aplicam”. Verifica-se, dessa maneira a preocupação do PSOE com a transparência dos critérios de fiscalização. No entanto, no intuito de aproximar o modelo de fiscalização da teoria responsiva, cabe ainda, para além de simplesmente publicizar ementários, estabelecer modelo de sinalização, incentivo e recompensa aos comportamentos tidos como virtuosos que potencialmente serão divulgados nos aludidos ementários.

Nessa linha, o art. 30 estabelece que “A ANAC deve estabelecer condições e circunstâncias sob as quais os PSAC seriam permitidos lidar e resolver internamente deficiências específicas em relação ao cumprimento aos regulamentos, no âmbito de seus respectivos SGSO, com a condição mínima de que comprovem à Agência a efetividade das ações corretivas aplicadas”. É fundamental, nesse sentido, que o PSOE e/ou outras normas da Agência esclareçam os meios pelos quais os regulados podem voltar sua conduta para o ideal de comportamento virtuoso incentivado pela agência, independentemente mesmo da aplicação de sanções. Trata-se, por conseguinte, de dispositivo preocupado com a efetividade da regulação mesmo diante da necessidade de os regulados realizarem ajustes pontuais em sua conduta, elemento fundamental à estruturação de modelagem regulatória fundada na teoria responsiva.

O art. 31, por sua vez, cria mecanismo interessante que atribui aos regulados a função de oferecer subsídios ao regulador no sentido de demonstrar a sua capacidade de “identificar deficiências em relação ao cumprimento aos requisitos de segurança operacional e ocorrência de infrações ao Código Brasileiro

de Aeronáutica (CBA), bem como propor ações corretivas eficazes que visem à mitigação dos riscos que elas representam para a segurança operacional em suas atividades”.

A postura adotada pelo PSOE no art. 32, no entanto, demonstra a ausência de vinculação do plano à teoria responsiva, na medida em que, em lugar de relacionar o comportamento do regulador à pirâmide regulatória, estabelece apenas três possíveis condutas a serem tomadas pela Agência: (i) impor ações coercitivas contra os entes regulados que infringirem a legislação, em especial aqueles que o fazem de forma reiterada ou deliberada; (ii) realizar ações de promoção da segurança operacional, acompanhar e orientar aqueles que demonstrarem comprometimento com a solução das deficiências; e (iii) estabelecer parâmetros para a distinção entre violações e erros, bem como executar as ações administrativas pertinentes em cada caso.

Nota-se, como já se antecipou, que a ANAC efetivamente adotou medidas que demonstram sua sensibilidade diante da necessidade de cooperação, de acompanhamento conjuntural do comportamento dos agentes regulados e da criação de metas de desempenho a serem alcançadas pelos regulados. Porém, a implementação de modelagem responsiva ainda depende da vinculação de todas essas posturas a estrutura de incentivos pautada na aplicação gradual de sanções punitivas e medidas persuasivas que correspondam ao aludido comportamento dos regulados. Pode-se, dessa forma, sinteticamente relacionar os dispositivos supramencionados às possíveis adaptações vinculadas aos pressupostos da regulação responsiva da seguinte maneira:

Tabela 5 - Programa de Segurança Operacional Específico

<b>Dispositivo do PSOE</b>	<b>Medidas relacionadas à regulação responsiva</b>
Art. 29. Os setores da ANAC responsáveis pela regulação e fiscalização da aviação civil brasileira devem definir ementários que permitam a interpretação dos	Para além da publicização de critérios, é de rigor a criação de mecanismos de sinalização do caráter virtuoso ou não do comportamento dos regulados, que



<p>requisitos para fins coercitivos, identificando o enquadramento das condições verificadas e os casos em que eles se aplicam.</p>	<p>explique de maneira clara as formas pelas quais este pode ser orientado no sentido das metas regulatórias fixadas pela Agência, e de incentivos que correspondam à postura adotada pelos regulados.</p>
<p>Art. 30. A ANAC deve estabelecer condições e circunstâncias sob as quais os PSAC seriam permitidos lidar e resolver internamente deficiências específicas em relação ao cumprimento aos regulamentos, no âmbito de seus respectivos SGSO, com a condição mínima de que comprovem à Agência a efetividade das ações corretivas aplicadas.</p>	<p>A Agência deve contar com estrutura fundada na pirâmide regulatória que reconheça a possibilidade de a fiscalização ocorrer independentemente de aplicação de sanções quando se tratar de agente com tendência de comportamento virtuoso, sem, porém, descartar a possibilidade de punição na hipótese de escalarem as violações perpetradas pelo regulado a despeito dos incentivos que recebeu. A medida da efetividade, assim, não é simplesmente a resposta a sanções ou à ameaça de sanção, e sim o atingimento de metas e objetivos regulatórios.</p>
<p>Art. 31. A ANAC deve requerer que os entes regulados forneçam evidências de que conseguem identificar deficiências em relação ao cumprimento aos requisitos de segurança operacional e ocorrência de infrações ao Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), bem como propor ações corretivas eficazes que visem à mitigação dos riscos que elas representam para a segurança operacional em suas atividades.</p>	<p>A construção de modelos organizacionais de conformidade à regulação não deve estar pautada simplesmente pela aversão à responsabilização, mas principalmente pela aderência a objetivos regulatórios, de tal maneira que o <i>compliance</i> não significa tão somente um escudo em face da ameaça de punição contida no CBA, mas de mecanismos de conformidade com estratégia regulatória abrangente estabelecida pela Agência.</p>
<p>Art. 32. A ANAC, em resposta aos riscos identificados no ambiente operacional por ela regulado e fiscalizado, deve: impor ações coercitivas contra os entes regulados que infringirem a legislação, em especial aqueles que o fazem de forma reiterada ou deliberada; realizar ações de promoção da segurança operacional, acompanhar e orientar aqueles que demonstrarem comprometimento com a solução das deficiências; e estabelecer parâmetros para a distinção entre violações e erros, bem como estabelecer e executar as ações administrativas pertinentes em cada caso.</p>	<p>O rol de condutas passíveis de serem tomadas pela Agência não deve constituir lista a ser discricionariamente manejada pelo regulador, mas sim metodologia estruturada no sentido de correlacionar a postura do regulador à postura do regulado, seja para conceder incentivos, seja para aplicar punições.</p>

Fonte: Programa de Segurança Operacional Específico, Aprovado pela Resolução nº 352, de 10 de fevereiro de 2015.

Pode-se, nesse sentido, cogitar de medidas concretas a serem levadas a cabo para traduzir determinados dispositivos do PSOE para a metodologia da regulação responsiva, notadamente no âmbito dos arts. 29 e 31 supramencionados.

No caso do art. 29, que trata dos “ementários que permitam a interpretação dos requisitos para fins coercitivos, identificando o enquadramento das condições verificadas e os casos em que eles se aplicam”, verifica-se a finalidade de oferecer algum grau de transparência e previsibilidade às medidas (e especialmente às sanções) aplicáveis. Acontece que, a partir dessa redação, estimula-se muito mais um comportamento calculado e estratégico do que a conformidade, já que, com essas informações, os agentes regulados serão capazes não de instituir mecanismos de governança que se aproximem do comportamento desejável a partir dos objetivos regulatórios, mas de um comportamento que não esteja potencialmente sujeito a punições.

Assim, seria interessante que o dispositivo em questão estimulasse a produção de informações a respeito do conteúdo dos regimes jurídicos aplicáveis àqueles regulados com comportamento virtuoso – mencionando, por exemplo, os incentivos oferecidos pelo regulador –, aos que adotam comportamento desviante dos objetivos regulatórios – com conteúdo formado tanto por incentivos quanto sanções, sempre seguindo a pirâmide regulatória –, e aos que apresentam comportamento estratégico – isto é, aqueles que possivelmente não farão jus às vantagens e incentivos que são próprios a abordagens responsivas, aplicando-se-lhes principalmente medidas coercitivas.

Situação semelhante ocorre com o art. 31 mencionado acima, segundo o qual a ANAC deve requerer que os entes regulados forneçam evidências de que conseguem identificar deficiências em relação ao cumprimento de requisitos e à

ocorrência de infrações de segurança, bem como propor ações corretivas eficazes que visem à mitigação dos riscos que elas representam para a segurança operacional em suas atividades. Nesse caso, é fundamental esclarecer o escopo das evidências a serem fornecidas pelos agentes regulados, que não são provas circunstanciais de cumprimento de obrigações regulatórias, mas elementos que demonstrem a conformidade de sua estrutura organizacional com as metas regulatórias aplicáveis. É justamente nesses mecanismos de governança, passíveis de acompanhamento e controle pelo regulador, que se poderá tanto demonstrar o cumprimento das normas regulatórias quanto evidenciar comportamento *beyond compliance*. Assim, apresentando-se medidas mitigadoras de risco suficientemente consistentes, pode-se inclusive chegar ao cenário no qual eventuais violações não significarão o fracasso dos mecanismos de governança, mas sim contingência capaz de ser contida pelas medidas previstas por eles.

Nota-se, por conseguinte, que a modelagem responsiva conta com diversos mecanismos voltados a embasar a atuação do regulador no planejamento da atividade regulatória mediante a implementação de estruturas de governança e monitoramento do comportamento dos agentes regulados que constantemente relacione seu desempenho regulatório com a pirâmide responsiva, assim permitindo ao regulador que ofereça o tratamento adequado à postura adotada.

## **7. ONDE SE DEVE POSICIONAR A DECISÃO SOBRE A AÇÃO RESPONSIVA? EM UM DESENHO DEFINIDO PELA DIRETORIA DA ANAC OU EM DISCRICIONARIEDADE DO REGULADOR?**

A trajetória até aqui aclarou que o objetivo da regulação responsiva é provocar mudança de comportamento do regulado através de um conjunto de estratégias combinadas e escalonadas segundo blocos de perfis atitudinais, da medida menos para mais intrusiva, a fim de buscar o *compliance* das normas mediante a consciência, por parte do regulado, de que sua conformidade regular à norma, sua disposição em coordenar soluções que ataquem problemas sistêmicos e sua disposição em cooperar com o regulador o habilitam a camadas de regimes jurídicos mais atraentes na pirâmide responsiva. Nesse sentido, a teoria propõe que a sanção, apesar de indispensável, não seja a única alternativa do regulador, mesmo após constatar a irregularidade, se o regulado não estiver categorizado em camadas do ápice da pirâmide de persuasão e punição.

Ocorre que, muito embora tenha havido aprimoramentos a partir da Resolução nº 472/2018, o processo sancionador se mantém monolítico. Ao lavrar auto de infração, a sanção é aplicada de forma objetiva, sem considerar o perfil geral de atuação do regulado na aviação civil<sup>114</sup> e, acima de tudo, o regime aplicável é o mesmo, independentemente do perfil comportamental geral do regulado.

