

JUSTIFICATIVA DE AUDIÊNCIA PÚBLICA

Ementa: Proposta de resolução para estabelecer as providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização da ANAC

1. INTRODUÇÃO

O presente documento apresenta as justificativas da proposta de revisão das providências administrativas que podem ser adotadas pela Agência em decorrência do exercício das atividades de fiscalização sob sua responsabilidade.

Este documento aborda os atuais normativos que dispõem sobre o processo de fiscalização da ANAC, quais sejam: Resolução nº 25 – Res. 25/2008, de 25 de abril de 2008, e Instrução Normativa nº 8 – IN 08/2008, de 6 de junho de 2008. Em suma, tais normas tratam do processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades no âmbito da Agência. O documento trata ainda da definição de novas providências administrativas a serem adotadas antes de lavratura do auto de infração, denominadas preventivas, e do disciplinamento de providências administrativas acautelatórias.

Além disso, apresenta as justificativas para a revogação da Resolução nº 199 – Res. 199/2011, de 13 de setembro de 2011, que estabelece os procedimentos para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC no âmbito da ANAC, mas mantém na proposta da nova norma que trata das providências administrativas a previsão de celebração do instrumento por iniciativa da Agência.

Atualmente, pode-se considerar que a Res. 25/2008, a IN 08/2008 e a Res. 199/2011, em conjunto com IN nº 81, de 12 de dezembro de 2014, disciplinam todo o processo de fiscalização da ANAC. Ao passo que esta última regulamenta o processo anterior à execução da fiscalização – desde a aprovação dos regulamentos a serem fiscalizados e sua tradução para a atividade de fiscalização na prática (por intermédio dos elementos de fiscalização) –, as três primeiras disciplinam os procedimentos posteriores às atividades de fiscalização – lavratura de autos de infração, processo de apuração, mecanismos e prazos de defesa, aplicação de penalidades, celebração de termos de ajustamento de conduta etc.

Cabe salientar que todas as propostas em tela são resultado dos trabalhos desenvolvidos no âmbito do Projeto Prioritário *Enforcement*. Tal projeto foi criado sob o diagnóstico de que as ações que a Agência costuma adotar no âmbito de suas atividades de fiscalização ainda carecem de melhoria para garantir o objetivo principal desse processo: assegurar que os entes sigam as normas e os padrões estabelecidos pela ANAC.

Diversos estudos e discussões na Agência contribuíram para a construção desse diagnóstico. Primeiramente, destaca-se a profunda análise do processo sancionatório da Agência, realizada a partir das informações coletadas por um grupo de trabalho formado por representantes do gabinete e das áreas finalísticas. Como proposta final, foi elencado um conjunto de ações que constituiu um plano de trabalho aprovado pela Diretoria Colegiado.

Além disso, ainda devem ser mencionadas as discussões sobre o processo de fiscalização no Grupo de Desenvolvimento Técnico – GDT (vide inciso II do art. 3º da IN nº 66, de 13 de novembro de 2012) e do Comitê de Instâncias Julgadoras, criado no âmbito do GDT.

Dessa forma, buscando atender os objetivos estratégicos *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 segurança e a qualidade do transporte aéreo*, o Projeto Prioritário de *Enforcement* concentra suas ações tanto na revisão de todo o marco regulatório da fiscalização da ANAC, como na aplicação prática dos novos conceitos a serem instituídos. Essa aplicação deverá ser realizada no projeto a partir do momento em que a evolução das discussões normativas atingirem estágios mais avançados – após a audiência pública –, momento em que a Agência terá uma maior certeza de como será a configuração normativa futura, podendo voltar-se internamente a instituir os procedimentos para operacionalizá-la.

No que tange às alterações normativas, busca-se tratar as providências administrativas preventivas, sancionatórias e acautelatórias em uma única resolução, podendo dividir a proposta em tela em três partes principais:

(i) a definição de um arcabouço central para enquadrar todas as providências administrativas (preventivas, sancionatórias e acautelatórias, conforme explicado nas seções

seguintes) que poderão ser adotadas pela ANAC em decorrência de suas atividades de fiscalização;

(ii) o disciplinamento das providências administrativas acautelatórias; e

(iii) o regramento do processo administrativo sancionador, destinado à aplicação das providências administrativas de caráter punitivo.

Na proposta de resolução anexada, tais temas são divididos em títulos – os quais, por seu turno, podem ser subdivididos em capítulos e seções.

O presente documento apresenta estrutura bastante similar à divisão dos assuntos descritos no parágrafo anterior. Além desta introdução, há mais quatro seções. A segunda aborda a competência da ANAC para tratar do assunto em questão. Já a terceira seção trata do desenvolvimento da proposta, sendo que as três primeiras subseções são destinadas ao embasamento de cada um dos tópicos (i), (ii) e (iii) mencionados, e a última subseção aborda o TAC. A quarta seção trata da proposta da nova resolução e, por fim, a última seção é destinada às considerações finais e conclusão.

2. COMPETÊNCIA LEGAL

A lei 11.182, de 27/09/2005, que cria a ANAC, atribui à Diretoria da ANAC a competência de exercer o poder normativo da Agência em seu art. 9º, inciso V. Cabe, portanto, à Diretoria Colegiada deliberar quanto à aprovação das propostas apresentadas nesta NT.

3. DESENVOLVIMENTO

Todas as discussões apresentadas na introdução ensejaram o levantamento dos seguintes problemas no processo de fiscalização, que deverão ser tratados pelo Projeto Prioritário *Enforcement*:

- Ineficácia das atuais providências aplicadas pela ANAC (em vista do objetivo principal da fiscalização de garantir o cumprimento normativo) quando da verificação de descumprimento normativo, condutas inadequadas ou que gerem risco à segurança das operações;

- Os autos de infração são muito voltados para a aplicação de multas, as quais não têm gerado incentivo adequado para o retorno à normalidade, tampouco contribuem para o relacionamento profícuo regulado-regulador que possibilite o objetivo comum de cumprimento consciente dos requisitos;
- Desconhecimento das ferramentas para aplicação de medidas administrativas e seus efeitos/propósitos;
- Limitação nas possibilidades de utilização de outras medidas de *enforcement*;
- Despadronização na aplicação de medidas administrativas para não conformidades similares;
- Despadronização de critérios e procedimentos entre Superintendências na aplicação de medidas administrativas, gerando risco de pessoalidade, subjetividade e arbitrariedade;
- Desalinhamento conceitual da atividade de fiscalização e seus desdobramentos;
- Imputação somente à Agência da responsabilidade de garantir que todos os regulados mantenham conformidade, segurança e serviço adequado;
- Ausência de mecanismos efetivos para coibir o ilícito no âmbito da ANAC;
- Risco prescricional dos processos administrativos sancionadores;
- Existência de incentivo adverso no âmbito da celebração de termos de ajustamento de conduta (TAC), uma vez que a possibilidade de suspensão de multas tem estimulado diversos entes regulados a buscar a Agência para celebrar TAC tão somente para se livrar do processo sancionatório (ou protelarem-no), sem a existência de conduta a ser corrigida.

3.1. Definição das providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC

Conforme argumentado na introdução, as Res. 25/2008 e 199/2011 e a IN 08/2008 disciplinam o processo de fiscalização da Agência, a partir do momento em que alguma ação decorrente da fiscalização seja deflagrada.

Dentre esses normativos, o primeiro pode ser considerado o principal, visto que dispõe sobre o processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades no âmbito da ANAC. É a Res. 25/2008, portanto, o que baliza toda a atuação punitiva das áreas de fiscalização da Agência, bem como os direitos de defesa e comunicação dos autuados.

A IN 08/2008 traduz os requisitos normativos da Res. 25/2008 para processamento das punições no âmbito interno à Agência, trazendo os procedimentos de autuação, os principais documentos a constarem do processo administrativo sancionador, a forma de instrução processual, as instâncias de julgamento da ANAC e os formulários padronizados (auto de infração, relatório de fiscalização, auto de interdição, decisão sobre aplicação de penalidade etc.).

Por sua vez, a Res. 199/2011 estabelece os procedimentos para celebração dos termos de ajustamento de conduta pela ANAC. Cabe ressaltar que a Res. 199/2011 relaciona a celebração de termo de ajustamento de conduta ao afastamento temporário de medidas sancionatórias que poderiam ser adotadas pela Agência em função de irregularidades encontradas no processo de fiscalização.

Diante desse breve resumo, percebe-se que as três normas citadas possuem foco muito voltado ao disciplinamento das medidas sancionatórias que podem (e devem) ser adotadas pela Agência quando verificada a ocorrência de infrações a seus dispositivos normativos. Em que pese os procedimentos de punição serem matéria obrigatória de normas que disciplinem o processo de fiscalização, sua vinculação estrita à lavratura de auto de infração, independentemente da gravidade da infração ou do nível de risco iminente, pode representar problemas tanto à eficácia das atividades de fiscalização quanto à capacidade operacional para processamento de milhares de autos de infração. Todos esses problemas serão detalhados no tópico a seguir.

3.1.1. Diagnóstico do problema e situação atual

Antes de se adentrar ao problema de fato, cabe esclarecer que a resolução proposta possui uma peculiaridade em relação à grande maioria dos atos normativos publicados pela Agência (doravante denominados “normas materiais”). Ao passo que essa maioria destina-se a resolver problemas de natureza regulatória – tais como barreiras à entrada (problemas concorrenciais), assimetria de informação (problemas de segurança), externalidades (impacto das operações sobre terceiros), entre outros –, a proposta em tela busca criar uma solução para o problema de aplicação na prática das normas materiais emanadas pela ANAC.

Assim, no caso das normas materiais, o regulador deve olhar o padrão de comportamento dos regulados numa determinada situação (prévia) e então, por meio da criação de incentivos, regras e outros mecanismos regulatórios, buscar estimulá-los a atuar de forma a atender o interesse público. Já no caso da presente proposta, tais mecanismos já estão criados – por meio das resoluções e regulamentos –, de sorte que o objetivo aqui é otimizar os instrumentos de *enforcement*¹ da Agência para garantir que gerem de fato os incentivos previstos pelo regulador.

Em termos de problematização, enquanto na análise de normas materiais o foco deve ser a demonstração dos fatos e comportamentos indesejáveis para o interesse público (elencando posteriormente custos e benefícios das soluções propostas para todos os envolvidos), aqui a análise é mais voltada a questões como as possibilidades jurídicas (obrigações e prerrogativas) dos diversos meios de *enforcement*, como eles podem potencializar a indução de comportamento esperada com as normas materiais, a capacidade operacional da Agência para aplicá-los e, ainda, a clareza para os regulados de como e quando são aplicados. E é justamente sob esses aspectos que a presente subseção se divide.