Preliminarmente, é cabível pontuar a discussão da discricionariedade sob uma perspectiva dos possíveis atos administrativos de fiscalização passíveis de serem exarados. De fato, é característica do ordenamento jurídico brasileiro uma frutuosa produção normativa que geralmente deixa pouco espaço para uma ação

---

<sup>114</sup> Contribuição dos Servidores da ANAC à Oficina do Projeto de Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação Responsiva no Setor Aéreo Brasileiro, de 27 de abril de 2021.

livre do agente público – via de regra estará bastante amarrado aos dispositivos legais e regulamentares. Com efeito, pela doutrina administrativista tradicional<sup>115</sup>, são cinco os elementos do ato administrativo: competência (atribuição ao para expedir o ato); finalidade (resultado mediato buscado com o ato); forma (veículo normativo que introduz o ato no mundo jurídico); motivo (situação de fato que gera a vontade do agente público para expedir o ato); e objeto ou conteúdo (objetivo imediato a ser alcançado com o ato). Por estes parâmetros, é factível verificar que, nos processos de fiscalização, a discricionariedade no planejamento regulatório e, em especial, fiscalizatório, é mitigada. Não é a toa que essa suposta dicotomia entre ato vinculado e discricionário tem sido questionada<sup>116</sup>.

No específico caso da SPO, a competência, a forma e a finalidade da ação fiscalizatória decorrem, diretamente, das Leis nº 7.565/1986 (CBA) e nº 11.182/2005 (Lei de criação da Agência), além das Resoluções nº 381/2016 (RIANAC) e nº 472/2018 (providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC). De outra sorte, o motivo desdobra-se, atualmente, dos elementos de fiscalização, que indicam as condutas previstas e a resposta institucional a ser dada. Afinal, quanto ao objeto, poder-se-ia discutir eventual margem de discricionariedade (visto não ser declarado se seria estritamente para punir ou corrigir ou ainda forçar a cooperação), o que, não obstante, não influenciaria na resposta do agente à eventual infração.

Dito isto, é de se reconhecer, em tese, que o desenho institucional da fiscalização tende a torná-la, inexoravelmente, uma ação vinculada da Agência, com pouca margem de decisão para o fiscal. Isso repercute na teoria da regulação responsiva, ao passo que o objeto deste ato acaba por ser direcionado à cooperação

---

<sup>115</sup> Por exemplo: CARVALHO FILHO, J.S. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª ed., rev, atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. pp. 110-125.

<sup>116</sup> BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed, rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. pp. 207-256.

entre regulador e regulado e à elevação sistêmica do nível geral de conformidade, assim como o motivo vinculará o fiscal a diversos níveis de resposta estruturados em modelagem responsiva, balizando-se, assim, os encaminhamentos da ponta.

O antagonismo entre atuação responsiva e discricionariedade é, também pelo quanto exposto preliminarmente, um falso problema. Ao se formular a questão, parte-se do pressuposto de que a postura responsiva do regulador dependeria de maior margem de liberdade do inspetor, ou de outros agentes na cadeia sancionatória, em decidir sobre a pertinência ou não de instauração de processo administrativo sancionador, seu processamento, a confirmação contraditória da materialidade e intencionalidade da infração, a dosimetria da sanção e sua aplicação. Não existe, entretanto, essa contradição, pois a teoria da regulação responsiva recomenda que o regulador defina os regimes responsivos com precisão e os esclareça ao regulado de forma transparente, em especial, as condições para aplicação de regimes diferenciados mais ou menos amenos ou aflitivos a depender do perfil de conformidade e da disposição do regulado em cooperar. Ou seja, o desenho regulatório responsivo não requer, e sequer se coaduna com uma maior discricionariedade do servidor em decidir o regime de tratamento regulatório de determinado regulado. Pelo contrário, o regulador deve seguir uma disciplina claramente predefinida de **camadas de regimes jurídicos** decorrentes de classificação também predefinida de nível de conformidade global e de nível de disposição para cooperar do regulado.

Em nenhum momento, a teoria da regulação responsiva recomenda, ou mesmo insinua que as opções responsivas dependam de juízo individual e concreto do fiscal na ponta; pelo contrário, ela se manifesta como um desenho regulatório em que o planejamento regulatório e de fiscalização regulatória vincula a estratégia do regulador em definir as prioridades de atuação da fiscalização pautada, precisamente, por decisão devidamente motivada sobre quais regulados devem se beneficiar de regimes de fiscalização menos ostensiva e quais devem sofrer reforço dessa fiscalização.

A atuação responsiva do regulador não diz respeito, portanto, à discricionariedade. A atuação responsiva impõe o incremento das opções de tratamento diferenciado do regulado eminentemente em ambiente de vinculação à estratégia responsiva firmada em parâmetros de categorização do perfil de conformidade e de cooperação. Assim, não se trata de ampliar ou diminuir a discricionariedade, mas de construir e esclarecer quais parâmetros devem ser levados em conta pelo regulador para aplicação de regimes diferenciados de tratamento do regulado. Quando determinado regulado se enquadrar no perfil próprio de um estamento da pirâmide responsiva, será dever do regulador aplicar as medidas planejadas para aquela camada de atuação responsiva. Em um primeiro nível de planejamento fiscalizatório, a responsividade aumenta a discricionariedade do regulador em definir regimes distintos e resultados distintos para as mesmas ações do regulado segundo seu perfil comportamental global, mas em um segundo nível, de aplicação da regulação na ponta, a responsividade gera nova contenção da margem de liberdade do regulador ao predefinir um pacote de soluções jurídicas para cada perfil, vinculando o fiscal às medidas de conformidade próprias de cada camada e, portanto, elevando o nível de segurança jurídica.

A eliminação de uma opção da pergunta, entretanto, também não fornece a resposta, pois dizer que não é na discricionariedade do regulador que se situa a decisão responsiva também não significa dizer que será em desenho definido pela Diretoria da ANAC, ao menos não exclusivamente ali definido.

De fato, se a Diretoria da ANAC fixar os parâmetros de categorização dos regulados segundo perfis de conformidade e de cooperação e definir os regimes regulatórios, em geral, e fiscalizatórios, em especial, ela estará implementando responsividade em sua atuação, mas a experiência mais exitosa de fiscalização responsiva no Brasil que, de fato, implementa categorização de perfis de conformidade em várias camadas, não passa por definição de desenho regulatório

do órgão máximo decisório da Agência. Trata-se da experiência da ANTAQ mais a frente detalhada.

Ou seja, em um mundo ideal, seria a Diretoria da ANAC que produziria o esboço do desenho regulatório responsivo de toda a Agência em seus diversos segmentos, mas a experiência institucional brasileira demonstra que os esforços já de quase uma década de agências reguladoras à procura de modelagem responsiva encontram inúmeras dificuldades em implementar responsividade plena sem recorrer a experimentos em etapas regulatórias, em especial, na etapa da fiscalização regulatória.

A resposta à pergunta, portanto, é de que não se deve perseguir responsividade na discricionariedade do inspetor – pois não existe discricionariedade responsiva no juízo concreto individualizado, mas precisamente em planejamento e monitoramento global do comportamento do regulado – deve-se perseguir um desenho responsivo regulatório a partir da Diretoria da ANAC, mas deve-se partir de desenhos responsivos específicos de segmentos da atuação da ANAC, a exemplo da recente experiência da ANTAQ, implementada pela primeira vez em 2020, que faz uso do planejamento da ação de fiscalização para construir e aprimorar as categorias classificatórias dos regulados segundo perfis de conformidade global e postura cooperativa para que, então, seja possível incorporar progressivamente essa classificação em desenho regulatório responsivo para o conjunto de segmentos de atuação da ANAC.

A resposta à questão formulada, entretanto, não esgota suas derivações. É relevante perpassar pelas questões que podem influenciar no êxito da teoria responsiva na SPO. A questão consiste em refletir se a adoção isolada da teoria, apenas na SPO, pode minar seu efeito no contexto geral de conformidade. Em outras palavras, os operadores aéreos regulados, considerando o atual modelo de aplicação da sanção, tendem a cooperar com fiscalização? Uma vez que todos os atores, inclusive os não cooperativos, tendem a ser submetidos ao mesmo modelo de processo fiscalizatório e sancionatório, na mesma intensidade e frequência, o



que motivaria os regulados a transformar seu comportamento no contexto geral da atividade da aviação civil, mesmo em ambiente de tratamento diferenciado segundo o risco da atividade/complexidade/organização, ou segundo sua expansão para abarcar o risco de resultado regulatório?

Com esse contexto de possível aplicação isolada da teoria responsiva, (exclusivamente no campo da fiscalização), a engenharia jurídica da ANAC deverá considerar aspectos de fragilidade conjuntural que ela enfrentaria no novo modelo regulatório, qual seja: a) a dificuldade de integração das técnicas regulatórias responsivas da agência como um todo; e b) a cultura do comando e controle (expressado pelo dilema com discricionariedade). O posicionamento da decisão da ação responsiva, então, deverá partir: a) da necessidade por integração das técnicas; e b) da realidade percebida da experiência jurídica brasileira baseada no comando e controle.

## **7.1. A experiência jurídica do comando e controle**

Não é novidade que as práticas institucionais das agências reguladoras no Brasil estão condicionadas ao modelo de comando e controle, cuja estratégia regulatória se apoia unicamente na sanção para influenciar o comportamento dos regulados. Tal modelo tem apresentado significativas contraindicações já discutidas pelos relatórios precedentes. Várias outras agências têm sentido tal ônus e viabilizado inovações regulatórias no sentido de superar o mono sistema do comando e controle, como é o caso da ANATEL<sup>117</sup>, ANEEL<sup>118</sup> e ANTAQ<sup>119</sup>.

Nesse contexto, a incorporação da fiscalização responsiva parece encontrar obstáculos na cultura de comando e controle. Como já mencionado no item 1.2, a experiência jurídica sancionatória de aplicação automática das medidas previstas

---

<sup>117</sup> Resoluções nº 717/2019 e nº 746/2021, da Anatel.

<sup>118</sup> Resolução Normativa nº 846/2019 da ANEEL.

<sup>119</sup> Plano Anual de Fiscalização 2021– ANTAQ, aprovado pela Portaria nº 229/2020 e revisada pela Portaria ANTAQ nº 337/2021.

nas normas abstratas a casos de forma horizontal, pode levar a dificuldade da gestão integrada de risco no setor com respaldo da teoria responsiva.

Calcada nessa cultura, a experiência jurídica brasileira desconfia da discricionariedade e submete o servidor público a uma espada de Dâmocles, de responsabilização iminente com ônus da prova invertido<sup>120</sup>. Os fiscais da ponta, ou seja, os agentes fiscalizadores reivindicam a dificuldade de aplicação da teoria responsiva sob alegação da falta de liberdade para trocar a sanção por outra ferramenta regulatória. Por isso, esses agentes, ao se desprenderem do modelo de exclusiva punição, encontram o desafio cultural – e eventualmente normativo – de aplicar o conjunto de outras estratégias que possam influenciar o regulado sem um arcabouço normativo que fundamente tratamento diferenciado a regulados que aparentemente se encontram na mesma situação jurídica.

Além disso, a falta de treinamento dos inspetores quanto ao escopo de alternativas à punição podem obstar uma fiscalização responsiva, promovendo risco de aplicação inconsistente da modelagem. Ainda mais grave é a ausência de uma modelagem clara de camadas responsivas segundo o perfil comportamental dos regulados para embasar o tratamento diferenciado de regulados de diferentes perfis. A diferença entre aplicação da modelagem dentro da própria agência também pode prejudicar o novo regime regulatório. Portanto, a coordenação entre os processos e os atores internos parece influenciar, também, em onde se deve posicionar a decisão sobre a ação responsiva.

O espaço da discricionariedade é um desafio nada incomum na aplicação da teoria da regulação responsiva. Em um relevante trabalho sobre estudo da aplicação da teoria, Heijden realizou uma revisão sistemática do modelo na prática regulatória. A revisão identificou mais de mil artigos de periódicos acadêmicos que citam Regulação Responsiva, dos quais 30 artigos 'mediram'

---

<sup>120</sup>ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 5<sup>a</sup> ed., Laccademia: Londres, 2019, p. 117.

diretamente o desempenho da regulação responsiva como uma estratégia geral na prática regulatória.

Com esse estudo, o autor pôde elaborar algumas sugestões: a) treine sua equipe para ser responsiva; b) evite armadilhas óbvias da regulação responsiva; c) explique aos regulados o que significa capacidade de resposta; d) calcule o início e a escalada do diálogo responsivo<sup>121</sup>.

A respeito de treinar a equipe para ser responsiva, trata-se de prepará-la para lidar com o aumento de opções de regimes responsivos; não de aumento da discricionariedade. Caso contrário, há risco de aplicação inconsistente, favoritismo, abuso de poder, aplicação desigual da lei ou ambiguidade da regra. Mesmo a literatura responsiva costuma confundir aumento de discricionariedade com aumento da possibilidade de erro na aplicação da modelagem responsiva, devido ao aumento das opções de tratamento diferenciado do regulado, o que poderá minar as metas de regulação. Essa lição importa não só aos inspetores, mas também nos níveis organizacionais no seio da agência, inclusive da equipe que não se ocupe apenas de segurança operacional.

A segunda sugestão aconselha evitar as armadilhas óbvias da regulação responsiva. Na escalada de estratégias regulatórias, os reguladores podem preferir os casos fáceis e evitar os difíceis, isso porque os fáceis exigem menos esforço para fazer cumprir e os casos mais complexos (os difíceis) apresentam risco de legitimidade ou responsabilidade, bem como os colocam em alvo de críticas sociais e políticas por escolher uma aplicação “suave ou facilitadora”. Assim, os reguladores tendem a aplicar, nos casos difíceis, uma abordagem mais formalista.

---

<sup>121</sup> ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 5ª ed., Laccademia: Londres, 2019, p.15.

Como resultado, essa postura poderá gerar quebra de confiança entre reguladores e regulados.

Heijden também sugere uma abordagem inovadora para aumentar a consistência entre os inspetores, consistente em introduzir um sistema de revisão por pares. Desse modo, os inspetores podem refletir sobre os outros e sobre as próprias práticas de fiscalização. Ele explica que “[h]á evidências de que tal sistema torna o processo de aplicação menos arbitrário, mais transparente e mais responsável”<sup>122</sup>.

Para a dificuldade encontrada pelos fiscais da ponta na ANAC, uma ordem formal vinda da Diretoria da agência no sentido de estabelecer critérios objetivos para análise do risco escalonado ou medidas pré-definidas para aplicar a ação responsiva (troca por ferramentas menos intrusivas) poderá suprir a crise de discricionariedade.

Com isso, a decisão não se impõe tão somente a cargo dos agentes da ponta e sim deverá fazer parte de uma estratégia maior desenhada pela Diretoria da ANAC e por órgãos intermediários de planejamento fiscalizatório, de tal modo que as ferramentas regulatórias sejam devidamente integradas aos atores e processos escalonados das fiscalizações, nas variações de grau e intensidade, conforme o perfil dos regulados. Com essas acepções, o óbice construído pela cultura do comando e controle, que influencia na atividade cotidiana do agente fiscalizador, é atenuado

A terceira lição ensinada por Heijden impõe que se explique aos regulados o que significa capacidade de resposta. Nesse caso, a regulação responsiva será mais eficaz se o regulado souber como o regulador seguirá sua estratégia de

---

<sup>122</sup> Ho, D. Does peer review work? An experiment in experimentalism. *Stanford Law Review*. Vol. 69, n. 1, p. 1-119. 2017.

escalonamento. A transparência e clareza do processo responsivo precisa ser suficiente para que os alvos reconheçam o propósito do regulamento responsivo.

Por último, Heijden recomenda calcular o início e a escalada do diálogo responsivo. O autor explica que a regulação responsiva tende a ser eficaz se os alvos veem múltiplas interações ao longo do tempo. Nesse aspecto, o escalonamento das medidas de fiscalização deve ser considerado em prazo ótimo, ou seja, deve-se dar de forma tempestiva, para que não incidam lacunas na atividade do Poder Público. Isso significa que a ação da fiscalização deve ser dada conforme a resposta aos estímulos, gerando, inclusive, a “não resposta” um *input* para a ação mais contundente. Nota-se que as duas últimas lições se impõem sobre a forma como a autoridade reguladora lida com as estratégias regulatórias. De modo geral, elas precisam ser integradas.

## **7.2. A integração das técnicas regulatórias responsivas: ferramentas escalonadas, pré-definidas, previsíveis e consistentes**

A teoria da regulação responsiva recomenda incorporação completa do sistema responsivo. Em não sendo o caso, o desafio que se planta é integrar as técnicas regulatórias com a devida finalidade e que possam surtir efeito no comportamento do regulado. A literatura e prática, empiricamente observada, ensinam três lições para o posicionamento do novo modelo responsivo: a) para a adoção da regulação responsiva, é necessário um modelo com ferramentas regulatórias escalonadas conforme a variação de intensidade e frequência do perfil do regulado; b) como consequência, é imprescindível a integração das ferramentas regulatórias, como parte de um contexto geral da Agência, ainda que focada na fiscalização; c) a atualização periódica das técnicas regulatórias pode ser necessária.

Para tanto, um conjunto de outros elementos são convocados: a predefinição da medida que possa ser de amplo conhecimento dos regulados a ponto de influenciar seu comportamento a tempo, as medidas fiscalizatórias escalonadas em frequência e intensidade e a própria consistência. São, portanto, quatro atributos: técnica escalonada, predefinida, previsível e consistente.

Com os atributos, percebe-se que a regulação responsiva não deve ser adotada levianamente. Ela deve ser aplicada de forma integrada. Essa é a consistência esperada, como argumenta Heijden<sup>123</sup>: “é implementada em todos os níveis de uma regulamentação, regime ou sistema, e os recursos são alocados para treinar gerentes, funcionários e alvos da regulamentação sobre o que significa ser um regulador responsivo.”<sup>124</sup>. Com isso, uma aplicação não integrada, ou apenas fixada na discricionariedade do agente da ponta não só nega o pressuposto de comunicação clara e transparente dos efeitos responsivos, quanto dificilmente terá o efeito esperado na barganha de comportamento do regulado.

O desenho regulatório escalonado é o responsável por iniciar uma “negociação”, considerada em termos amplos, por bom comportamento. Se a Agência delimita seu diálogo regulatório com medidas inicialmente brandas e as progride, de acordo com a performance individual, quando a hipótese assim permitir, tem a oportunidade de estabelecer um processo de “negociação pontual” com o regulado, em busca da cooperação. Mas, não basta progredir nas medidas fiscalizatórias brandas para mais duras, é necessário posicioná-las bem, no momento adequado em que o regulado se encontra, conforme seu histórico atitudinal.

---

<sup>123</sup> VAN DER HEIJDEN, J. **Responsive regulation in practice: A review of the international academic literature. State of the Art in Regulatory Governance Research Paper**. Wellington: Victoria University of Wellington/Government Regulatory Practice Initiative. [S.l.]. 2020

<sup>124</sup> VAN DER HEIJDEN, J. **Responsive regulation in practice: A review of the international academic literature. State of the Art in Regulatory Governance Research Paper**. Wellington: Victoria University of Wellington/Government Regulatory Practice Initiative. [S.l.]. 2020. p. 17

O posicionamento adequado da medida pode ser compreendido como estratégia do desenho regulatório. Recordar-se, entretanto, que as estratégias só ganham efeito se as técnicas regulatórias forem integradas entre si, isto é, se a medida mais dura estiver engrenada com a mais branda a fim de provocar ameaça e barganha, em termos normativos. Por isso, a concentração da medida responsiva na discricionariedade da ponta, a cargo do inspetor, além de potencialmente não produzir o efeito desejado de conformidade, pois carecerá de integração com a sanção ou as demais técnicas, ainda tende a gerar stress sobre o principal ativo do processo de fiscalização, impedindo que o agente público visualize a situação de forma mais ponderada.

Para tanto, o desenho progressivo deve ser predefinido para conhecimento do regulado. As metas de fiscalização ou das medidas sancionatórias são as responsáveis por promover que o regulado aja com racionalidade ao antever as consequências de inconformidade.

Uma vez já definidas, espera-se que o desenho escalonado possa influenciar em seu comportamento. Os regulados, antes que incorram em inconformidade, vislumbrarão as medidas que os atingem e podem empenhar comportamento cooperativo. Assim, a previsibilidade de uma medida é indispensável para barganha. Nesses casos, a autoridade precisa ser contundente e exercer a punição para que o regulado acredite que a medida mais intrusiva virá.

É importante salientar que a regulação responsiva é um jogo de alto risco de confiança. O regulado poderá perder a confiança se a punição não for aplicada de forma estrategicamente predefinida. Assim também, o regulador eventualmente perderá seu poder de comando, por decursiva dilaceração de sua imagem institucional. A falta de punição no momento adequado acarretará em impactos imprevisíveis do sistema regulatório, ameaçando, inclusive, a prestação de serviços na indústria de rede.

A consistência também é concretizada pela integração das técnicas regulatórias, isso porque apenas a escolha seletiva dos elementos responsivos não resulta em regime regulatório satisfatório. Assim, embora o Regulamento de caráter responsivo forneça estratégias práticas, elas precisam ser implementadas dentro da filosofia mais ampla da teoria<sup>125</sup> (conceito de *enforcement*).

Outrossim, um regime de regulação pode perder sua eficácia ao longo do tempo se as equipes nas agências reguladoras mudam ou se os “alvos aprendem a acompanhar os golpes do regime”<sup>126</sup>. Com o tempo, a atividade regulatória torna-se mais complexa, o regulado ganha experiência, aprende as regras do jogo, o consumidor torna-se mais exigente, bem como novidades tecnológicas inserem novos padrões de segurança. Por isso, a ação responsiva escalonada deve acompanhar e se atualizar conforme os movimentos do mercado regulado.

O regime regulatório responsivo precisa envolver um elemento de aprendizagem e atualização com base nas lições que aprendeu<sup>127</sup>. Agência deve envidar esforços para se reinventar ao compreender que um instrumento regulatório não mais representa uma medida de barganha por bom comportamento do regulado e deve ser alterado contextualmente.

Dito isso, a modelagem também deve permitir o florescimento de uma variedade de ferramentas regulatórias. A inteligência para combinar as técnicas regulatórias é bem-vinda, mas deve ocorrer de forma coordenada, ou melhor, integrada entre os inspetores, escalonada e consistente. Por isso, para a

---

<sup>125</sup> VAN DER HEIJDEN, J. **Responsive regulation in practice: A review of the international academic literature. State of the Art in Regulatory Governance Research Paper**. Wellington: Victoria University of Wellington/Government Regulatory Practice Initiative. [S.l.]. 2020

<sup>126</sup> Szejnwald Brown, H., Angel, D., Broszkiewicz, R., & Krzyśków, B. Occupational Safety and Health in Poland in the 1990s: A Regulatory System Adapting to Social Transformation. **Policy Sciences**. Vol. 34, n. 3, p. 247-271. 2001

<sup>127</sup> Baldwin, R., & Black, J. Really responsive regulation. **Modern Law Review**, vol. 71, n. 1, p. 59-94. 2008.



necessária integração, a ação responsiva definida pela diretoria da ANAC – não esgotada nela – é a recomendada pela teoria da regulação responsiva.