Contexto regulatório da Agência e previsões legais de enforcement

Por um lado, o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) estabelece, no art. 291, que a autoridade aeronáutica lavrará auto de infração toda vez que verificar a ocorrência de

¹ *Enforcement* é um termo que pode ser entendido como "fazer cumprir" a lei, aplicar a lei, impor a lei ao seu público alvo.

infração prevista naquele código, para posterior julgamento pela autoridade competente. Pode-se entender isso como uma causa para o fato de as normas de fiscalização da Agência serem tão voltadas a instrumentos punitivos. De outro lado, sabe-se que, como signatário da Convenção de Chicago, o Estado Brasileiro compromete-se a seguir os preceitos dos Anexos da Organização de Aviação Civil Internacional (OACI) no que tange aos assuntos de *safety* e *security*, o que na prática se concretiza em regulamentos extremamente detalhados e, em alguns casos, prescritivos.

Todo esse contexto exige da Agência um grande esforço para definir e priorizar quais requisitos regulamentares são mais importantes, de forma a tornar as atividades de fiscalização mais efetivas sob o ponto de vista de manutenção das condições de segurança. Afinal, se por um lado nem todos os requisitos dispostos nos regulamentos brasileiros de aviação civil são isoladamente essenciais para a segurança das operações, por outro o CBA determina que qualquer “deslize” tem de ser punido².

Não por acaso a Agência instituiu alguns instrumentos úteis – como, por exemplo, as instruções suplementares (IS, que dispõem sobre a forma de cumprimento de RBAC), as isenções de requisitos e os elementos de fiscalização (EF, os quais esclarecem o que e como tem de ser fiscalizado, além da importância relativa de cada item) – para facilitar a execução prática dos seus RBAC (tanto para si como para os regulados). A propósito, alguns desses instrumentos (IS e isenção de requisitos, por exemplo) são desnecessários para as resoluções que tratam de regulação econômica e de serviços aéreos, as quais, por não necessitarem estar harmonizadas com normas internacionais detalhistas, podem conter requisitos mais flexíveis, que inclusive se utilizem de mecanismos mais modernos de *enforcement*, como a regulação por ameaça ou requisitos de desempenho³.

Por esse motivo, a presente proposta visa, dentre várias mudanças, adaptar as providências administrativas dispostas no art. 289 do CBA ao objetivo principal da fiscalização, que é garantir que os regulados cumpram de forma satisfatória (o que não necessariamente

² Na subseção seguinte a eficácia de tal abordagem também será questionada à luz dos princípios da teoria da regulação, o que acaba ensejando a necessidade de que a Agência adote, por meio da presente proposta, uma interpretação do Código que lhe seja mais efetiva para o cumprimento de sua missão institucional.

³ Obviamente isso não é impossível para as regulações de *safety* e *security* emitidas pela ANAC. Todavia, considera-se a necessidade de harmonização internacional como um percalço nesse sentido, não apenas pelas auditorias internacionais, mas também por questões culturais internas (sempre foi feito da mesma maneira) e externas à Agência (modelo mental dos próprios regulados).

significa rigidez) os requisitos normativos estabelecidos pela Agência e, assim, possibilitem a oferta de transporte aéreo com segurança, competição e de qualidade.

Por fim, embora essa primeira nuance do problema (CBA punitivo e normas prescritivas) seja mais atinente às áreas de regulação técnica (*safety* e *security*), entende-se que os benefícios da solução a ser proposta são extensíveis também à regulação econômica, motivo pelo qual a proposta abrangerá todos os regulamentos da Agência⁴.

Capacidade de enforcement dos atuais mecanismos de fiscalização da ANAC⁵

Conforme argumentado no início desta Seção 3.1, as normas que disciplinam a execução das atividades de fiscalização da Agência são muito baseadas em mecanismos punitivos. Existe uma lógica por trás disso: quando se estabelece um dispositivo e se cria uma punição para o seu não cumprimento, espera-se que os regulados busquem cumpri-lo de forma a evitar tal punição. Trata-se de abordagem bastante tradicional e comum da teoria regulatória, também conhecida como estratégia do Comando e Controle.

Todavia, na prática, a atuação do órgão regulador se demonstra muito mais complexa. Além dos problemas já mencionados (relacionados à coexistência desse modelo com um conjunto de regulamentos muito detalhistas), tal estratégia se revela muito custosa para o regulador (o que será demonstrado um pouco mais adiante) e, pior, pode ensejar um comportamento chamado “cumprimento criativo de regras”: em tese a regra é cumprida, porém o fato de ser cumprida não garante o atingimento do objetivo final da regra material (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013).

Diversas estratégias regulatórias alternativas podem ser mencionadas: regulação baseada em incentivos, controles de direcionamento do mercado, atuação direta, abertura de informações, entre outras listadas pelos citados autores. Contudo, mais importante que

⁴ A única exceção são os contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, os quais possuem uma natureza pactuada entre a Agência e a concessionária, e portanto menos unilateral que o poder de polícia conferido à Agência por suas competências regulatórias legalmente conferidas. Diante disso, a Procuradoria já se manifestou no sentido de que os procedimentos e ritos de fiscalização são diferentes e devem ser regulamentados em ato específico – vide Parecer nº 78/2014/CMF/PF-ANAC/PGF/AGU/jelsn, de 26/02/2014.

⁵ O texto da monografia “Análise Econômica do Direito Regulatório: Breves Considerações acerca do Marco Legal da Aviação Civil Brasileira”, do servidor Gustavo Machado de Freitas (2016), contribuiu para a elaboração de conceitos teóricos apresentados neste tópico.

descrevê-las uma a uma é tentar compreender, por meio de uma abordagem de análise econômica do direito e de teoria dos jogos, que pode (e deve) haver uma gradação de medidas que pode ser benéfica à relação regulado-regulador no sentido de alinhar os incentivos e fazer com que o primeiro siga o comportamento esperado pelo segundo.

Para tanto, observe-se um modelo especial na Teoria dos Jogos denominado Dilema dos Prisioneiros. O nome é oriundo de uma situação hipotética na qual dois suspeitos de cometer um crime em conjunto são interrogados separadamente pela autoridade policial. Cada um deles tem a seguinte escolha a fazer: negar que ambos cometeram o crime (estratégia de cooperação) ou delatar o outro (estratégia de traição). Caso os dois se delatem mutuamente, ambos serão punidos com dois anos de cadeia; se ambos negarem a autoria, cada um será punido com um ano; e, se ocorrer de um delatar e outro negar, o primeiro será liberto, e o segundo, punido com três anos de cadeia. A tabela abaixo representa graficamente o jogo acima descrito, estando em parênteses os anos de prisão do criminoso 1 e do criminoso 2 (em valores negativos para demonstrar que cada ano de prisão representa uma perda para cada prisioneiro).

Exemplo		Criminoso 2	
		Cooperar	Trair
Criminoso 1	Cooperar	(-1, -1)	(-3, 0)
	Trair	(0, -3)	(-2, -2)

O quadrante destacado em cinza indica o equilíbrio de Nash do jogo, ou seja: a estratégia que maximiza o ganho de um jogador, dado que o outro faz, e vice-versa.

Embora o exemplo acima seja uma abstração meramente ilustrativa, ele está presente em várias relações na vida real. A grande lição desse jogo é que, embora a cooperação mútua entre os jogadores resulte num resultado melhor para ambos, as circunstâncias do jogo (regras de punição, interrogatório em separado etc.) induzem os jogadores a não cooperar – seja pela esperança de sair ileso às custas da cooperação do outro, seja pela falta de confiança de que o outro coopere (VARIAN, 2006).

Apesar disso, ao se analisar esse jogo sob uma premissa de múltiplas interações com final indeterminado (ao contrário do exemplo, no qual o jogo só acontece uma vez), conclui-se que a estratégia de cooperação mútua pode passar a se constituir um equilíbrio estável, sob determinadas circunstâncias.

Para deixar mais claro, considere-se a interação regulador-regulado – a priori, duradoura e sem término definido – modelada pelo seguinte jogo:

		Regulador	
		<i>Enforcement</i> brando	<i>Enforcement</i> rígido
Regulado	Cumprir a norma	(r, R)	(s, T)
	Descumprir a norma	(t, S)	(p, P)

Para a situação acima configurar-se como um típico jogo Dilema dos Prisioneiros, é preciso que: $t > r > p > s$, e $T > R > P > S$. AXELROD e HAMILTON (1981) provaram que, caso a probabilidade p de ocorrer uma nova rodada seja suficientemente grande⁶, é possível a existência de equilíbrio estável na estratégia de mútua cooperação (regulador com *enforcement* brando e regulado cumprindo a norma).

Além do valor de p , para se chegar a esse equilíbrio é preciso que os jogadores utilizem uma estratégia relativamente simples, denominada “*tit for tat*” (“olho por olho” ou “pago na mesma moeda”). Essa estratégia consiste em começar a primeira interação cooperando, mantendo a cooperação na próxima rodada, caso ela tenha ocorrido da outra parte, ou punindo, caso contrário.

Adaptando-se esse raciocínio à relação regulado-regulador, o regulador demonstra inicialmente ao regulado que sua intenção é confiar na intenção do regulado de cumprir os requisitos (e, portanto, começa mais flexível na cobrança das normas) e posteriormente vai atuando de acordo com o comportamento demonstrado pelo regulado (sendo mais restritivo ou mais flexível, à medida que ele burle ou siga os requisitos). Tal raciocínio dá espaço para o surgimento do conceito de “Pirâmide do *Enforcement*”, criado por AYRES e BRAITHWAITE (1992), esquematizado na figura abaixo:

⁶ $w \geq \frac{T-R}{T-P}$ e $w \geq \frac{T-R}{R-S}$ são as condições que traduzem a terminologia “suficientemente grande”. Note-se que a probabilidade de ocorrer nova interação deve ser comparada com os ganhos oriundos da traição quando o outro coopera, vis à vis às perdas decorrentes da cooperação quando o outro trai.



Em seu trabalho "*Responsive Regulation*", tais autores destacam que é necessária uma atuação conjunta dos esforços persuasivos e dos punitivos na regulação, o que possibilita o surgimento de um compromisso entre regulador e regulado. Segundo BALDWIN, CAVE e LODGE (2013), "rejeitar os instrumentos punitivos da regulação é uma estratégia ingênua, porém se utilizar tão somente deles é conduzir a uma Carga da Brigada Ligeira [erro fatal]".

Voltando para a configuração normativa de fiscalização da Agência, reitera-se que atualmente a Agência dispõe somente de instrumentos punitivos, os quais tendem a não contribuir para uma postura cooperativa por parte dos regulados, demandando custos tanto para eles como para a própria Agência de cumprimento e monitoramento normativos. Conclui-se, então, que tais instrumentos não são os mais adequados para garantir na prática o objetivo final de garantir que os regulados sigam as condutas almejadas pelas normas materiais da ANAC.

Dessa maneira, entende-se como uma solução adequada para este problema a definição de mecanismos de *enforcement* mais brandos, com vistas a sinalizar uma postura cooperativa regulado-regulador, sem prejuízo da existência das medidas sancionatórias e do aprimoramento das medidas acautelatórias, que permitem à Agência aplicar imediatamente restrições aos regulados. Estes dois últimos tipos são importantes para garantir a capacidade da Agência de agir de forma mais coercitiva nas situações em que o regulado burlar o ambiente de cooperação.

Custos do processo sancionatório

A atividade sancionatória da ANAC é segregada entre as diversas superintendências finalísticas e a Assessoria de Julgamento de Autos de Infração em 2ª Instância (ASJIN), de acordo com a competência regulatória de cada uma. Não obstante aos recentes esforços do projeto prioritário “Padronização do processo de julgamentos de autos de infração” no sentido de unificar todo o processo sancionatório da Agência em um único sistema informatizado (Sistema de Multas e Infração – SMI), ainda não é possível reunir em uma mesma base todos os dados de processos sancionatórios da Agência. Cada área ainda possui o seu próprio cadastro.

Diante disso, recentemente um grupo de trabalho designado pelo Diretor-Presidente da ANAC fez o levantamento de todos os processos sancionatórios em estoque, concluindo em seguida que a Agência possui um grande estoque de autos de infração em processamento, o que certamente consumirá grande esforço de processamento. Verificou-se ainda que o tempo entre a lavratura do auto de infração e o pagamento da multa pelo regulado é demasiadamente longo.

O fluxo resumido do processo sancionatório com destaque para o momento em que algum ato da ANAC pode determinar o pagamento da multa está retratado na ilustração a seguir:



Para possibilitar uma visão “ponta a ponta”, o gráfico acima descreve o processo mais completo (exceto pelo fato de excluir eventual terceira instância), partindo das hipóteses de que o regulado foi punido tanto em primeira quanto em segunda instância e não pagou a

multa, ensejando sua inscrição, pela Procuradoria, na dívida ativa da União. Obviamente, nem todos os processos sancionatórios seguem todas as etapas, havendo diversas situações que dependem das combinações entre as decisões do regulado (reconhece a punição na defesa prévia, paga a multa após a primeira ou segunda instância etc.) e da Agência (deferre a defesa prévia ou o recurso em segunda instância) nas diferentes etapas do processo.

Uma vez que a multa é considerada um instrumento de incentivo ao cumprimento normativo (na verdade, atualmente o principal utilizado pela Agência), seu efeito pedagógico efetivamente ocorrerá quando a ANAC conseguir de fato aplicá-la, ou seja, quando o regulado finalmente deixar de resistir e pagar. Todavia, tal finalidade tem sido prejudicada em função do longo tempo de efetivação dessa punição. Provavelmente, em grande parte dos casos é muito provável que o regulado infrator nem se lembre da infração que cometeu quando da aplicação da penalidade. Como todo critério, este serve para que a análise seja realizada sob um parâmetro objetivo, o qual, todavia, pode apresentar suas falhas.

Contra esse critério, pode-se argumentar que as diversas interações entre a ANAC e regulado no âmbito do processo sancionador (notificação, defesas etc.) já servem para que este sinta o poder de *enforcement* do regulador, o que também pode gerar um efeito pedagógico prévio ao efeito da punição de fato. Todavia, considerando o relacionamento regulador-regulado descrito no modelo de teoria dos jogos anteriormente, considera-se que o critério adotado traduz de forma mais adequada todos os custos envolvidos (para ambos os lados) no equilíbrio *enforcement* rígido – descumpra a norma.

Apesar da dificuldade de coletar dados de um processo atualmente tão fragmentado na ANAC, é claro o quão custoso é para a Agência concentrar todo o seu esforço de *enforcement* somente em procedimentos punitivos.

Cabe ressaltar que o problema processual tem sido tratado institucionalmente e individualmente por todas as áreas desde 2012. Como exemplos, podem ser mencionados os seguintes fatos:

i) Anualmente são instituídos indicadores e metas institucionais para a redução do passivo de autos;

ii) Algumas alterações pontuais na Res. 25/2008 foram instituídas em 2014 para permitir a junção de infrações similares em um mesmo processo sancionador e, assim, aumentar a eficiência no julgamento;

iii) Em 2013 foi instituído o projeto prioritário “Padronização do processo de julgamentos de autos de infração”, com os objetivos de remodelar e automatizar o processo sancionatório;

iv) Desde 2012 as superintendências finalísticas têm buscado institucionalizar e reforçar áreas específicas dedicadas ao processamento de autos de infração;

v) Em 2015 foi criado o referido grupo de trabalho que fez um diagnóstico da situação dos autos de infração na Agência, propondo ao final um conjunto de ações corporativas para aumentar a eficiência do processo – dentre as quais se destacam a criação do Comitê das Instâncias Julgadoras;

vi) A última reestruturação organizacional instituiu no Regimento Interno da Agência a ASJIN, reforçando-lhe a estrutura de cargos e aproximando-a do centro decisório da Agência.

Entretanto, por mais que a ANAC se esforce em melhorar seu processo sancionatório, é muito difícil adequá-lo para tratar todos os problemas de irregularidades verificados no âmbito da fiscalização, num contexto em que as medidas punitivas são a única forma de *enforcement* de regras tão complexas e detalhadas como as que disciplinam a aviação civil.

Sobre este último ponto, cabe destacar que atualmente as únicas áreas que não possuem passivos expressivos de autos de infração são justamente as áreas de regulação econômica e acompanhamento de serviços aéreos, as quais não estão submetidas à necessidade de regramento harmônico com os Anexos da OACI, demonstrando que a questão normativa exerce influência importante sobre a capacidade de *enforcement* da Agência. E isso, por sua vez, ressalta a relevância de se criarem mecanismos distintos, que não focados apenas na parte sancionatória.

Diante de todo o exposto, pode-se resumir os três grandes problemas do atual modelo de *enforcement* da ANAC:

1) Caráter excessivamente punitivo do marco regulatório atual da fiscalização (CBA, Res. 25/2008 e IN 08/2008), aliado a normas materiais muito detalhistas (em função da necessidade de harmonização internacional);

2) Falta de efetividade – à luz da teoria da regulação e da teoria dos jogos aplicada ao relacionamento regulador-regulado – da utilização exclusiva de instrumentos punitivos para garantir os incentivos corretos ao cumprimento de normas;

3) Demasiado ônus oriundo do processo sancionatório para a Agência – e também para os regulados.

Tais problemas, na prática, acabam prejudicando a finalidade precípua da fiscalização, que é garantir que os entes regulados atuem de acordo com os padrões e práticas estabelecidas pela Agência.

3.1.2. Descrição das alternativas regulatórias e partes impactadas

Os problemas acima representados são culminados por uma conjunção de fatores regulatórios e processuais. A parte regulatória refere-se à atual disposição das normas de fiscalização da Agência, vis-à-vis o caráter detalhista das normas materiais. A parte processual, por seu turno, abrange o atual arranjo do processo sancionatório da ANAC e suas consequências para a morosidade da efetivação das medidas administrativas decorrentes da fiscalização.

Conforme argumentado anteriormente, várias ações institucionais têm sido empreendidas pela Agência para resolver os problemas processuais, estando entre elas, inclusive, a presente proposta, na parte em que revisa a disciplina do processo sancionador. O porquê das soluções propostas, no que tange ao aspecto processual da atividade punitiva, será explicitado na subseção 3.3 do presente documento.

A respeito dos fatores regulatórios, foi demonstrado na subseção anterior que: (i) um arranjo regulatório extremamente punitivo nas atividades de *enforcement* é naturalmente muito oneroso tanto para o regulado quanto para o regulador, o que acaba pressionando negativamente o processo e a eficácia dos instrumentos de fiscalização; e (ii) mesmo num contexto de plena eficiência do processo punitivo do órgão regulador, a postura demasiadamente punitiva dos mecanismos de *enforcement* incentiva uma relação de não

cooperação com os seus regulados (com quem mantém interações constantes), a qual acaba se tornando um empecilho para a consecução dos objetivos regulatórios das normas materiais.

Diga-se de passagem, a Agência possui dois objetivos estratégicos diretamente relacionados à fiscalização, a saber: *Criar mecanismos efetivos de correção da conduta dos entes que colocarem em risco a qualidade e a segurança da aviação civil e Promover um ambiente de cumprimento voluntário dos requisitos regulamentares*. Note-se que ambos focam o objetivo final da fiscalização – garantir que os regulados cumpram os requisitos da Agência –, sendo que o último citado explicita claramente o círculo virtuoso que pode ser obtido por meio de uma postura mais cooperativa entre regulador e operador.

Portanto, além das melhorias na parte processual do processo punitivo, é inevitável que a Agência empreenda esforços na alteração do marco regulatório de sua fiscalização ou, pelo menos, no caráter detalhista de suas normas materiais. A pergunta que se coloca é: qual dessas alternativas é mais adequada no atual contexto?

Uma resposta imediata é que tais alternativas não são excludentes. Ou seja, a ANAC pode empreender um processo de revisão sistemática de sua regulamentação, sem prejuízo da alteração dos seus mecanismos de *enforcement*. Afinal, embora os problemas da regulação material detalhista sejam potencializados pelo *enforcement* punitivo (e vice-versa), toda a teoria regulatória apresentada demonstra que tanto normas detalhistas quanto *enforcement* rígido não se configuram as melhores práticas de regulação.

Mesmo diante dessa possibilidade de adoção das alternativas em conjunto, é importante investigar um pouco mais os prós e contras de cada uma dessas alternativas.

Alternativa 1: Revisar as normas materiais da Agência tornando-as menos detalhistas e prescritivas

Para se avaliar os custos e benefícios desta alternativa, analisar-se-á a capacidade regulatória da Agência – com base em dados históricos de produção normativa –, bem como os possíveis impactos no setor regulado da mudança de todas as normas da Agência.