Nesse caminho, a respeito da decisão da ação responsiva, embora a SPO esteja incumbida e habilitada a lidar com mais especialidade junto aos regulados, como consta das competências previstas no art. 34 da Resolução nº 381, de 14 de junho de 2016, a Diretoria da ANAC possui atribuições que podem acolher melhor as fragilidades ao novo modelo regulatório causadas pela cultura do comando e controle. A Diretoria poderá suprir melhor a necessidade por integração das técnicas regulatórias e a dificuldade dos segmentos em promover ação responsiva.

Consoante o art. 9º da Resolução nº 381/2016, compete à Diretoria da ANAC a decisão sobre o planejamento estratégico da agência (art. 9º, XIII) e estabelecer as diretrizes funcionais, executivas e administrativas a serem seguidas, zelando pelo seu efetivo cumprimento (art.9º, XIV), entre outras. Dessas previsões normativas, a Diretoria poderá integrar a equipe junto a proposta responsiva de forma transversal, lhe atribuindo – seja por alterações normativas ou apenas por planejamento estratégico – os respaldos para que os fiscais da ponta possam ter segurança jurídica ao evitar medidas mais intrusivas por outras menos, quando a modelagem de regimes próprios aos perfis comportamentais dos regulados assim o exigir. Outrossim, a Diretoria poderá promover o planejamento dos critérios objetivos da análise do perfil de risco, tema que, ocasionalmente, minimiza o problema da discricionariedade das ações responsivas.

Adicionalmente, a diretoria também é responsável pelos processos de segurança, como descrito: “XXVI – orientar os setores pertinentes da ANAC no que se refere aos Programas de Segurança da Aviação Civil do Estado Brasileiro e acompanhar sua operacionalização visando a sua melhoria contínua;” e “XXVII - analisar criticamente os resultados alcançados pela supervisão da segurança operacional e pela operacionalização dos Programas de Segurança da Aviação Civil do Estado Brasileiro;”. Tais dispositivos, implicam na demonstração de que a decisão responsiva pode se posicionar transversalmente pelo comando da

diretoria da ANAC. Além do mais, a participação da diretoria no processo de incorporação da metodologia responsiva pode abrir portas a outras superintendências da agência, pela sua competência de integração.

Por fim, em resposta ao questionamento, a decisão responsiva é melhor incorporada se tiver assento em decisões diretivas da Diretoria, embora não deva ser esgotada nesse nível decisório, haja vista a necessidade de contínuo ajuste fino das categorias responsivas, dos indicadores comportamentais aplicados e da relação de coordenação e cooperação entre reguladores e regulados para cada segmento da aviação. Nesse caso, medidas isoladas que apenas atribuem discricionariedade aos agentes da ponta não decorrem, nem se coadunam com a regulação responsiva. A diretoria poderá concretizar a integração das técnicas regulatórias com medidas escalonadas, a previsibilidade da sanção que possa incentivar a negociação pontual e consistência na aplicação da sanção no momento adequado.

### **7.3. Experiências da fiscalização responsiva**

As experiências trazidas pela literatura e pela análise empírica são importantes traduções da teoria regulatória para a prática institucional. Ainda que cada experiência de um setor regulado seja única, o compartilhamento de experiência se mantém relevante para antecipar os principais temas a serem enfrentados quando a nova metodologia for aplicada.

Em 2019, Heijden produziu um estudo do estado da arte da governança e regulação baseada em risco. A partir de uma extensa pesquisa, ele detectou que apenas 16% (n=133) dos artigos revisados por pares abordam exemplos de governança de risco e regulação baseada em risco, enquanto a outra parte se concentra na teoria. Além disso, a América Latina, Ásia e África são continentes

sub-representados no registro dessas experiências, restando apenas 11% dos 133 artigos revisados por pares<sup>128</sup> com enfoque em exemplos.

Fica evidente que o debate sobre governança de risco e regulação por risco é liderado pela Europa, Estados Unidos e Reino Unido. Heijen explica que “em geral, eles se envolvem com questões teóricas e políticas, ao invés de questões de regulamentação, implementação e prática”<sup>129</sup>.

Nesta esteira, foram selecionadas duas experiências para estudo, uma relativa à fiscalização responsiva no modal de transporte aquaviário no Brasil e outra em relevante Agência de aviação civil dos Estados Unidos. Enquanto o segundo caso permite visualizar as dificuldades da implantação desta nova perspectiva regulatória na verificação do *safety*, a primeira traz um exemplo de atuação de Agência Reguladora irmã, vinculada ao mesmo Ministério da Infraestrutura e imersa em semelhante contexto e maturidade da regulação dos serviços de transportes.

Insta salientar, para que se possa traçar melhores paralelos com os paradigmas ora apresentados, que o processo de fiscalização pode ser visualizado sobre dois espectros: o planejamento de sua execução e a avaliação das condutas apuradas. Cabe diferenciar que, geralmente, os modelos teóricos e pragmáticos têm enfatizado a responsividade no segundo momento. Sem embargo, historicamente, o planejamento da fiscalização costuma ter maior margem de discricionariedade, sobretudo quando se verifica um sistema típico de comando e

---

<sup>128</sup> VAN DER HEIJDEN, J. **Risk governance and risk-based regulation: a review of the international academic literature.** State of Art in Regulatory Governance Research Paper 2019.02. Wellington: Victoria University of Wellington/Government Regulatory Practice Initiative. [S.l.]. 2019. p.17

<sup>129</sup> VAN DER HEIJDEN, J. **Risk governance and risk-based regulation: a review of the international academic literature.** State of Art in Regulatory Governance Research Paper 2019.02. Wellington: Victoria University of Wellington/Government Regulatory Practice Initiative. [S.l.]. 2019. p. 17.

controle que atribui para cada achado uma penalidade e dá liberdade para a busca das evidências, mas plena vinculação para a resposta a elas.

Cumpra observar que a atuação responsiva se mostra valiosa em ambos os momentos, para direcionar um planejamento que permita uma apuração mais eficiente e para indicar, a medida devida, sendo certo que ambas as situações são ponderadas pela postura atitudinal do regulado. Com isso, padroniza-se o planejamento de inspeção e da resposta cabível (alinhamento do processo de fiscalização), mitigando-se a discricionariedade da ponta e tornando mais transparente a ação regulatória.

Como se verá nos exemplos que serão tratados, **a ANTAQ acaba por trazer uma hipótese de fiscalização responsiva na fase de planejamento, enquanto a FAA atua mais fortemente no tratamento dos achados, reforçando as formas de coleta de evidências.**

Ressalte-se, ademais, o exemplo trazido pela ANTAQ, além de ser relevante para o contexto brasileiro no processo de fiscalização responsiva, é dos poucos construídos no ambiente latino americano até 2019, senão o único com esse nível de categorização de perfis comportamentais.

### **7.3.1. Agência Nacional Transportes Aquaviários (ANTAQ)**

No Brasil, a ANTAQ tem sido pioneira na incorporação de uma pirâmide responsiva de diversos níveis no processo fiscalizatório, inclusive em matéria normativa. Antes das transformações na prática institucional de fiscalização, entretanto, a cultura do comando e controle também persistia naquele ambiente. Algumas das motivações foram destacadas para adoção do novo modelo de fiscalização, como descreveu Gabriela Coelho da Costa: “Necessidade de desenvolvimento de modelo determinístico de suporte a decisão de planejamento

fiscal; conferir maior efetividade às fiscalizações (quem, quando, onde e como); racionalizar a utilização de recursos”<sup>130</sup>.

Previamente, faz-se essencial um alerta referente ao cenário de atuação da ANTAQ, para que melhor se compreenda a estruturação de sua fiscalização. Considerando a Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e nos termos do art. 27, XXI, XXII e XXVI, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a fiscalização da ANTAQ tem 3 objetos:

- (i) o funcionamento e a prestação de serviços das empresas de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre;
- (ii) a execução dos contratos de adesão das autorizações de instalação portuária; e
- (iii) a execução dos contratos de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária.

A supervisão empreendida visa abranger grandes *players* (instalações portuárias autorizadas e arrendadas e portos organizados), mas também os prestadores de serviços de navegação, cujo espectro de dimensão é extremamente variado, cobrindo desde gigantescas empresas de navegação de longo curso até o transporte fluvial entre pequenas localidades. Dado o leque exposto, percebe-se a relevância de um planejamento de fiscalização bem estruturado, que assegure uma categorização prévia de regulados e objetos de verificação nas inspeções. De outra sorte, é clarividente o paralelismo com a fiscalização de serviços aéreos da SPO que ora se discute.

---

<sup>130</sup> Palestra da Diretora-substituta da ANTAQ, Gabriela Coelho da Costa, no 13º Ciclo de Palestras do Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da UnB sobre Cultura Regulatória, intitulada “A nova cultura fiscalizatória da ANTAQ: responsividade e classificação de risco”, em 5 de março de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=f1XaW2Ftlg4> e no Webinário “Encontros Radar – A fiscalização Regulatória (responsiva)”, em 25 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=J1HZ7HP2h7g>.

O procedimento de fiscalização responsiva criado pelo ANTAQ adota o Modelo Quantitativo de Risco. Ela inova, principalmente, na construção de índices de risco de conformidade regulatória, baseado no histórico de comportamento do regulado. O modelo projeta os instrumentos fiscalizatórios junto às empresas, dependendo do índice atribuído pela Agência, o qual depende da sua performance. Nesse sentido, o regulador consegue promover uma fiscalização proporcional a cada perfil, conforme os resultados fiscais, que foca no nível de exigência sobre o regulado.

A metodologia de identificação dos riscos comportamentais cria o Índice de Perfil de Risco (IPR), que é a soma de três tipos de risco parcial. Estes são calculados da seguinte forma:

- (i) Risco 1: o índice de irregularidade normativa (IIN), calculado como:  $\text{risco1} = \text{IIN} * \text{Peso1}$ ;
- (ii) Risco 2: É composto pelo índice de não atendimento de notificações (INA) e índice de ouvidoria (IOU), calculado como  $\text{Risco2} = (\text{INA} + \text{IOU}) * \text{Peso2}$ ;
- (iii) Risco 3: Composto pelo índice de Reincidência de Infrações (IRI), índice de autos de infração lavrados (IAL), índice de recorrência crítica (IRC), calculado como:  $\text{Risco 3} = (\text{IRI} + \text{IAL} + \text{IRC}) * \text{peso3}$ ;

Os índices são somados para alcançar o Índice de Perfil de Risco ( $\text{IPR} = \text{Risco1} + \text{Risco2} + \text{Risco3}$ ). Com esse dado, o regulado será classificado em categorias de risco (A, B e C):

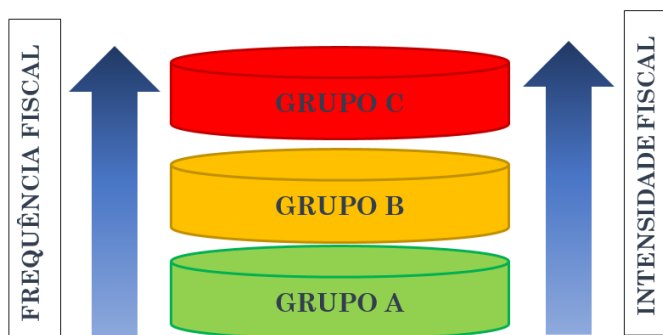
A: o regulado é classificado no nível caracterizado pela baixa propensão marginal de infrações, representando um pequeno dano/impacto a conformidade regulatória.