Primeiramente, cabe ressaltar que a Agência possui um arcabouço normativo composto por 387 resoluções publicadas até a data de confecção deste documento, das quais

310 encontram-se vigentes. Em termos de regulação técnica, são quarenta regulamentos brasileiros de aviação civil (RBAC) e dez regulamentos brasileiros de homologação aeronáutica (RBHA). A tabela abaixo resume a distribuição dessas normas por tipos.

Tabela 1 – Quantidade de normativos por tipo

Tipo Normativo	Quantidade
A. Resoluções	387
B. Resoluções vigentes	310
C. RBAC vigentes	40
D. RBHA vigentes	6
E. RBHA DAC (pré-ANAC) vigentes	4
F. IS vigentes	91
G. Instruções de Aviação Civil – IAC – vigentes	89
H. Isenções de requisitos vigentes	99
Total de normas vigentes (sem IS): B+E+G+H	502
Total de normas vigentes (com IS): B+E+F+G+H	593

Fonte: ASTEC

Analisando os dez primeiros anos de existência da ANAC (até 2015), obtém-se uma produção média anual de 37,0 resoluções, 11,3 instruções suplementares e 11,3 isenções de requisitos, de acordo com a tabela abaixo.

Tabela 2 – Histórico de produção normativa da ANAC

Ano	Resoluções	IS aprovadas por Portaria*	Total
2006	5	0	5
2007	9	0	9
2008	54	0	54
2009	63	0	63
2010	47	1	48
2011	34	13	47
2012	46	27	73
2013	39	20	59
2014	52	21	73
2015	21	31	52
Média	37,0	11,3	48,3
Desvio padrão	19,57	12,58	23,61

Todavia, tais informações não são ainda ideais, pois coloca com mesmo peso normas simples (a maioria) e complexas, sendo que a alternativa em análise pressupõe a

alterações das normas mais complexas da ANAC. Para tornar mais acurada a análise, pode-se averiguar a produção normativa da Agência em termos da execução da Agenda Regulatória, a qual engloba, por princípio, temas regulatórios de maior complexidade e impacto no mundo regulado.

Como se sabe, a Agenda Regulatória 2015-2016 – instituída pela Portaria n.º 2.975, de 10 de dezembro de 2014, e revisada pela Portaria n.º 160, de 26 de janeiro de 2016 – possui 54 temas regulatórios, cada qual podendo ser dividido nas seguintes etapas⁷:

- estudos preliminares: realização de análise de impacto regulatório pela área técnica, finalizado quando da apresentação para a Diretoria, quando se avalia o problema a ser resolvido, as alternativas e o balanceamento de custos e benefícios de cada alternativa entre as partes impactadas;
- elaboração da proposta: a partir do término da etapa anterior, caracteriza-se pela elaboração da proposta normativa até a publicação do aviso de audiência pública;
- audiência pública: etapa que engloba o período da audiência, avaliação das contribuições e construção da proposta final de norma, finalizando-se quando a área proponente encaminha para a análise final da Procuradoria;
- deliberação final: engloba a análise da Procuradoria, eventual ajuste pela área técnica (quando necessário) e aprovação pela Diretoria.

O cronograma dos temas na Agenda Regulatória é colocado em trimestres. A atual agenda apresenta 104 entregas (etapas) planejadas, num horizonte temporal de dois anos. Partindo do pressuposto de que cada norma demanda quatro etapas – e considerando que cada etapa possui a mesma duração –, pode-se considerar que a Agência planejou a elaboração de 26 (104 dividido por quatro) normas para o biênio, ou 13 para cada ano. Essa produtividade planejada pode ainda ser reduzida, ao se considerar que a Agência não obtém 100% de execução da Agenda Regulatória.

⁷ Nessa descrição está se partindo da ideia do processo normativo completo, tendo a Agência decidido normatizar o tema. Embora seja o caso mais recorrente, não é necessariamente verdadeiro, pois pode ocorrer de a ANAC considerar que determinado tema seja tratado de outra maneira que não a regulamentação – por exemplo, por mediação de conflito, capacitação do setor ou, inclusive, não fazendo qualquer tipo de intervenção.

Enfim, considerando-se os números acima mencionados como parâmetros para se mensurar a capacidade de produção normativa da ANAC, pode-se chegar nos seguintes cenários limites:

Tabela 3 – Estimativa de tempo para revisão normativa

Cenários	Otimista	Pessimista
P – Produtividade normativa anual	48,3 normas	13,0 normas
Q – Quantidade de RBAC, RBHA e IS a serem revistos (vide tabela 2)	141	141
Tempo de revisão completa (em anos): P/Q	2,9 anos	10,8 anos

O cenário otimista considera a produtividade normativa total da Agência, levando em consideração todo o seu histórico, que não distingue as normas mais simples das mais complexas. Por sua vez, o histórico pessimista considera os temas regulatórios constantes da Agenda Regulatória, que tendem a ser mais complexos. Por fim, foram consideradas na tabela acima apenas as normas de segurança (*safety* e *security*), uma vez que o diagnóstico do problema baseou-se no argumento de que tais normas são mais detalhistas, muito mais que na regulação econômica⁸.

Essas informações demonstram que a alternativa 1 – revisão das normas materiais – representaria um esforço muito grande para a Agência, com resultados aguardados para um horizonte de tempo grande.

Além disso, e ainda mais importante, tal alternativa tem de ser olhada à luz da estabilidade regulatória e dos compromissos internacionais do Estado Brasileiro no sentido de manter a harmonização de seus regulamentos de segurança na aviação civil com os Anexos da OACI e os regulamentos das principais autoridades internacionais.

Tudo isso demonstra que, por ora, a alternativa de empreender uma grande revisão nas normas materiais é inviável e terá eficácia duvidosa, seja por seu tempo de maturação, seja por seus impactos no mundo regulado da aviação civil brasileira. Dessa

⁸ Apesar da menção como norma, é preciso dizer que as instruções suplementares formalmente não podem ser consideradas normas. Elas apenas detalham a forma como o respectivo RBAC pode ser cumprido. Todavia, para fins da presente análise, não há prejuízo em não fazer a distinção, pois, com a revisão dos RBAC, as IS deverão ser alteradas necessariamente.

maneira, considera-se que tal alternativa deve ser pensada futuramente, não apenas para resolver problemas de fiscalização, mas a partir do momento em que a Agência estiver um pouco mais madura com relação ao porquê de sua atuação regulatória em cada área de sua competência, podendo então criar mecanismos regulatórios mais eficazes aos problemas com que se depara.

Não obstante, na seção 3.3, que trata do processo sancionador, a proposta em tela cria alguns mecanismos para que, na edição das normas materiais, as áreas técnicas da ANAC passem a se preocupar mais efetivamente com a elaboração de atos normativos que possam ser na prática fiscalizáveis e que possuam, inclusive, enquadramento prévio (vide art. 38 da resolução proposta).

Alternativa 2: Alterar o marco regulatório da fiscalização da Agência, criando outros mecanismos de enforcement que não apenas os punitivos

A subseção 3.1.1 demonstrou que, tanto do ponto de vista da teoria da regulação, quanto da ótica do custo interno do processo sancionatório, a adoção de mecanismos de *enforcement* muito punitivos tende a gerar problemas para que o regulador consiga efetivamente fazer com que a fiscalização atinja seu principal objetivo: garantir o cumprimento das normas.

Sendo assim, é importante que o regulador disponha de outros mecanismos, que não somente os punitivos, para melhorar sua interação com o regulado e conseguir tratar os diferentes tipos e gravidades de irregularidades normativas que naturalmente surgem no processo fiscalizatório. Obviamente, não se trata de eliminar os (importantes) mecanismos punitivos, mas uma forma de se criar uma gradação entre as medidas que podem ser adotadas, bem como definir a “vocação natural” de cada uma.

Por exemplo, em situações de irregularidades brandas, que não afetem a segurança das operações e que tenham sido causadas por desconhecimento ou descuido casual (não reiterado) do regulado, a Agência poderia notificá-lo da irregularidade, podendo inclusive cobrar-lhe um prazo para correção. Esse tipo de medida pode ser considerado preventivo, pois serve para mostrar ao regulado que sua conduta inadequada foi observada pelo regulador, incentivando-o a corrigir. Naturalmente o ônus administrativo de processamento desse tipo de

medida deve ser menor, pois não envolve um processo punitivo, mas basicamente uma troca de informações entre a agência e o regulado.

Medidas de caráter punitivo, por sua vez, são mais apropriadas à medida que a irregularidade verificada seja mais reiterada, voluntária ou mais danosa à segurança, características que sinalizam que o regulado não compartilha do objetivo (que deveria ser comum) de seguir as normas do regulador. Essas, sim, devem possuir uma carga administrativa mais pesada, pois, ao envolver um processo de aplicação de sanção, demandam mais requisitos de prazos e contraditórios para fins da promoção da ampla defesa.

Por fim, é ainda preciso pensar em medidas de caráter mais emergencial, que podem ser adotadas sempre que o regulador verificar risco iminente – isto é, irregularidade que não pode perdurar, seja por colocar em risco as operações ou por facilitar a ocorrência de novas irregularidades. Tais medidas possuem respaldo no ordenamento jurídico pátrio – vide art. 45 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro 1999 –, mas ainda são mal regulamentadas no arcabouço regulatório da fiscalização da ANAC. Afinal, a Res. 25/2008, no art. 19, considera a detenção, interdição e apreensão como penalidades, ao passo que na prática todas elas são destinadas a atenuar um risco iminente, impedindo (ou mitigando a probabilidade de) sua concretização – vide arts. 303 a 311 do CBA.

Enfim, note-se que com esses três tipos de medidas – que serão denominadas “providências administrativas” no ato proposto – viabiliza-se à Agência uma melhor gradação no bojo de sua atuação fiscalizatória. Além de tornar mais simplificado o processamento de irregularidades de baixa relevância e mais eficaz a adoção de ações tempestivas para mitigar o risco iminente, esses mecanismos permitirão que a Agência desafogue o seu processo sancionatório, tornando-o mais célere e mais voltado às condutas de maior importância. Tudo isso é bem mais aderente que o modelo atual à estratégia “*tit for tat*” mencionada anteriormente – segundo a qual o regulador deve começar a interação com o regulado com a iniciativa de cooperação, mas sendo capaz de punir tempestivamente atitudes de traição.

Como dificuldades da adoção desta alternativa, devem-se mencionar a necessidade de mudança de cultura em relação ao *modus operandi* atual e, sobretudo, a ausência inicial de critérios claros de enquadramento das diferentes providências administrativas possíveis, em função das condutas dos regulados. Para enfrentar a primeira dificuldade, é

preciso lançar mão de campanhas internas de sensibilização dos servidores, bem como alterações no programa de capacitação de fiscalização da Agência; para a segunda, é necessário que, antes da proposta entrar em vigor, as áreas tentem criar critérios objetivos para o enquadramento das medidas. Cabe ressaltar que todas essas iniciativas encontram-se no escopo do Projeto Prioritário *Enforcement*.

Diante do exposto, dentre as alternativas elencadas, a presente proposta considera mais adequada para a Agência a segunda, qual seja: criar novos mecanismos de *enforcement* que não sejam apenas de caráter punitivo.

3.1.3. Detalhamento da melhor alternativa considerada

Conforme explicado anteriormente, a proposta em tela se destina a criar novos mecanismos a serem adotados pela Agência quando do exercício de suas atividades de fiscalização, alterando-se a situação atual, na qual a ANAC somente dispõe de providências de caráter punitivo.

Nesse contexto, o ato normativo proposto busca regulamentar as providências administrativas de que trata o art. 289 do CBA, classificando-as em três tipos, a saber: preventivas, sancionatórias e acautelatórias.

A finalidade dessa classificação é justamente permitir uma gradação entre as providências administrativas a cargo da ANAC, de forma a possibilitar mecanismos de *enforcement* mais flexíveis, não apenas baseados em punição, para atender os princípios explicados anteriormente.

Diferentemente disso, a Res. 25/2008 enquadra como penalidades todas as providências atualmente previstas. Na prática, essa disciplina atual acarreta dificuldades na aplicação das interdições, detenções e apreensões; confusão entre os papéis dos agentes fiscalizadores e das instâncias julgadoras; e demasiado ônus ao processo sancionatório, visto que qualquer irregularidade (ou indício de) deve ser ali tratado, independente de uma avaliação de relevância da prática irregular.

Alinhadas ao princípio da estratégia de cooperação entre regulado e regulador (“*tit for tat*”), as providências administrativas preventivas são destinadas a tratar as

irregularidades de pequena relevância, seja por baixo potencial de lesividade, por não colocarem em risco a segurança das operações (ou eventual possibilidade de continuidade de irregularidade) ou, ainda, pelo fato de o regulado infrator não apresentar antecedentes. Nesse sentido, a resolução ora proposta estabelece que as medidas preventivas devem ser buscadas sempre que elas se mostrarem mais eficazes para o retorno do cumprimento normativo, ou quando os seus benefícios superarem seus custos de implementação.

Para fins de maior gradação das providências preventivas, estas são subdivididas em dois tipos: aviso de condição irregular (ACI) e solicitação de reparação de condição irregular (SRCI).

O ACI constitui-se uma mera comunicação (notificação) da ANAC ao regulado de que foi detectada uma determinada irregularidade. Esse aviso não implica qualquer consequência adicional, a não ser a previsão de que a Agência mantenha o histórico dos avisos emitidos para fins de aplicação de outras providências administrativas que possam vir a ser futuramente aplicadas.

Trata-se de uma ameaça crível: o regulador sinaliza ao regulado que poderá utilizar seu poder sancionatório caso o regulado não corrija a conduta. Uma vez que o regulador de fato possui o poder sancionatório e o interesse de fazer com que o regulado cumpra a norma, esta ameaça pode ser considerada pelo regulado como uma postura racional do regulador, o que justifica o emprego do termo “crível”. Diante disso, espera-se que, tendo recebido o ACI, o regulado busque a correção da irregularidade⁹. E, portanto, constitui-se o ACI (bem assim a previsão da manutenção do histórico de avisos) um instrumento importante para o retorno do cumprimento do requisito, de baixo custo.

Por sua vez, a SRCI se distingue do ACI pelo fato de exigir do regulado um prazo para a correção de conduta. Esse prazo pode ser determinado pela própria ANAC ou sugerido pelo regulado, por meio de um plano de ação corretiva (PAC), o qual tem de ser aprovado pela Agência. Adicionalmente, a proposta prevê a obrigatoriedade de o regulado comprovar à ANAC a correção da conduta dentro do prazo “pactuado”.

⁹ Obviamente a concretização fática dessa postura do regulado depende do tamanho da irregularidade, do custo de retorno à normalidade, da frequência de fiscalização da Agência, entre outras circunstâncias que serão ponderadas.

Note-se que a solicitação de reparação de condição irregular é uma providência um pouco mais coercitiva que o ACI, porém ainda não tão drástica quanto as providências sancionatórias ou acautelatórias. Cabe ressaltar que atualmente todas as áreas de regulação técnica da Agência adotam, de forma mais ou menos intuitiva, mecanismos como a SRCI, os quais, todavia, sob denominações não padronizadas.

Além de se constituir também uma ameaça crível (num nível um pouco mais forte, em função da necessidade de o regulado informar a correção à ANAC), a SRCI segue os princípios de supervisão incentivados pela Organização de Aviação Civil Internacional (OACI), por meio dos elementos críticos nº 7 – *surveillance obligations* – e nº 8 – *resolution of safety concerns* – do *Universal Safety Oversight Program – Continuous Monitoring Approach* (USOAP/CMA). Portanto, além de mais um instrumento de gradação, a SRCI tende a uniformizar os procedimentos adotados pelas áreas técnicas, servindo, inclusive, para as áreas de regulação econômica e acompanhamento de mercado.

As demais providências administrativas seguem o disposto no art. 289 do CBA, abaixo transcrito:

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

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

Considera-se que a multa (inciso I) é uma providência administrativa meramente sancionatória, a suspensão pode ser enquadrada tanto como sancionatória quanto como cautelar (dependendo da necessidade de agir tempestivamente em função da presença de risco iminente), a cassação é sancionatória e as providências do inciso IV são cautelares¹⁰.

¹⁰ No que tange ao inciso V, cabem duas observações. Primeiramente, no que tange às concessionárias, em função do entendimento exarado pela Procuradoria no Parecer nº 78/2014/CMF/PF-ANAC/PGF/AGU/jelsn, mencionado na nota de rodapé nº 4, a presente proposta não aborda a atuação de fiscalização no âmbito do exercício do poder concedente. Em segundo lugar, no caso das autorizatárias (em cujo rol se encontram as empresas aéreas, por causa do caráter vinculado das respectivas concessões), considera-se que no modelo atual de desregulamentação econômica a única forma de intervenção pela Agência é por meio de suspensão (cautelar ou punitiva) e cassação, as quais já são disciplinadas no bojo das providências administrativas sancionatórias ou cautelares.

Em função do caráter mais coercitivo das providências sancionatórias e acautelatórias (e, portanto, da necessidade de se estabelecer com maior acurácia os procedimentos de aplicação e os direitos de defesa), a resolução proposta é muito mais detalhista no disciplinamento dessas medidas – vide Títulos III e IV. Dessa maneira, as explicações e justificativas encontram-se detalhadas nas subseções 3.2 e 3.3 deste documento.

Por ora, um ponto importante a se destacar aqui é que tais providências continuam seguindo a lógica de gradação dos mecanismos de *enforcement* da Agência. Conforme já explicado, as providências preventivas são mais brandas e se destinam a irregularidades de menor importância, para as quais a Agência pode lançar mão de instrumentos menos coercitivos, mantendo apenas a ameaça de intervenção. Já as providências sancionatórias devem ser instauradas sempre que a ANAC entender que a irregularidade verificada ultrapassou o limite do razoável (seja em termos de gravidade, reincidência ou qualquer outro critério que ponha em cheque a presunção de cooperação do regulado para com o regulador), não justificando mais uma postura de cooperação da Agência. E, por fim, as acautelatórias devem ser empregadas em função da verificação de risco iminente, independentemente da manifestação prévia do autuado, conforme previsto pelo art. 45 da Lei nº 9.784/2008. Ademais, em paralelo à adoção de providência acautelatória é prevista a possibilidade de instauração de processo administrativo sancionador, por meio da lavratura de auto de infração, no âmbito do qual a ANAC decidirá pela adoção de providência sancionatória (multa, suspensão punitiva ou cassação), observados os princípios do contraditório e ampla defesa.

3.2. Providências Administrativas Acautelatórias

A Administração Pública, em vista de seu poder de polícia administrativa, tem o poder-dever de impor medidas acautelatórias a fim de preservar o interesse público ou impedir graves violações aos direitos fundamentais. Essas medidas podem ou não ser praticadas dentro de um processo administrativo e, a depender da urgência, independem da manifestação dos interessados. A previsão para tal consta do artigo 45 da Lei nº 9.784/1999 – Lei do Processo Administrativo (LPA):

“Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.”

Para a decretação da medida cautelar, segundo Nohara e Marrara¹¹, não se pressupõe a existência incontestável do direito ou interesse que a medida deverá resguardar, bastando a probabilidade, a plausibilidade do direito ou o interesse que a medida se destina a resguardar. Por exemplo, quando está em jogo o direito à vida de terceiros ou alguns interesses públicos fundamentais, cabe à Administração agir de ofício por decorrência do princípio da legalidade e da moralidade administrativa, bem como da supremacia e indelegabilidade dos interesses públicos.

Além de interesses públicos primários – interesses da nação – e interesses públicos secundários – interesses da própria Administração como pessoa jurídica –, a Administração deve resguardar os direitos e interesses juridicamente tutelados dos cidadãos, especialmente os fundamentais e outros de aplicabilidade imediata.

É preciso ainda, para decretar uma medida cautelar, observar o risco, ou seja, o perigo de que o direito ou interesse juridicamente tutelado que é objeto do processo administrativo pereça caso a Administração não tome as medidas adequadas e necessárias para assegurar a existência desses direitos antes da decisão administrativa. O requisito previsto no art. 45 da LPA de risco iminente denota que a Administração sequer necessita aguardar a manifestação dos interessados envolvidos no processo administrativo para agir preventivamente.

Por princípio, a medida cautelar deve perdurar enquanto a condição que a ensejou existir, ou seja, poderá ser revogada, independentemente do contraditório, quando se verificar a falta de motivo para a sua subsistência.

A Lei nº 7.565/1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) dispõe sobre medidas aplicadas antes da manifestação do interessado, auto executáveis e decorrentes de atividade de fiscalização em que se constate risco à segurança ou ameaça ao interesse público,

¹¹ NOHARA, Irene Patrícia, e MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

cuja adoção e manutenção apenas se admite enquanto perdurarem os riscos que se pretende prevenir:

“Art. 71. Os certificados de homologação, previstos nesta Seção, poderão ser emendados, modificados, suspensos ou cassados sempre que a segurança de vôo ou o interesse público o exigir.