B: o regulado é classificado no nível de média propensão marginal ao cometimento de infrações, representado um dano/impacto médio a conformidade regulatória.

C: o regulado é classificado no nível de alta propensão marginal do cometimento de infrações representando um alto dano/impacto à conformidade regulatória;

A depender de cada classificação, os agentes regulados que ocuparem cada um dos grupos, sofrerão mais intervenção ou menos da fiscalização, conforme representa o gráfico abaixo. Nessa metodologia, além da ANTAQ poder projetar e planejar a aplicação de seus recursos fiscalizatórios contra aqueles que não detêm bom histórico, ainda almeja promover incentivos à conformidade normativa.

Figura 17 - Frequência e intensidade fiscal conforme perfil de risco/ANTAQ



Fonte: Slides de Gabriela Coelho da Costa e Fábio Queiroz Fonseca, no 13º Ciclo de Palestras do Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da UnB, de 5 de março de 2021, adaptado. Disponível em [www.ndsr.unb.br](http://www.ndsr.unb.br).

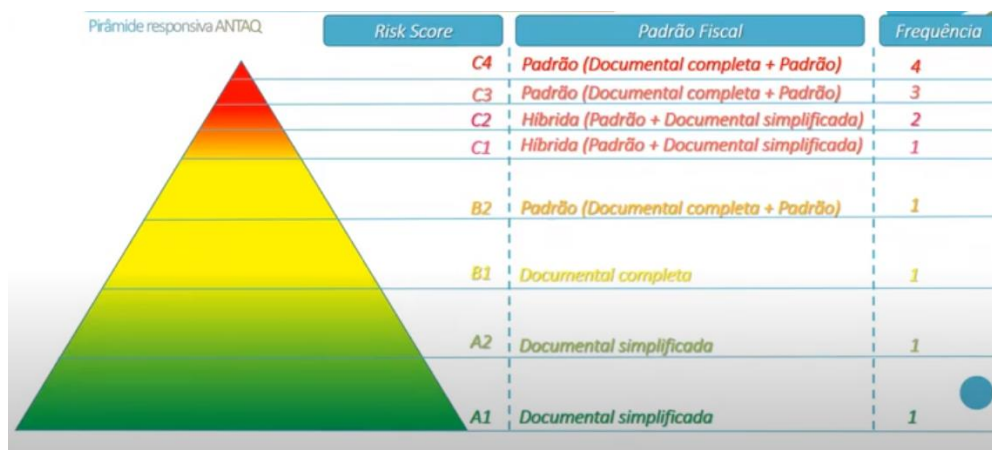
Para individualizar ainda mais a trajetória, de cada um dos regulados, dentro de cada categoria de risco haverá uma medida fiscalizatória diferente. Por isso, a Agência criou oito sub categorias (A1, A2, B1, B2, C1, C2, C3 e C4) “a fim de conferir mais foco aos fiscalizados com risco infracional mais relevante e a oferta de “soluções fiscalizatórias mais amplas”<sup>131</sup>. Sendo assim, as medidas

<sup>131</sup> BRASIL. Agência Nacional de Transportes aquaviários – ANTAQ. Planos de Fiscalização Disponível em: <<https://www.gov.br/antag/pt-br/assuntos/planos-de-fiscalizacao>>. Acesso em 06 de set. 2021.

fiscalizatórias são aplicadas conforme a frequência e intensidade do risco em cada subgrupo:

- (i) Para a aquelas empresas que ocuparem o grupo A1 e A2 será a fiscalização documental simplificada.
- (ii) Para a aquelas empresas que ocuparem o grupo B1 será a fiscalização documental completa.
- (iii) Para a aquelas empresas que ocuparem o grupo C2 será a fiscalização documental híbrida.
- (iv) Para a aquelas empresas que ocuparem o grupo B2, C1, C3 e C4 será a fiscalização padrão.

Figura 18 - Pirâmide de Padrão Fiscal conforme perfil de risco/ANTAQ



Fonte: Contribuição da Diretora-substituta da ANTAQ, Gabriela Coelho da Costa, no 13º Ciclo de palestras do Núcleo de Direito Setorial e Regulatório UnB, 5 de março de 2021.

Como ilustrado, a frequência da fiscalização (coluna do lado direito) e a intensidade da medida fiscalizatória (coluna do meio) é aplicada conforme o *score* atingindo pelo regulado durante certo lapso de tempo. Com esse esquema, a autoridade reguladora fixou metas de comportamento, explicou para os regulados, mediante normativos, o que significaria cada um dos padrões fiscais (coluna do meio), a fim de indicar as consequências destinadas aos desconformes.



Entretanto, conforme orientado pela teoria da regulação responsiva, as ferramentas regulatórias podem ser alteradas de acordo com o impacto que têm ganhado no ambiente regulado. No caso acima demonstrando, a ANTAQ revela interesse em melhorar os padrões de fiscalização para que os regulados sintam a diferença de mudança de uma categoria para outra (mudança da categoria A1 para A2, por exemplo, precisam ser sentidas a fim manter empresas empenhadas).

Além disso, outras mudanças já ocorreram<sup>132</sup> de 2020 para 2021, como alterações nas fórmulas matemáticas, exclusão de indicadores parciais relativos, o ajuste das alterações temporais do perfil dos regulados, a fim de conferir um cenário o mais atualizado possível da gestão da empresa<sup>133</sup>. Por fim, ainda é necessário que a Agência formule padrões regulatórios para considerar a gravidade da infração. Por tais elementos, o monitoramento da metodologia de fiscalização persiste como aprendizado contínuo, de constante planejamento<sup>134</sup>.

Para além do estabelecimento do índice de risco, a ANTAQ fez uso de outras ferramentas regulatórias denominada prateleira de insumos, que podem ser caracterizados como: processo de fiscalização e sancionadores; presença do fiscal; fiscalização educativa; cartilha de divulgação de normativos; plano de melhorias/de ações; divulgação da percepção de risco individualizada; ranking e relatórios individualizados<sup>135</sup>, prêmios de conformidade regulatória<sup>136</sup> etc. Nota-se que a agência não dispensa a punição em abstrato, mas amplia mecanismos de fiscalização que possam ser escalonados de uma forma menos intensa ou mais

---

<sup>132</sup> O próprio O PAF 2021, aprovado pela Portaria-DG Antaq nº 299/2020 e revisado pela Portaria-DG Antaq nº 337/2021.

<sup>133</sup> Painel da Diretora-substituta da ANTAQ, Gabriela Coelho da Costa, no Webinar “Encontros Radar – A fiscalização Regulatória (responsiva)”, em 25 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=J1HZ7HP2h7g> acesso em: 09 de ago. 2021.

<sup>134</sup> Contribuição da Diretora-substituta da ANTAQ, Gabriela Coelho da Costa, no ciclo de palestras do Núcleo de Direito Setorial e Regulatório UnB, 6 de março de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=f1XaW2Ftlg4&t=2455s>. Acesso em: 09 de ago. 2021.

<sup>135</sup> Op. Cit.

<sup>136</sup> Regulamento do Prêmio ANTAQ 2021. Disponível em: [https://www.gov.br/antag/pt-br/noticias/agencia-lanca-premio-antag-2021/REGULAMENTOPremioANTAQ2021\\_.pdf](https://www.gov.br/antag/pt-br/noticias/agencia-lanca-premio-antag-2021/REGULAMENTOPremioANTAQ2021_.pdf)

intensa, liberando, de fato, a incidência punitiva de camadas de regulados com alto grau de conformidade.

Há que se mencionar que a agência promoveu transformações normativas no seu procedimento fiscalizatório<sup>137</sup>, como: a) inclusão do conceito de regulação responsiva; e b) previsão para o fiscal fazer uso de outras estratégias fiscalizatórias.

Como se apreende no modelo de fiscalização estabelecido, a responsividade foi estabelecida no momento pré-inspeção, enfatizando o planejamento conforme o histórico do regulado apurado. Portanto, erige-se um compromisso de redução dos custos de transação *ex ante* fiscalização em prol de uma conduta mais orientada conforme os interesses da Agência (propensão marginal). No enquadramento, admite-se inclusive o aumento na assimetria de informação, desde que o regulado demonstre seu bom comportamento. Dá-se, então, uma troca evidentemente apreciável pelos regulados e pela Agência, beneficiando-se o primeiro com uma inspeção menos ostensiva (poderá até dispensar menor número de funcionários para atender a demanda) e o outro com uma alocação mais estratégica de seus recursos de supervisão regulatória. Permite-se antever que o **nível de tolerância à assimetria de informação** neste modelo tende a ser um dos principais pontos de ajuste ao longo dos anos.

Não obstante, o modelo experimentado pela ANTAQ fornece critérios objetivos para planejamento da fiscalização, otimiza recursos humanos, incrementa potencialmente a conformidade regulatória, fortalece a confiança entre a Agência e os regulados, como também promove critério objetivo de perfil atitudinal, o qual supre o requisitado problema de discricionariedade, e consequente insegurança jurídica, já debatido pelo relatório. Vale frisar que a

---

<sup>137</sup> COSTA, Gabriela Coelho da Costa. Painel da Diretora-substituta da ANTAQ no Webinário “Encontros Radar – A fiscalização Regulatória (responsiva)”, em 25 de setembro de 2020. Disponível em: <https://youtu.be/J1HZ7HP2h7g>

previsibilidade da ação fiscalizadora consiste em um dos maiores ganhos desse modelo, por alinhar expectativas e permitir dimensionamento de equipes.

Portanto, acerca da questão do impasse da discricionariedade, o modelo da ANTAQ é bastante representativo. Ao criar índices objetivos de perfil de conformidade em que o regulador prevê qual regulado merece medidas mais intrusivas de fiscalização, ele direciona a fiscalização e entabula o seu campo de atuação.

Por isso, a atividade se torna eminentemente vinculada, cabendo ao corpo de fiscais relatar acerca da suficiência da documentação, para eventuais adaptações no modelo posto. Com isso, há incentivos para que o regulado se esforce para manter-se em uma boa classificação, visto que terá de dispender menos esforços com a fiscalização que receberá. Sob outra perspectiva, há plena segurança quanto à atuação esperada dos fiscais, cabendo-lhes a importante função complementar de reportar a suficiência ou excesso dos modelos de inspeção.

### **7.3.2. Federal Aviation Administration - FAA/EUA**

O modelo de fiscalização baseada em risco da *Federal Aviation Administration* – FAA/EUA tem certa complexidade. Para fins da análises de experiências com regulação baseada em risco na fiscalização, propõe-se três perguntas guias: a) quais são as opções regulatórias dos inspetores ao se depararem com não-conformidades? b) quais critérios para aplicação dessas opções regulatórias? c) o que FAA espera dos inspetores, no âmbito de sua filosofia de *compliance*?

Como acima mencionado, o modelo da FAA tem grande ênfase na verificação da não-conformidade e encaminhamentos. Não obstante, seria facilmente selecionado como objeto de um estudo específico, ante a sua dimensão e complexidade. Com isso, o recorte que ora se realiza direciona-se a evidenciar

práticas que podem vir a servir de inspiração para a estruturação de uma fiscalização com mais tons de responsividade pela SPO.