Parágrafo único. Salvo caso de emergência, o interessado será notificado para, no prazo que lhe for assinado, sanar qualquer irregularidade verificada.

(...)

Art. 290. A autoridade aeronáutica poderá requisitar o auxílio da força policial para obter a detenção dos presumidos infratores ou da aeronave que ponha em perigo a segurança pública, pessoas ou coisas, nos limites do que dispõe este Código.

(...)

Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:

I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;

II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;

III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);

V - para averiguação de ilícito.

(...)

Art. 305. A aeronave pode ser interdita:

I - nos casos do artigo 302, I, alíneas a até n; II, alíneas c, d, g e j; III, alíneas a, e, f e g; e V, alíneas a a e;

II - durante a investigação de acidente em que estiver envolvida.

§ 1º Efetuada a interdição, será lavrado o respectivo auto, assinado pela autoridade que a realizou e pelo responsável pela aeronave.

§ 2º Será entregue ao responsável pela aeronave cópia do auto a que se refere o parágrafo anterior.

Art. 306. A aeronave interdita não será impedida de funcionar, para efeito de manutenção.

Art. 307. A autoridade aeronáutica poderá interditar a aeronave, por prazo não superior a 15 (quinze) dias, mediante requisição da autoridade aduaneira, de Polícia ou de saúde.

Parágrafo único. A requisição deverá ser motivada, de modo a demonstrar justo receio de que haja lesão grave e de difícil reparação a direitos do Poder Público ou de terceiros; ou que haja perigo à ordem pública, à saúde ou às instituições.

Art. 308. A apreensão da aeronave dar-se-á para preservar a eficácia da detenção ou interdição, e consistirá em mantê-la estacionada, com ou sem remoção para hangar, área de estacionamento, oficina ou lugar seguro (artigos 155 e 309).

Art. 309. A apreensão de aeronave só se dará em cumprimento à ordem judicial, ressalvadas outras hipóteses de apreensão previstas nesta Lei.

Art. 310. Satisfeitas as exigências legais, a aeronave detida, interditada ou apreendida será imediatamente liberada.”

A Res. 25/2008 e a IN 08/2008, únicos atos normativos que tratam de medidas administrativas na ANAC, por sua vez, abordam as medidas acautelatórias como sendo medidas sancionatórias nos seguintes artigos:

Res. 25/2008

“Art. 11. As penalidades de interdição e detenção são auto-executáveis, mediante a lavratura do Auto de Interdição/Detenção – AID, conforme modelo definido em regulamento.

§ 1º O AID será lavrado sem prejuízo da lavratura do respectivo AI, sendo o original destinado à instrução do processo e a segunda via entregue ao autuado.

§ 2º O AID será o documento hábil para instruir a aplicação da penalidade de apreensão.

§ 3º A aplicação da penalidade de interdição por requisição de outras autoridades públicas será formalizada por meio da lavratura do AID.

(...)

Art. 19. As penalidades a serem aplicadas são:

I - multa;

II - suspensão;

III - cassação;

IV - detenção;

V - interdição;

VI - apreensão;

VII - intervenção; e/ou

VIII - as demais previstas na legislação de competência da ANAC.”

IN 08/2008

“Art. 44. As penalidades a serem aplicadas são:

I - multa;

II - suspensão;

III - cassação;
IV - detenção;
V - interdição;
VI - apreensão;
VII - intervenção; e/ou
VIII - as demais previstas na legislação de competência da ANAC.”
(grifos nossos)

Por outro lado, alguns trechos da IN 08/2008 conferem sentido cautelar às medidas administrativas:

“Art. 22. No caso da aplicação das penalidades de multa, suspensão, interdição ou apreensão a Decisão e a Notificação da Decisão (ND) devem conter o valor da pena pecuniária e/ou prazo de vigência da medida restritiva de direitos, conforme o caso, levando em conta as atenuantes e agravantes previstas nesta Instrução Normativa. Parágrafo único. Na detenção, interdição e apreensão, a Decisão e a ND devem conter as exigências legais a serem cumpridas pelo infrator objetivando a liberação da aeronave ou material transportado.

(...)

Art. 45. A detenção constitui-se no ato de fazer parar a aeronave, para fins de fiscalização ou em decorrência de infração.

(...)

Art. 48. A interdição constitui-se no ato de proibir o vôo, a operação ou a utilização de aeronave, sendo permitido seu funcionamento no solo para manutenção, salvo motivo de força maior.

(...)

Art. 53. Sanadas as irregularidades, não conformidades e situações descritas no Relatório de Fiscalização ou concluídas a investigação do acidente a que estiver envolvida, a aeronave poderá ser liberada, após Parecer do agente da autoridade de aviação civil, aprovado pela sua chefia imediata, que emitirá Declaração de Suspensão da Interdição.

Art. 54. A apreensão constitui-se no ato de reter a aeronave e mantê-la estacionada, com ou sem remoção para hangar, área de estacionamento ou lugar seguro.

Art. 55. A apreensão da aeronave dar-se-á para preservar a eficácia da detenção ou interdição.”

(grifos nossos)

A evidente confusão na definição e no disciplinamento das medidas de natureza sancionatória e de natureza acautelatória nos atos normativos atuais impede sua adequada adoção pelos agentes de fiscalização da ANAC. Dessa forma, é patente a necessidade de separação das medidas eminentemente acautelatórias daquelas essencialmente sancionatórias como forma de orientar os agentes públicos à adoção de tais medidas, incluindo a distinção entre suspensão de natureza cautelar e suspensão de natureza punitiva.

3.2.1. Proposta de normativo sobre medidas acautelatórias

Os agentes de fiscalização da ANAC têm dificuldade em atuar frente à constatação de atos ilícitos durante atividade de fiscalização. Os mecanismos atualmente disponíveis – apesar da confusão entre medidas acautelatórias e sancionatórias – não impedem a recorrência da conduta ilícita. Dessa forma, certos esforços de fiscalização são inócuos, ou seja, não há repressão da conduta ilícita, geram no regulado a sensação de impunidade, incentivam o não cumprimento das normas e acarretam desperdício de recursos públicos.

Desde a criação, em 2012, da área à qual foi atribuída a competência de coibir ações ilícitas, quando se incluiu no regimento interno da Agência a definição de ação fiscal, faz-se necessário definir procedimentos, normas e técnicas para o planejamento e execução das ações fiscais. A ausência de diretrizes claras, instrumentos adequados e cultura institucional em relação a ação fiscal gera dificuldades para a Agência alcançar os objetivos da coerção de atos ilícitos. Uma das ações traçadas foi a necessidade de disciplinar as medidas acautelatórias.

Assim, foi elaborada uma minuta de normativo sobre providências administrativas cautelares, submetida a consulta interna na Agência entre os dias 30/05/16 a 13/06/16. Foram recebidas e analisadas 31 contribuições de servidores, que em muito contribuíram para o aperfeiçoamento da minuta.

Conforme exposto na seção 3.1.3, das providências administrativas listadas no art. 289 do CBA, são consideradas acautelatórias a suspensão cautelar, a detenção, a interdição e a apreensão.

A suspensão cautelar, apesar de utilizada por algumas áreas da Agência, não está disciplinada, gerando dificuldade, confusão e falta de homogeneidade quando adotadas por

agentes fiscalizadores. Faz-se necessário definir no âmbito da ANAC a suspensão cautelar dos certificados, licenças, concessões, autorizações, operações e habilitações, bem como os casos nos quais estas se aplicam. Busca-se, assim, permitir a adoção das medidas com maior efetividade no que se refere à coerção dos ilícitos aos regulamentos da Agência, além de permitir maior clareza aos regulados em relação às medidas de impacto imediato.

Dessa forma, o texto proposto (art. 74 da minuta de resolução) esclarece em quais situações poderá o agente da ANAC adotar a medida acautelatória de suspensão prevista no CBA. Objetivou-se listar vários casos já ensejadores de aplicação de suspensão cautelar pela Agência (apesar de despadronizados), além de disciplinar outros essenciais para coibir o ilícito. Vale lembrar que a adoção de suspensão cautelar, assim como de qualquer outra providência administrativa cautelar, é condicionada à necessidade de preservar o interesse público ou impedir graves violações aos direitos fundamentais.

A detenção (artigos 64 a 66 da minuta de resolução) é a prerrogativa do agente da ANAC que permite a fiscalização das aeronaves impedindo seu voo até que todas as verificações sejam realizadas. O não cumprimento da ordem de detenção enseja a adoção de outras medidas cautelares.

A interdição segue a linha do que está previsto no CBA (artigos 67 e 68 da minuta de resolução). Preferiu-se nesse momento não realizar alterações no que está estabelecido no art. 305 daquela lei, onde são elencadas todas as situações que ensejam a interdição de aeronaves.

A medida acautelatória de apreensão é utilizada para garantir a eficácia da suspensão cautelar, detenção ou interdição nos casos em que estas não se tornem efetivas. A proposta desta resolução é abranger todas as leis e normas pertinentes à ANAC que abordam o tema de apreensão tais como, art. 3º, parágrafo único da Lei 10.871, art. 8º, inciso XV da Lei 11.182 e art. 308 da Lei 7.565. No texto proposto (artigos 69 a 73 da minuta de resolução) estão sendo estabelecidos todos os objetos passíveis de apreensão. O detalhamento de como se dará a apreensão será feito no PP Ação Fiscal.

Percorrendo as situações que ensejam adoção de medidas cautelares pela Agência, verifica-se que algumas irregularidades decorrentes da conduta do regulado não são passíveis de uma simples correção da não conformidade constatada, o que impossibilitaria a

revogação da medida ou a tornaria inócua. Destarte, para os casos em que o reparo de um produto, a correção de um procedimento, a remoção ou instalação de um componente não é suficiente para comprovar o saneamento da não conformidade identificada na ocorrência, esta resolução propõe (art. 62 da minuta) a emissão de um Termo de Cessação de Conduta – TCC pelo regulado.

Para inibir que o regulado cometa a conduta de risco indefinidas vezes se apoiando no TCC, propõe-se (art. 63 da minuta de resolução) a adoção de nova medida acautelatória e instauração de processo administrativo sancionador – PAS com sugestão de cassação ou suspensão punitiva para os casos de repetição da conduta no prazo de 2 anos. A revogação desta nova providência administrativa acautelatória somente ocorrerá após a conclusão do PAS instaurado.

Importante lembrar que a adoção de qualquer medida cautelar não afasta a aplicação de providência administrativa sancionatória, que se dá no curso do PAS instaurado a partir da constatação da irregularidade que justifique a adoção de tais medidas concomitantemente.

Como último ponto de inovação constante na resolução proposta na parte de providências administrativas acautelatórias, está a previsão de notificação do regulado após aplicação de medida cautelar e quando da decisão pela sua revogação. Como citado anteriormente, as diversas áreas técnicas da ANAC têm adotado medidas cautelares de diversas formas possíveis e com grau de formalidade distinto. O objetivo é dar transparência ao regulado da atuação da Agência e padronizar o procedimento.

3.3. Providências Administrativas Sancionatórias

A ANAC iniciou um processo para revisão da Res. 25/2008 e da IN 08/2008 ao final do ano de 2010, buscando unificar os entendimentos e as contribuições de todas as áreas da Agência. Contudo, face à ausência de manifestação de algumas áreas, a revisão daqueles normativos somente foi retomada com a inclusão do tema na Agenda Regulatória 2014.

Devido à complexidade do assunto e de articulação com as demais áreas da Agência, como também a necessidade de inserir a revisão das providências sancionatórias

dentro de um contexto maior – definição de um novo modelo de fiscalização –, a Diretoria decidiu que a revisão da Res. 25/2008 seria conduzida na forma de projeto, dentro da iniciativa estratégica que visa a regulamentação das ações decorrentes do poder de polícia da ANAC, constante do Plano Estratégico 2015/2019. Dessarte, no segundo semestre de 2015, o processo passou a ser discutido no âmbito do Projeto Prioritário *Enforcement*, que tem por objetivo redefinir as providências administrativas que podem ser adotadas pela Agência em decorrência do exercício das atividades de fiscalização sob sua responsabilidade.

Em 20 de agosto de 2015, foi instituído o Grupo de Trabalho GTAutos com vistas à coordenação das atividades necessárias para o levantamento, análise e aperfeiçoamento dos processos sancionatórios da Agência. O GTAutos apresentou informações do processo administrativo sancionador – PAS, seu diagnóstico e um plano de ações, reforçando a necessidade de aperfeiçoar o PAS da Agência com o objetivo de torná-lo mais transparente, célere, estável juridicamente e sustentável. Em março de 2016 foi constituído o Comitê de Instâncias Julgadoras em substituição ao GTAutos com o objetivo de propor o aperfeiçoamento do macroprocesso de fiscalização da Agência, inclusive mediante alterações nos normativos que versam sobre este tema, dentre outros, motivo pelo qual o Comitê participou ativamente das discussões da revisão da Res. 25/2008 e da IN 08/2008.

3.3.1. Proposta de normativo sobre medidas sancionatórias

O CBA determina que a apuração de infrações à legislação aeronáutica deve ocorrer por meio da lavratura de Auto de Infração, que instaura procedimento sumário e com efeito suspensivo, sujeito a regulamentação própria, em que é assegurado ao interessado o exercício de seus direitos à ampla defesa e ao contraditório. Por meio desse processo, podem ser adotadas as medidas administrativas sancionatórias previstas no art. 289, considerando-se, para fins de dosimetria da penalidade, a gravidade da infração.

A partir das premissas legais acima indicadas e, em avaliação dos normativos atualmente vigentes, as propostas de alteração do regramento que rege o PAS na ANAC visaram ao aumento da clareza, padronização e simplicidade do processamento, com o intuito de privilegiar a celeridade e a transparência, para o regulado, das etapas do processamento. Nesse sentido, foram introduzidas alterações nos dispositivos que suscitavam, historicamente,

dúvidas interpretativas ou divergências de aplicação entre as instâncias de julgamento ou, ainda, que se encontravam em dissonância com outros normativos aplicáveis à matéria.

Ademais, foram excluídas da norma as regras que disciplinavam a organização interna dos setores de julgamento, privilegiando-se um enfoque predominantemente processual. A exclusão do regramento de organização interna da resolução concede maior flexibilidade à organização da Agência, e pretende o aumento da estabilidade da norma, prevenindo que eventual modificação futura na estrutura de competências internas dos órgãos da Autarquia venha a impactar o previsto no normativo e fomentar dúvidas, entre os regulados e os servidores, acerca da aplicação normativa¹². A proposta, portanto, se dedica à disciplina dos atos a serem praticados no curso do processamento, mas não à determinação das pessoas ou órgãos responsáveis por sua execução.

A partir das discussões do Comitê, levantou-se os seguintes problemas referentes à Res. 25/2008 e à IN 08/2008:

i) A existência de dois atos normativos para reger a mesma matéria dificulta a eficiência dos procedimentos internos e o acesso à norma pelo ente regulado. A Res. 25/2008 é composta de 28 artigos e a IN 08/2008 é composta de 66 artigos. Em alguns casos, as normas possuem dispositivos de teor similar ou idêntico;

ii) Falta de clareza na instauração do PAS e lavratura do auto de infração e no dever associado ao órgão de instrução de fazer constar dos autos todos os documentos que elucidem o caso e com toda a apuração prévia realizada, para que a autoridade competente para realizar o julgamento possa realizá-lo de forma célere e segura, pautando-se pelos princípios da legalidade e da transparência;

iii) Desatualização de dispositivos que não foram expressamente revogados, sobretudo os decorrentes dos estabelecimentos de regras sobre a organização de setores de julgamento no atual normativo, não se restringindo a explicitar os procedimentos essenciais atinentes ao PAS;

¹² A exemplo do que ocorreu com a edição da Resolução ANAC 111/2009, que instituiu a competência dos Superintendentes para decidir em primeira instância e revogou expressamente a Resolução ANAC 22/2008, que instituiu Juntas de Julgamento como órgãos competentes para julgamento em primeira instância da ANAC. Com a revogação expressa da Resolução nº 22/2008, diversos dispositivos da IN 08/2008 que mencionavam as Juntas de Julgamento, incluindo o Título VII, que disciplinava seu funcionamento, passaram a estar em dissonância com o regramento vigente, tendo sido boa parte dele tacitamente revogada.

- iv) Confusão aparente entre as medidas sancionatórias e cautelares;
- v) Incompatibilidade entre o regramento previsto nos normativos sobre o PAS para aplicação de sanções restritivas de direitos e o previsto no Regimento Interno (art. 99, III);
- vi) Necessidade de concessão de prazo adicional para manifestação do regulado em caso de convalidação do enquadramento, a despeito de se tratar de vício meramente formal que, muitas vezes, não acarreta nenhum prejuízo ao regulado;
- vii) Necessidade de aperfeiçoamento do critério especial de arbitramento de valor de penalidade previsto no art. 61, §1º da IN 08/2008 e impropriamente denominado “desconto”¹³;
- viii) Segregação do processo normativo de criação de obrigações (elaboração de “normas materiais”) do processo normativo de definição de valores de penalidades pecuniárias (constante nas tabelas anexas à Res. 25/2008) contribuindo para certa desproporcionalidade no valor das multas aplicadas pela ANAC em relação à gravidade da infração cometida e dificultando a associação imediata, pelo regulado, entre a obrigação normativa descumprida e a consequência pelo seu descumprimento.

A partir dos problemas apontados o Comitê elaborou uma primeira minuta que, em conjunto com a proposta de regramento sobre a aplicação das providências administrativas cautelares, dada a relevância na diferenciação entre as medidas, foram colocadas em consulta interna na intranet da Agência, por meio de um formulário eletrônico. A consulta ficou aberta a todos os servidores entre os dias 30/05/2016 e 13/06/2016.

Foram recebidas 69 e 31 contribuições, respectivamente, para a parte que trata das providências administrativas sancionatórias e para a parte que trata das providências administrativas cautelares. O Comitê analisou todas as contribuições e elaborou uma nova minuta.

¹³ Conforme sinalizado pela Procuradoria Federal junto à ANAC no Parecer nº 01/2013/NDA/PF-ANAC/PGF/AGU.

Assim, em consideração às contribuições recebidas – tanto no âmbito do Comitê de Instâncias como na etapa de consulta interna – e aos problemas identificados no normativo atualmente vigente, a proposta que se apresenta contém as seguintes melhorias em relação à Res. 25/2008 e à IN 08/2008:

- Unificação dos dispositivos atinentes ao processamento em um único normativo, organizados na ordem das etapas do processo (Disposições Preliminares, Instauração do Processo, Relatório de Ocorrência, Auto de Infração, Comunicação dos Atos e Prazos do Processo, Defesa, Decisão em Primeira Instância, Sanções Aplicáveis, Gradação das Sanções, Recurso à Segunda Instância, Recurso à Diretoria Colegiada, Trânsito em julgado Administrativo, Revisão, e Gestão Financeira das Sanções Pecuniárias), facilitando o acesso à informação pelo regulado e pelos servidores;
- Eliminação das indicações dos órgãos competentes para processamento, adotando-se apenas a indicação de sua atuação no processo (“órgão responsável pela instrução”, “autoridade competente para julgamento em primeira instância”, “autoridade competente para julgamento em segunda instância”);
- Adoção da possibilidade de disciplinar as sanções aplicáveis nos próprios normativos que regem as obrigações impostas ao regulado, para promover maior transparência e facilidade para o regulado na associação entre as obrigações impostas e as consequências de sua violação, além de privilegiar a crítica à proporcionalidade da penalidade prevista para a criticidade do requisito a ser observado no curso dos processos de alteração normativa, tanto pelo regulador, por meio de análise de impacto regulatório, como pelo regulado, via audiência pública;
- Indicação da aplicabilidade dos prazos prescricionais previstos na Lei 9.873/99, que revogou o art. 319 do CBA, com vistas a aumentar a transparência, para o regulado, da disciplina da prescrição no PAS da Agência, com vistas à redução da litigiosidade judicial e administrativa;
- Eliminação da necessidade de concessão de prazos adicionais para manifestação do regulado em casos de convalidação de vícios formais que não representem possibilidade de agravamento à sanção aplicável e nem tenham o potencial de prejudicar a

identificação da imputação, pelo regulado, com o intuito de aumentar a celeridade no processamento;

- Explicitação da necessidade de devolução dos prazos de defesa ou recurso – a depender da fase processual – no caso de convalidação de vícios que possam representar dificuldade na compreensão do objeto da imputação ou que possam representar agravamento na sanção aplicável;