Inicialmente, a FAA tem sua inspiração para um novo modelo iniciada a partir de 2015, através da *Compliance Philosophy*<sup>138</sup>, a qual almejava obter conformidade dos atores dispostos e capazes de tomar medidas corretivas<sup>139</sup>. Até então, as ações da autoridade americana na fiscalização eram concentradas na coleta de itens de prova, o *enforcement* era seu principal meio de garantir a conformidade regulatória e as ações eram tomadas baseadas nos resultados<sup>140</sup>. Na segunda metade de 2018, a autoridade institui Programa de Conformidade (*Compliance Program*) para refletir a incorporação dos conceitos da filosofia na estrutura da agência.

Assim, a autoridade passa pela mudança de um modelo centrado no *enforcement* para uma decisão baseada em risco<sup>141</sup>, cuja prioridade é a correção dos problemas (*solving problems*). A filosofia da compliance busca, sobretudo, aprender rápido com os erros. O propósito é traduzido por Michael Huerta, ex-administrador da FAA, que explicou<sup>142</sup> ser o objetivo da autoridade:

“A filosofia da conformidade normativa é o ultimo estágio da forma como supervisionamos os regulados. Enfoca-se nas seguintes metas fundamentais: identificar os problemas no Sistema Nacional de Espaço Aéreo antes que resultem em um incidente ou acidente; usar ao máximo ferramentas adequadas para a correção

---

<sup>138</sup> Apresentação do programa no site FAA. Acessado em 17 de ago. 2021. Disponível em <https://www.faa.gov/about/initiatives/cp/>

<sup>139</sup> Apresentação do “*The Compliance Program*”, revisado em 27.11.2018. p. 1 e 2. Disponível em: [https://www.faa.gov/about/initiatives/cp/media/Compliance\\_Program.pdf](https://www.faa.gov/about/initiatives/cp/media/Compliance_Program.pdf)

<sup>140</sup> Apresentação do “*The Compliance Program*”, revisado em 27.11.2018. p. 5. Disponível em: [https://www.faa.gov/about/initiatives/cp/media/Compliance\\_Program.pdf](https://www.faa.gov/about/initiatives/cp/media/Compliance_Program.pdf)

<sup>141</sup> HAMELIJNCK, Régine; SMITH, Jeffrey; ARENDT, Don; MINNIS, Cristy. Regulação Responsiva & Segurança Operacional: Visão Internacional - Webnário com representantes da Federal Aviation Administration (FAA) e da European Aviation Safety Agency (EASA). Brasília: Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), 09/11/2020.

<sup>142</sup> FAA. Michael Huerta. “Another First in Our Safety Evolution”, Washington, D.C. em 06 de outubro de 2015. Disponível em: [https://www.faa.gov/news/speeches/news\\_story.cfm?newsId=19554](https://www.faa.gov/news/speeches/news_story.cfm?newsId=19554)

desses problemas; e monitorar a situação para garantir que eles permaneçam ajustados/resolvidos”<sup>143</sup>.

No novo modelo, as ações são tomadas, a não ser que não sejam apropriadas, com foco nas correções rápidas e eficazes. Para isso, ele promove uma série de estímulos ao engajamento dos atores de mercado, com transparência, troca de informações e a análise da causa raiz. Tal encaminhamento requer confiança mútua e cooperação entre regulado e regulador. Por isso, o programa permite uso de meios menos rigorosos para obter a conformidade, quando o regulado está inclinado a tomar medidas corretivas.

Esse espírito de cooperação faz parte da “*just culture*”, em que o elemento essencial é abordagem aberta, de tal modo que os problemas de segurança sejam compreendidos por meio da troca proativa de informações e conformidade efetiva<sup>144</sup>. Mesmo o problema mais grave, com sérios impactos, deve ter a garantia de que serão rapidamente corrigidos.

Para tanto, a Agência americana estimula o ambiente de compartilhamento de informações e soluções de problema de segurança, mantendo plataformas para trocas contínuas de dados, inclusive disponível a qualquer pessoa que tenha interesse em fazer um relato pertinente sobre situação ocorrida ou presenciada no setor. Trata-se do *Aviation Safety Action Program* (ASAP<sup>145</sup>) junto do *Aviation Safety Reporting System* (ASRS<sup>146</sup>) que encoraja e oportuniza relato voluntário de problemas e eventos de segurança. Sendo o última a plataforma virtual que

---

<sup>143</sup> “*Compliance Philosophy is the latest step in the evolution of how we work with those we regulate. It focuses on the most fundamental goal: find problems in the National Airspace System before they result in an incident or accident, use the most appropriate tools to fix those problems, and monitor the situation to ensure that they stay fixed.*” Tradução livre.

<sup>144</sup> Apresentação do programa. FAA, 2021. Disponível em [https://www.faa.gov/about/initiatives/cp/media/CP\\_Brochure.pdf](https://www.faa.gov/about/initiatives/cp/media/CP_Brochure.pdf). Acesso em 08 de set. 2021.

<sup>145</sup> Apresentação do programa ASAP. FAA, 2021. Disponível em <https://www.faa.gov/about/initiatives/asap/>. Acesso em 08 de set. 2021.

<sup>146</sup> Apresentação do programa ASRS. FAA, 2021. Disponível em <https://asrs.arc.nasa.gov/report/electronic.html>. Acesso em 08 de set. 2021

recebe os reportes e o primeiro, o programa que chama a atenção especialmente dos empregados das organizações.

A respeito da primeira pergunta-guia, as opções regulatórias dos inspetores ao se depararem com não-conformidade operam principalmente em torno do Programa de Conformidade (*compliance program*), o qual é um processo nominado pela FAA para promover a abordagem de risco de fiscalização. Ele é regulado por dois documentos de destaque contidos no Volume 14, da *Order 8900.1/FAA*, relativo a *Compliance and Enforcement*. Trata-se do estabelecido no capítulo 1 sobre as políticas de conformidade para os padrões de voo (*Chapter 1, Flight Standards Service Compliance Policy*): a) seção 1 sobre a Filosofia de Conformidade<sup>147</sup>; b) Seção 2 sobre o procedimento de Decisão da Ação de Conformidade<sup>148</sup>. Os documentos fazem uma série de definições relevantes para análise<sup>149</sup>. É essencial destacar que tais normas denotam um misto de orientações normativas com manual de procedimentos, trazendo farto material exemplificativo, para balizar a atuação da fiscalização de *aviation security*, especialmente na avaliação dos seus achados.

O regramento contido na Seção 2 trata do procedimento da Ação de Conformidade<sup>150</sup> e tem o propósito de orientar funcionários durante a implementação do programa. Ele descreve o Processo de Decisão de Ação de Conformidade (CADP) e o processo de Análise de Causa Raiz (RCA). Assim,

---

<sup>147</sup> EUA. Federal Aviation Administration. Order 8900.1, Volume 14, Chapter 1, Sections. **Federal Aviation Administration Compliance Philosophy**. Disponível em: <<https://fsims.faa.gov/PICDetail.aspx?docId=8900.1.Vol.14.Ch1.Sec1>>. Acesso em 08 de set. 2021.

<sup>148</sup> EUA. Federal Aviation Administration. Order 8900.1, Volume 14, Chapter 1, Sections 2. **Flight Standards Service Compliance Action Decision Procedure**. disponível em: <http://fsims.faa.gov/PICDetail.aspx?docId=8900.1.Vol.14.Ch1.Sec2>. Acesso em 08 de set. 2021

<sup>149</sup> Outros documentos para pesquisa adicional: FAA Order 2150.3; FAA Compliance and Enforcement Program. Indicates new/changed information.; FAA Order 8000.72, FAA Integrated Oversight Philosophy.; FAA Order 8000.88, PRIA Guidance for FAA Inspectors. Indicates new/changed information.; FAA Order 8000.373, Federal Aviation Administration Compliance Program.

<sup>150</sup> EUA. Federal Aviation Administration. Order 8900.1, Volume 14, Chapter 1, Sections 2. **Flight Standards Service Compliance Action Decision Procedure**. disponível em: <http://fsims.faa.gov/PICDetail.aspx?docId=8900.1.Vol.14.Ch1.Sec2>. Acesso em 08 de set. 2021

conceitualiza e orienta as medidas possíveis ao inspetor que se deparar com inconformidade. São elas: a) *Compliance Action* (CA), que consiste no meio inicial de abordar todos os casos alegados, suspeitos ou identificados de não-conformidade; b) Análise de Causa Raiz (RCA), o qual é o processo de investigação, análise e avaliação do problema; e c) *Enforcement Action* (Ação de execução), consistente em uma ação administrativa formal (sob uma perspectiva jurídica do direito brasileiro, assemelham-se a medidas cautelares) ou medidas judiciais, iniciadas pelo Poder Público. Destarte, estabeleceu-se um procedimento de aproximação da não-conformidade, busca por suas razões fundamentais e resposta administrativa coerente, com vistas à sua correção.

O programa de conformidade, *Compliance Action* (CA), pode ser descrito como métodos de *non-enforcement* para corrigir desvios não intencionais ou não-conformidades, que surgem de fatores como sistemas e procedimentos falhos<sup>151</sup>, erros simples, falta de compreensão ou diminuição de habilidades. Evidencia-se, dessa forma, uma intenção do regulador em resolver as não-conformidades de forma preventiva, evitando-se, até mesmo, o encaminhamento para uma ação de *enforcement*, nesse contexto efetivamente utilizada como *ultima ratio*.

A CA será tomada pela equipe da Agência para: a) corrigir o descumprimento, se a pessoa desejar e for capaz e quando a não-conformidade não atrair os critérios de *enforcement action*; e b) para comunicar não-conformidades, perigos de segurança e risco<sup>152</sup>. Próximo a um aconselhamento ou cooperação voluntária, a CA configura efetivamente uma negociação que pode levar o regulado a retomar o caminho do cumprimento normativo. Assemelha-se à figura

---

<sup>151</sup> Apresentação do programa, FAA, 2021. Disponível em [https://www.faa.gov/about/initiatives/cp/media/CP\\_Brochure.pdf](https://www.faa.gov/about/initiatives/cp/media/CP_Brochure.pdf). Acesso em 08 de set. 2021.

<sup>152</sup> “(1) correct an airman/organization/noncertificated person’s noncompliance or alleged noncompliance when the person is willing and able to comply with regulatory standards, and when the noncompliance does not meet the criteria for Administrative Action or Legal Enforcement Action as set forth in Order 2150.3 and this volume3; or (2) communicate nonconformances, safety hazards, risks, concerns, or recommendations. See subparagraph 14-1-2-7D1) for potential exclusions”

de uma fiscalização pedagógica, pela qual, em acordo entre regulador e regulado, a Agência aponta os erros (esses de menor potencial de gravidade) e o regulado os corrige dentro do prazo, restabelecendo a normalidade da conduta.

A Análise da Causa Raiz (RCA) se direciona a determinar o que aconteceu e endereçar efetivamente os problemas de não-conformidade e segurança. Assim, consiste em investigar, analisar e avaliar o problema, não só para sua compreensão imediata, mas para compreender se decorre de razões sistêmicas ou isoladas, propondo a solução mais adequada. O pessoal de security da FAA estabelece então procedimento para identificar quem fez o quê, onde, quando e por quê.