- Adoção de formas mais simples, com vistas à promoção de maior economicidade processual e administrativa – a exemplo da autorização para juntada de processos para tratamento conjunto, do lançamento de um único crédito no valor do somatório das multas aplicadas por infrações conexas, e previsão para intimação por meios eletrônicos;

- Disciplina do direito a acesso aos autos, pelo regulado, por meios eletrônicos, a fim de compatibilizar os dispositivos com a Lei de Acesso à Informação. Previsão expressa de suspensão dos prazos processuais, da data do pedido de vista até seu atendimento pelo órgão responsável, prevenindo cerceamento de defesa por mora administrativa;

- Aumento da ênfase ao dever de instrução associado aos órgãos de fiscalização com vistas a melhoria do conjunto probatório anexado aos Autos de Infração, com vistas à redução da necessidade de diligências e ao aumento da submissão voluntária do regulado à sanção, ambos fatores que contribuem para maior celeridade no encerramento do contencioso administrativo;

- Aprimoramento do critério especial de arbitramento de penalidade (antigo “desconto”) visando a sua melhor definição, em conformidade com as observações da Procuradoria Federal junto à ANAC no Parecer nº 01/2013/NDA/PGF/PF-ANAC/AGU;

- Especificação das circunstâncias que ensejam a concessão de prazos adicionais para manifestação do regulado e padronização dos prazos associados;

- Elucidação de determinados marcos previstos nas circunstâncias atenuantes e agravantes (“último ano”, “aplicação de penalidade”), para redução de discrepâncias interpretativas entre as instâncias de julgamento;

- Atribuição à 1ª instância da competência para aplicação das sanções de suspensão punitiva e cassação, com indicação de parâmetros a serem aplicados na perquirição

da sanção adequada à gravidade dos fatos, sem prejuízo do efeito suspensivo associado por lei ao processamento;

- Possibilidade de recurso à Diretoria em caso de decisão em segunda instância por cassação, suspensão punitiva ou multa a partir de R\$ 2,5 milhões;
- Indicação de dispositivos que disciplinam o direito de Revisão e que antes constavam apenas do Regimento Interno da Junta Recursal (Resolução ANAC 136/2010), com vistas a facilitar o acesso ao regulado das situações que ensejam questionamento a sanções anteriormente impostas;
- Melhoria do texto para as fases de cobrança e dívida ativa, em consideração às sugestões constantes do Parecer nº114/2012/PF-ANAC/PGF/AGU e compatibilização entre as regras para parcelamento de créditos junto à ANAC e junto à Procuradoria Federal, visando à redução da litigiosidade administrativa e judicial;
- Remoção do dispositivo genérico que previa possibilidade de multiplicação do valor máximo em até mil vezes.

A revisão da Res. 25/2008 e IN 08/2008 busca aumentar a efetividade da norma, atuando como desestímulo às condutas violadoras e, por consequência, contribuindo para a promoção da conformidade do setor regulado de forma a garantir o cumprimento da missão institucional da Agência. As alterações visam ao aumento da clareza, padronização e simplicidade do processamento, com o intuito de privilegiar a celeridade e a transparência, para o regulado.

3.4. Termo de Ajustamento de Conduta

O termo de ajuste de conduta – TAC é um instrumento jurídico muito utilizado pelo Ministério Público com a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial. Contudo, seu uso pelas Agências Reguladoras ainda é recente, de modo que não há balizas muito precisas para a celebração do termo pelas agências.

Atualmente, o TAC tem previsão na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, no §6º do art. 5º. O §6º do art. 5º assim dispõe:

“§6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

Já a Agência tratou o assunto pela Res. 199/2011 e ainda editou a Portaria nº 534, de 23 de março de 2012, que estabelece o modelo de TAC a ser utilizado pela Agência.

Contudo, vários problemas foram relatados pelas áreas na utilização do normativo em questão, como a falta de diretrizes sobre o que deve ser avaliado no caso concreto para subsidiar a decisão pela celebração ou não do termo, pedidos de celebração de TAC com nítido conteúdo procrastinatório em relação ao processo administrativo sancionador, falta de elementos considerados necessários e suficientes à tomada de decisão, por parte da autoridade competente, dentre outros.

Destarte, em 29 de março de 2016, a Diretoria determinou que se promovesse estudos para a revisão da Res. 199/2011, em consideração das observações constantes do Parecer nº 154/2015/DDA/PFANAC/PGF/AGU, sobretudo no que concerne ao estabelecimento de requisitos mínimos de admissibilidade para os pedidos formulados por interessados no curso de processos sancionadores, prevenindo, no futuro, a necessidade de encaminhamento para deliberação de propostas manifestamente improcedentes. Ademais, outras duas recomendações da Diretoria – de 18/05/16 e 31/05/16 – determinaram o estudo e revisão dos normativos relacionados a TAC.

A partir da primeira determinação iniciou-se discussões com os membros do Comitê de Instâncias Julgadoras acerca da instituição de balizadores para a celebração do TAC, além de levantamento de informações junto às áreas técnicas referentes aos Termos de Ajustamento de Conduta – TAC em processamento ou processados no âmbito da Agência.

O levantamento mostrou que há um alto volume de pedidos de TAC na Agência com baixo nível de deferimento (0,7%). Ainda, verificou-se que não existe um padrão e critérios para procedimento e agrupamento dos pedidos de TAC e PAS associados a este nas áreas finalísticas, sendo que cada área trata conforme sua conveniência, de forma a tentar dar celeridade e transparência ao processo, mas dificulta a construção e levantamento dos quantitativos dos processos de TAC. Contudo, independentemente do problema supracitado,

considerando o quantitativo informado pelas áreas, nota-se que o instrumento está sendo pouco efetivo e com baixo atingimento do seu objetivo.

3.4.1. Proposta de normativo sobre TAC

Verifica-se a existência de incentivo adverso no âmbito da celebração de termos de ajustamento de conduta (TAC), uma vez que a possibilidade de suspensão de multas tem estimulado diversos entes regulados a buscarem a Agência para celebrar TAC tão somente para afastar a aplicação das possíveis sanções do processo sancionatório (ou protelarem-no), sem a existência de conduta a ser corrigida.

Além disso, o normativo em questão não alcançou os objetivos pretendidos, tornando-se um ônus para a Administração e sem o benefício de alcançar o interesse público.

Destarte, primeiramente, buscou-se elaborar uma proposta de revisão da Res. 199/2011, mas, diante dos dados levantados, a alternativa discutida no âmbito do GDT foi pela revogação do normativo em questão e sua incorporação na norma proposta de *enforcement* e delimitação da iniciativa de celebração.

Ademais, cabe ressaltar outros dois aspectos relevantes que reforçam a motivação de encaminhamento pela revogação da Res. 199/2011. Primeiramente, a nova proposta de marco regulatório para fiscalização da Agência reduz o espaço antes existente para adoção do TAC devido às novas providências administrativas propostas, como a solicitação de reparação de condição irregular com o plano de ações corretivas – PAC.

Em segundo, o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil nº 11 – RBAC 11, que trata de procedimentos e normas gerais para a elaboração de regras e emendas aos regulamentos emitidos pela ANAC, aborda os procedimentos para a apresentação de petições para emissão e/ou alteração de regras e/ou requisitos para isenção de uma determinada regra. As isenções de requisitos são instrumentos que têm se mostrado eficazes para o atingimento do interesse público e garantia da segurança operacional, sendo que sua aplicação na prática possui uma área de sobreposição com o instrumento de TAC.

Portanto, propõe-se a revogação da Res. 199/2011. Contudo, apesar de já prevista na Lei nº 7.347, também se propõe a inclusão da previsão do instrumento de TAC na

nova proposta de resolução que trata das providências administrativas decorrentes das atividades de fiscalização de competência da ANAC.

O texto proposto aborda somente os casos no qual exista o interesse da Agência e, por sua iniciativa, conforme sua conveniência e oportunidade, poderá propor a celebração de um TAC de ofício ao ente regulado. Destarte, o texto abaixo foi acrescido na proposta de resolução.

“Art. 80. Caso a aplicação de uma providência administrativa possa resultar em prejuízo grave e imediato à sociedade, a ANAC poderá, alternativamente, propor a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, a fim de proporcionar o retorno gradual do regulado aos padrões desejados.

Parágrafo único. Compete à Diretoria da ANAC decidir sobre a celebração de TAC, após manifestação da(s) superintendência(s) finalística(s) afeta(s) à matéria.”

4. PROPOSTA DE NORMATIVO

Propõe-se uma única resolução para tratar das providências administrativas decorrentes das atividades de fiscalização de competência da ANAC, incluindo a previsão de celebração de TAC por iniciativa da Agência, com o objetivo de facilitar o acesso e o entendimento por parte dos servidores da Agência e dos entes regulados.

Foram elaborados 3 (três) Formulários para Análise de Proposição de Atos Normativos - FAPAN, de forma a seguir a estrutura de tópicos abordados neste documento:

- FAPAN 1 – referente à definição de um arcabouço central para enquadrar todas as providências administrativas (preventivas, sancionatórias e acautelatórias, conforme explicado nas seções seguintes) que poderão ser adotadas pela ANAC em decorrência de suas atividades de fiscalização;
- FAPAN 2 – referente ao disciplinamento das providências administrativas acautelatórias; e
- FAPAN 3 – referente ao regramento do processo administrativo sancionador, destinado à aplicação das providências administrativas de caráter punitivo.

5. CONCLUSÃO

O presente documento expôs os argumentos para a criação de novas providências administrativas decorrentes das atividades de fiscalização da ANAC, denominadas preventivas, com vistas a otimizar os instrumentos de *enforcement*, incentivando um comportamento mais cooperativo entre regulador e regulado.

Apresentou, ainda, as justificativas para revisão da Res. 25/2008 e da IN 08/2008, unificando os dois normativos e disciplinando em títulos diferentes as medidas sancionatórias e acautelatórias. Objetiva-se padronizar a adoção de medidas cautelares na Agência e permitir mecanismos mais efetivos para coibir o ilícito, além de aumentar a clareza, padronização e simplicidade do PAS, privilegiando a celeridade e a transparência para o regulado.

Ademais, apresentou argumentos para a revogação da Res. 199/2011 e inclusão de dispositivo de TAC na proposta de resolução.

Por fim, a proposta busca, por meio da redefinição das providências administrativas que podem ser adotadas pela Agência em decorrência do exercício das atividades de fiscalização sob sua responsabilidade, assegurar que os entes sigam as normas e os padrões estabelecidos pela ANAC, de forma a cumprir a Missão da ANAC e atingir o interesse público.