Além disso, determinar por que o evento aconteceu e identificar a(s) causa(s) raiz(es) é o objetivo da investigação, o que permite apurar possíveis outras repercussões envolvidas. A orientação do problema somente será garantida se a(s) causa(s) do evento forem claramente estabelecidas, compreendidas e corrigidas. O RCA é indispensável para resolução do problema de *safety* e independe se a medida será de *enforcement* ou CA.

Os recursos de *enforcement*, por sua vez, são direcionados para o comportamento intencional, imprudente, criminoso e não cooperativo. Trata-se, portanto, de medida que estaria no topo da pirâmide de persuasão e punição. Assim, quando não for apropriada a Ação de Conformidade, porque o histórico e a conduta do regulado assim a impedem, deverá ser iniciada a *Enforcement Action*.

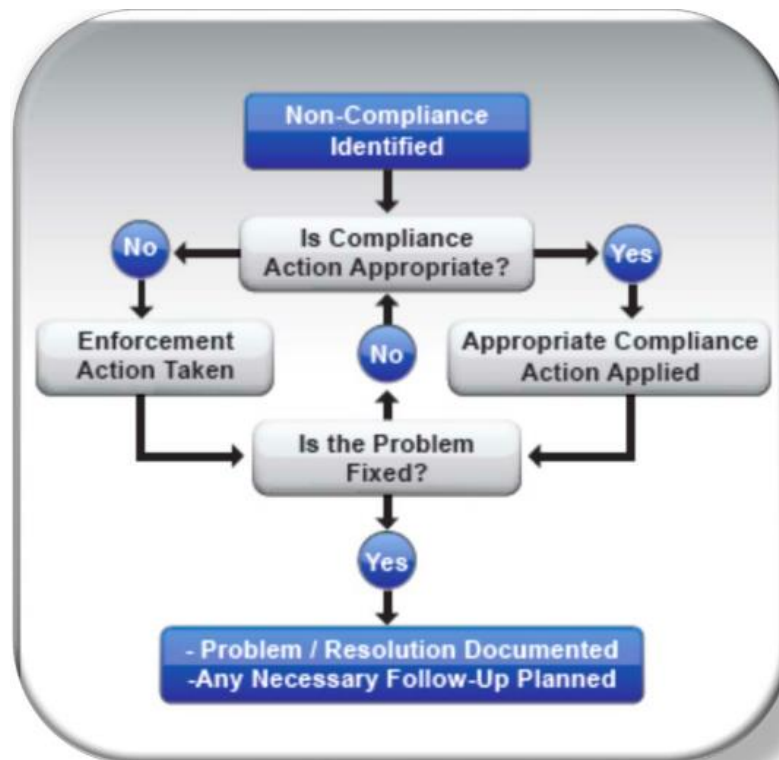
Neste rumo, as suspensões de certificação e multas representam opções para aqueles que não cumprem ou não podem cumprir as determinações impostas pela FAA. A Agência americana impõe severas ações contra comportamento de



risco inadequado, com tolerância zero para ações maliciosas intencionais ou imprudentes<sup>153</sup>.

A lógica estabelecida pelo FAA, por isso, impõe, por regulamento, que se aplique primeiramente as Ações de Conformidade. E ainda que se apliquem as ações de *enforcement*, as CA podem ser reutilizadas a fim de resolver o problema de segurança instalado. Vide fluxos abaixo, que ilustram o procedimento de fiscalização.

Figura 19 - Fluxo simplificado do processo de investigação e decisão da FAA

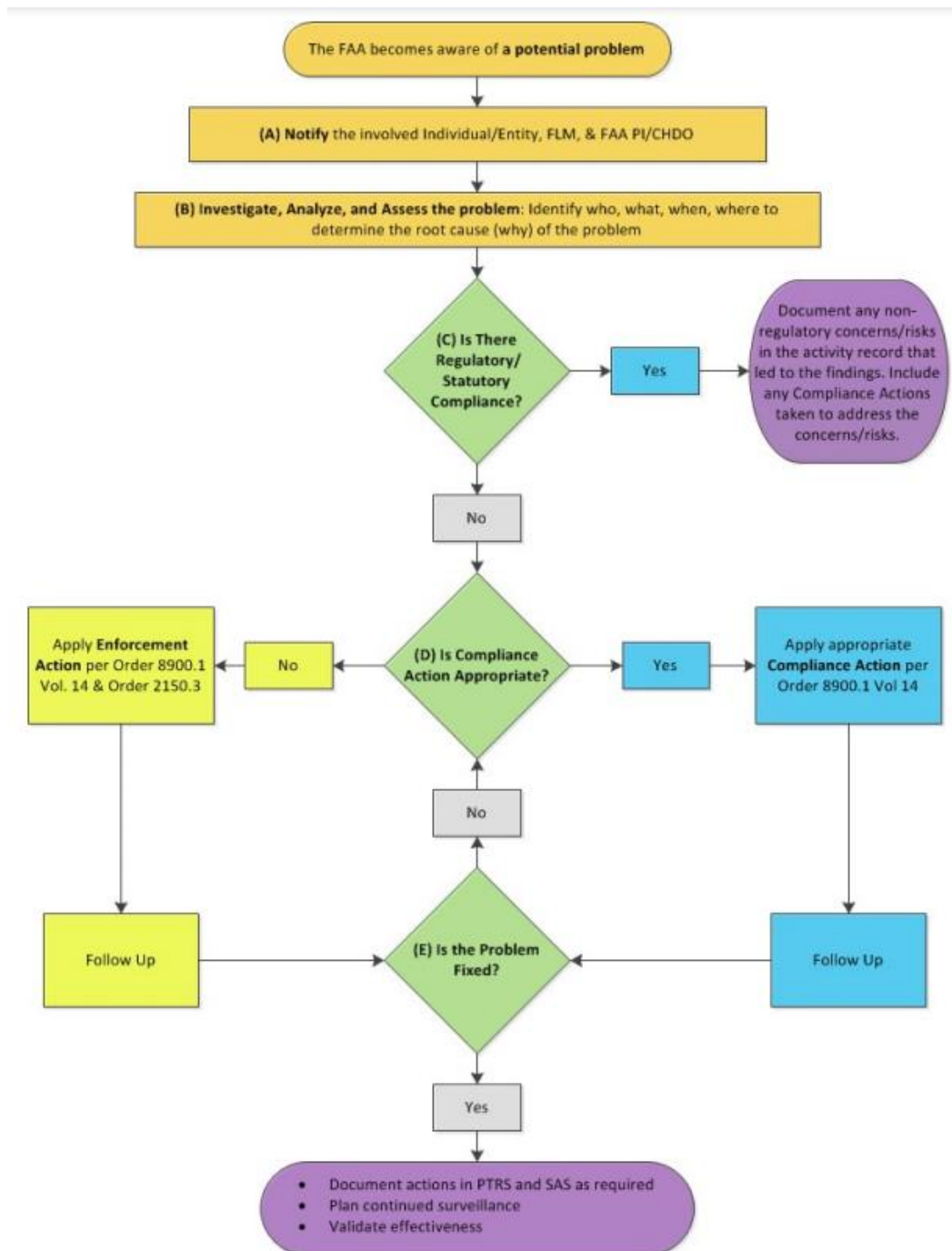


Fonte: FAA<sup>154</sup>

<sup>153</sup> Apresentação do programa, FAA, 2021. Disponível em <<https://www.faa.gov/about/initiatives/cp/>> acesso em 08 set. 2021.

<sup>154</sup> Apresentação do “*The Compliance Program*”, revisado em 27.11.2018. p. 10. Disponível em: [https://www.faa.gov/about/initiatives/cp/media/Compliance\\_Program.pdf](https://www.faa.gov/about/initiatives/cp/media/Compliance_Program.pdf)

Figura 20 - Processo de tomada de decisão de ação de *compliance*



Fonte: FAA<sup>155</sup>

A partir desse desenho de processo administrativo de fiscalização, pode-se vislumbrar a resposta para a segunda pergunta-guia, no caminho descrito no item 14-1-2-7 da referida norma, denominado CADP (*Compliance Action Decision Process*). Tudo se inicia com uma comunicação inicial sobre fato ou circunstância, que, se puder gerar uma correção imediata, tanto melhor (referência a um aviso verbal durante uma checagem de rampa, que pode vir a gerar um ajuste instantâneo no local). O inspetor ainda tem o dever de, ao identificar ou ser avisado de uma ameaça eminente de *safety*, já comunicar todos os possíveis *players* do setor envolvidos (aeroportos, operadores aéreos, pessoal da aviação etc).

Ato contínuo, não sendo a não-conformidade passível de correção imediata, o inspetor se dedicará a investigar, analisar e avaliar o problema, conforme descrito acima no parágrafo em que se tratou do RCA. Entendido efetivamente o problema, serão apurados os regulamentos cadentes, com vistas a determinar se incidiu uma não-conformidade e qual o curso de medidas mais efetivo e eficiente para restabelecer o cumprimento normativo.

Nesta altura, o inspetor de serviços aéreos deve se perguntar quais seriam os critérios para aplicação dessa ferramentas de *compliance*. Trata-se de verificar se a ação de conformidade é apropriada. E quando será apropriada? Em geral, os inspetores não usam CA para não-conformidade repetida ou recorrente, o que denota uma tendência à não cooperação do regulado.

Nestes casos, aplica-se uma Medida Administrativa ou uma Ação Judicial, conforme preceitua o Volume 14, Chapter 1, Section 1, paragraph 14-1-1-8 sobre Enforcement Action, e a *Order 2150.3C*. As exceções a esta diretriz geral incluem casos em que se identificou claramente uma nova causa raiz válida ou

---

<sup>155</sup> Flight Standards Service Compliance Action Decision Procedure, Order 8900.1, Volume 14, Chapter 1, Sections 2 disponível em: <http://fsims.faa.gov/PICDetail.aspx?docId=8900.1.Vol.14.Ch1.Sec2> Acesso em 08 de set. 2021.

determinou-se que as ações corretivas implementadas anteriormente não atacam adequadamente a causa raiz<sup>156</sup>.

Constatado que é apropriado aplicar as CA, o fiscal poderá usar de ferramentas como:

- (i) Correções de procedimentos no local inspecionado, aconselhamento ou orientações;
- (ii) Treinamento complementar;
- (iii) Melhorias nos sistemas, procedimentos, práticas operacionais ou programas de treinamento para entidades regulamentadas;
- (iv) Documentação das ações corretivas que já possam ter sido iniciadas ou implementadas pelos regulados; e
- (v) Qualquer outra ação que corrigiria a não conformidade e abordaria a preocupação de segurança subjacente.

Vale repisar que **as ações de *enforcement* não representam uma sequência lógica das ações de *compliance***, pois se aplicam justamente a: condutas intencionais, imprudentes, negligentes ou que criam riscos à segurança operacional; respostas corretivas insuficientes à FAA; determinadas por lei; e exceções justificadas. Logo, também conforme a regulação da FAA, o perfil atitudinal dos regulados os sujeita a regimes jurídicos dotados de medidas mais severas.

A última pergunta, por fim, consiste no delinear o que a FAA espera dos inspetores ao estabelecer sua filosofia regulatória. O regramento da seção 1 do capítulo 1, no volume 14, do Order 8900.1/FAA relativo a *Compliance and*

---

<sup>156</sup> “Repeated or reoccurring noncompliance must be carefully analyzed for root cause(s) per subparagraph 14-1-2-7B3) above. Review prior enforcement and compliance history records per subparagraphs 14-1-2-7A5) and 14-1-2-13D. In general, FS personnel do not use CA for repeated or reoccurring noncompliance. Rather, taking either Administrative Action or Legal Enforcement Action would be appropriate. Exceptions to this general guideline include instances where personnel have clearly identified a new valid root cause or determined that previously implemented corrective actions did not adequately address the root cause.”.Tradução livre.

*Enforcemen (Chapter 1, Flight Standards Service Compliance Policy)* aborda a Filosofia de Conformidade<sup>157</sup>, que explicita os propósitos do Programa de Conformidade (CP), tal como usar ações de conformidade quando apropriado, com meios eficazes e eficientes para retomar o indivíduo ou empresa ao cumprimento pleno das normas<sup>158</sup>, além de expor no escopo que sua aplicação deve ser rotineira, mediante o procedimento descrito na Seção 2. Ademais, o documento agrega definições sobre deveres e responsabilidades de segurança compartilhada (14-1-1-3, B); Metas regulatórias (14-1-1-3 ,D); Conformidade voluntária e colaboração (14-1-1-3, E) e outros.

No item 14-1-1-5, C, traz a evolução das Estratégias de conformidade, indicando que as iniciativas estratégicas da FAA, que aumentam a complexidade do Sistema Nacional de Espaço Aéreo (NAS) e perigos/riscos emergentes desconhecidos, e exigem que as estratégias de conformidade evoluam. No contexto da FAA, a força de trabalho deve atuar em colaboração com seus pares, valorizando o pensamento crítico e consistência enquanto trabalha em conjunto com todos os usuários para atingir um nível mais alto de conformidade e segurança. A conformidade regulamentar deve ir além da visão das regulamentações, simplesmente como requisitos administrativos ou legais. Afinal, a conformidade envolve o controle eficaz de perigos claramente definidos, consoante disposto nas regras<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> Federal Aviation Administration Compliance Philosophy, Order 8900.1, Volume 14, Chapter 1, Sections Disponível em: <<https://fsims.faa.gov/PICDetail.aspx?docId=8900.1.Vol.14.Ch1.Sec1>>

<sup>158</sup> “*use of FS CA to address, when appropriate, safety concerns and actual or apparent deviations from regulations or standards discovered during inspections or surveillance. The FS CP directly supports the FAA CP, conserving FAA resources by using the most efficient and effective means to return an individual or entity to full compliance and to prevent reoccurrence.*” Tradução livre.

<sup>159</sup> “*The FAA’s Strategic Initiatives, increasing NAS complexity, and unknown emerging hazards/risks require FS compliance strategies to evolve. The FS workforce must exercise interdependence, critical thinking, and consistency while working together with all NAS users to achieve a higher level of compliance and safety.11 Regulatory compliance must move beyond viewing the regulations simply as administrative or legal requirements; compliance entails effective control of clearly defined hazards, as intended in the rules.*” Tradução livre.

A respeito da atuação dos agentes da FAA, o referido documento expõe 10 características esperadas do fiscal, no item 14-1-1-11 do *Flight Standards Service Compliance Philosophy*, denominado *Compliance Expectations for FS Employees*. Vale trazer à baila alguns destes itens, pertinentes ao modelo de regulação brasileiro, para que melhor se compreenda o direcionamento da fiscalização da FAA.

Assim sendo, de forma ilustrativa, o item 14-1-1-11, B indica que os inspetores devem agir com profissionalismo e cooperação, quando envolvido em uma *compliance action*. Desta forma, nas suas interações com regulados deve-se intentar reduzir o receio de ações irracionais da FAA e estimular ou reforçar os relatos e denúncias sobre safety substanciais por parte operadores aéreos e pessoal da aviação civil. Esta pode representar uma valiosa lição quando das inspeções presenciais, de cunho pedagógico, e incentivo à cooperação dos agentes de setor, garantindo que essa ação não acarretará uma ação punitiva, tanto por configurar uma denúncia espontânea como por demonstrar a boa-fé do regulado envolvido.

Além disso, espera-se comunicação ativa dos inspetores (item 14-1-1-11, C), que devem abordar as partes envolvidas em um aparente desvio ou não conformidade e buscar um acordo sobre um plano de ação corretiva (CAP) que trate adequadamente a(s) causa(s) raiz(es), que levaram à não-conformidade. Os regulados devem ter um prazo razoável para implementar as correções e expectativa de verificação de seu cumprimento pela equipe de fiscalização. As correções acordadas serão implementadas e monitoradas para garantir conformidade futura. Se as medidas corretivas se mostrarem ineficazes, os inspetores persistirão junto aos regulados, para mitigar adequadamente os riscos remanescentes. Nota-se também nesse ponto um preceito, cuja assimilação pode ser considerada pela SPO. A atuação fiscal deve pautar-se na estabilidade das relações, tanto para abrir o diálogo e oportunizar a retomada pelo regulado, como para identificação de eventuais impactos sistêmicos que possam ser corrigidos e

ainda abrir a possibilidade de revisitar a solução inicialmente dada, em busca de ação que melhor se adeque ao caso.

Outro elemento digno de nota refere-se à indicação do dever de colaboração entre os inspetores e uso de pensamento crítico (item 14-1-1-11, D) para avaliar os fatos específicos de uma situação particular e, em seguida, escolher a(s) melhor(es) ferramenta(s) para corrigir o problema, garantindo que o resultado seja coerente com os regulamentos, políticas e as circunstâncias específicas de cada evento<sup>160</sup>. Nesta hipótese, o fomento ao debate interno e geração de massa crítica de situações enfrentadas e medidas aplicadas tem papel fundamental no aprimoramento da atuação fiscal da SPO. Seminários internos para debater casos concretos e trocas de experiências gerais tendem a ampliar a miríade de ações que os fiscais têm à disposição e viabilizar respostas mais rápidas.

Na mesma linha, o apontamento para utilização da Cultura Justa em relação aos *Flight Standards* (item 14-1-1-11, E), partindo da premissa de que sua aplicação deve ser equânime, razoável e justa. Os inspetores devem considerar todas as circunstâncias relacionadas aos fatos e alegações, o que denota uma aproximação em relação à relevância do histórico do regulado quando da aplicação da medida administrativa. A conduta do regulado deve ainda ser encarada com base no princípio da boa-fé objetiva, registrando-se o fato irregular e avaliando-o sobre uma perspectiva não punitiva, *a priori*, para que uma resposta mais ponderada seja ministrada, de forma individual ou sistêmica. Um conceito-chave que se coloca no contexto é a diferenciação de uma conduta transparente, que aceita responsabilização para fins de correção e uma conduta culposa, para a qual só se pode impor a penalidade estrita. Conforme exposto no documento, a cultura justa em *safety* reside justamente nessa linha tênue entre uma ação em desconformidade com a norma, que pode ser endereçada por mecanismos de

---

<sup>160</sup> “*Inspectors will use interdependence and critical thinking to evaluate the discrete facts of a particular situation and then choose the best tool(s) to fix the problem, ensuring the outcome is consistent with regulations, policies, and the specific circumstances of each event.*”. Tradução livre.

*compliance* e um comportamento inaceitável que exige uma ação mais contundente, com ferramentas de *enforcement*.

A cultura justa chama muito a atenção, por inverter uma premissa típica dos corpos de fiscalização, segundo a qual todo regulado tem uma tendência ao descumprimento da norma. Quando se olha o agente econômico sobre outro prisma, pelo qual este também detém uma reputação a zelar e se interessa por uma conduta correta, mas acaba por praticar deslizes em suas atividades cotidianas, a ideia de punições exemplares para todos os casos tende a arrefecer. É realmente a materialização da missão do fiscal de compreender, sem preconceitos, quais motivos levaram à não-conformidade.

Ainda, os inspetores devem promover a aplicação coerente da Filosofia de *Compliance* (item 14-1-1-11, F). Para ser eficaz, a ação fiscal deve ser aplicada de forma consistente em todos os FS (*Flight Standards Service*), considerando as peculiaridades de cada situação. Aos inspetores incumbe reconhecer as diferentes maneiras de incentivar os agentes regulados a cumprirem os regulamentos e operar com segurança. O gerenciamento de risco eficaz deve visar esse resultado auspicioso geral. Nesse contexto, por consistência, tem-se a avaliação conjunta de cada grupo distinto de fatos, com fulcro nas regras e padrões estabelecidos, em coerência com a interpretação de regras e políticas públicas.

Este último elemento que se coloca tem estrita relação com o tratamento equânime e consideração sistêmica dos regulados. Faz-se essencial um amplo alinhamento entre os fiscais acerca dos meios de gerenciamento de riscos e sua coerência com o sistema normativo e de políticas públicas, para que se possa ter uma visão compreensiva dos fatos, quanto ao grau de sua conformidade, e, especialmente, seu significado ou impacto para o sistema de segurança operacional. A ideia de uma filosofia geral que orienta as ações de *compliance* é muito útil para a governança da fiscalização, tanto na parte de planejamento como na avaliação das infrações apuradas.



Em linhas finais, nota-se que o modelo de regulação baseada em risco da FAA tem significativos contornos responsivos, apesar de não ostentar essa insígnia abertamente. Entretanto, notoriamente, a FAA baseia suas ações em histórico dos regulados, delimita perfis para ações mais duras, pauta-se pela transparência da fiscalização, entabula formas de autorregulação dos agentes, diferencia regulados pela sua propensão em compartilhar informações, admite ações pedagógicas voltadas a corrigir problemas trazidos ao fiscal, entre outros.

Outrossim, a FAA busca, sobretudo, correção dos erros, sem ignorar o merecido destaque para as ações de *enforcement* quando necessárias. Para tanto, toma por fundamental identificar as causas dos problemas de segurança operacional, ressaltando a importância das evidências em seu processo de fiscalização. Outra característica que merece distinção é o vasto e valioso rol de orientações e práticas que indica para os inspetores, direcionando e apoiando seu trabalho.

Necessário reconhecer, ainda que pautado em episódica análise, que o modelo de fiscalização da FAA concede maior discricionariedade a seus inspetores muito em virtude da diferença de fundo entre a tradição jurídica anglo-americana e a continental-europeia e latino-americana. Os inspetores, na FAA, têm margem de liberdade para encontrar a ação de compliance mais indicada ou até criá-la para o caso específico, o que suscita a relevância da experiência setorial na identificação de soluções regulatórias mais efetivas. Ainda assim, compreende uma discricionariedade muito apertada, ao passo que o agente público já está obrigado a agir e somente neste espaço específico poderá exercer sua criatividade. As ações de *enforcement* são bastante mais prescritivas e envolvem inclusive a figura de um Procurador-Geral responsável por manejar as ações judiciais ou colocar em plena força as medidas administrativas mais pesadas. Ressalte-se que este nível de discricionariedade no conteúdo do ato administrativo não se observa no Brasil.

Feitas estas descrições de modelos de fiscalização, que contêm respeitáveis iniciativas nas áreas de planejamento e avaliação e tratamento das condutas, tem-se por notável suas contribuições para a prática institucional e para o fortalecimento da regulação. Por isso, merecem ser consideradas com atenção, perseguindo-se o melhor que cada exemplo desses pode trazer.