



André Peron Pereira Curiati

**CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE
SANCIONATÓRIA DA ANEEL: o papel do Poder
Judiciário na efetividade das sanções regulatórias**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob a orientação da
Professora Juliana
Bonacorsi de Palma.**

**SÃO PAULO
2019**

Resumo: A pesquisa investiga o controle judicial da competência sancionatória da ANEEL. Mais especificamente, investiga as decisões em sede de apelação em que os Tribunais Regionais Federais controlam sanções aplicadas pela ANEEL e seus correspondentes processos administrativos sancionadores. A doutrina moderna do Direito Administrativo Sancionador vem defendendo que o cumprimento das sanções administrativas produz não apenas efeitos repressivos, mas também simbólicos e dissuasórios, de modo a criar incentivos negativos aos demais agentes à tomada de decisões ilegais. Em um primeiro momento, descrevo as principais questões encontradas nas decisões judiciais. Em um segundo momento, a partir dos dados coletados, investigo possíveis impactos gerados pela atuação judicial na efetividade das sanções aplicadas pela ANEEL. A pesquisa conclui que o Poder Judiciário tende a não afetar a regulação sancionatória, pois ele é deferente às multas aplicadas pela ANEEL, adota, quando anula as sanções, controle de mera legalidade, não ratifica, em juízo sentenciante, a liminar concedida em juízo sumário (quebrando as expectativas dos agentes setoriais) e em apenas uma oportunidade o processo administrativo foi judicializado antes do esgotamento da esfera administrativa. A situação em que ele potencialmente interfere no *enforcement* público se mostra residual.

Palavras-chave: Tribunais Regionais Federais; processo administrativo sancionador; controle judicial; sanções regulatórias; ANEEL.

Acórdãos utilizados:

TRF-1: 0020164-93.2006.4.01.3400; 0017911-98.2007.4.01.3400; 0031013-27.2006.4.01.3400; 0000241-47.2007.4.01.3400; 0031955-23.2006.4.01.3800; 0016624-13.2001.4.01.3400; 0017985-65.2001.4.01.3400; 0008850-92.2002.4.01.3400; 0008415-55.2001.4.01.3400; 0018880-26.2001.4.01.3400; 0000828-16.2000.4.01.3400; 0014684-66.2008.4.01.3400; 1998.34.00.021586-0; 0059538-43.2011.4.01.3400.

TRF-2: 0018018-17.2011.4.02.5101; 0490450-13.2004.4.02.5101.

TRF-4: 5024613-74.2015.4.04.7000; 5036139-09.2013.4.04.7000;
5045351-54.2013.4.04.7000; 5014359-42.2015.4.04.7000; 5003416-
10.2013.4.04.7202; 5009623-59.2012.4.04.7202; 2007.70.00.025622-2;
0003324-93.2008.4.04.7202; 5017718-39.2011.4.04.7000; 5048869-
18.2014.4.04.7000; 5023406-79.2011.4.04.7000; 5003011-
03.2010.4.04.7000; 5020075-55.2012.4.04.7000.

TRF-5: 0807196-63.2017.4.05.8100; 0016637-77.2012.4.05.8100;
0012924-31.2011.4.05.8100; 0805595-72.2015.4.05.8300; 0005538-
63.2010.4.05.8300.

Agradecimentos

Aqui estou eu, faltando poucos dias para depositar a monografia e vendo todo o percurso de Escola de Formação acabar. Confesso que isso me emociona. Acho que a entrega da monografia gera uma mistura de sentimentos em todos nós: de alegria, porque finalmente concluímos um árduo trabalho; e de tristeza, porque significa que o fim do ciclo está se aproximando.

A Escola de Formação, sem dúvida alguma, foi a melhor experiência acadêmica que já tive, e talvez uma das melhores de vida. Falar menos do que isso seria mentira. Algumas pessoas foram extremamente importantes para fazer essa experiência ser possível. Por isso, quero agradecê-las.

Em primeiro, agradeço aos meus pais, Miriam e Salim, e a meu irmão, Eduardo. O apoio familiar, em todas as etapas da Escola de Formação, desde o processo seletivo até a finalização da monografia, foi crucial. Sou muito grato por entenderem que o Direito é múltiplo e abrange diversas atuações.

Agradeço especialmente a minha mãe, que aguentou todos os meus momentos de "ânimos além da conta" e jamais deixou de me apoiar e ficar ao meu lado. Amo nossa relação de parceria.

Agradeço ao meu "irmãozinho" Lucas Custódio Santos. Foi o Lucas quem me motivou a fazer a Escola de Formação e me auxiliou em cada etapa do processo seletivo. É um exemplo de seriedade acadêmica e de amizade verdadeira.

Sou especialmente grato a minha orientadora, professora Juliana Bonacorsi de Palma, pela paciência, amizade e preocupação em todos os momentos de orientação. Antes de ser orientando, eu já era um enorme fã dos trabalhos da professora Juliana. Sendo assim, foi uma honra tê-la como orientadora.

Sou grato aos meus tutores, Fábio Campos e Roberto Maluf, pela empatia e toda a ajuda, principalmente no desenvolvimento do tema de pesquisa. Agradeço especialmente ao Roberto, pelo apoio nessa reta final de

monografia, por todas as ideias trocadas e, especialmente, por ter aberto portas tão importantes.

Ao professor Jacintho Arruda Câmara, agradeço por toda confiança em mim depositada. Agradeço a oportunidade de ser seu monitor e aprender tanto com essa experiência. O professor Jacintho é, sem dúvida alguma, o grande responsável pelo meu apreço pelo Direito Administrativo.

Ainda, agradeço a toda "linha de frente" da Escola de Formação. Mari, Ana e Yasser, agradeço por todos os auxílios, principalmente nos momentos de maior desespero e desânimo. Obrigado por fazerem uma experiência que já era maravilhosa se tornar ainda melhor.

Por fim, sou grato por todas as amizades que fiz neste ano. Elas são a prova de que a Escola de Formação não forma apenas lideranças, mas também grandes amizades e vínculos.

Lista de abreviaturas

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

AI – Auto de Infração

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ARPE - Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CADIN – Cadastro Informativo dos Créditos Não Quitados de Órgãos e Entidades Federais

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CF – Constituição Federal de 1988

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

CSPE – Comissão de Serviços Públicos de Energia

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

CTN – Código Tributário Nacional

ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico

PCLD – Provisão para Créditos de Liquidação Duvidosa

PND – Programa Nacional de Desestatização

SFE – Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade

SFF – Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira

SFG – Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TN – Termo de Notificação

TRF – Tribunal Regional Federal

“Peçam, e lhes será dado! Procurem, e encontrarão! Batam, e abrirão a porta para vocês! Pois todo aquele que pede, recebe; quem procura, acha; e a quem bate, a porta será aberta. Quem de vocês dá ao filho uma pedra, quando ele pede um pão? Ou lhe dá uma cobra, quando ele pede um peixe? Se vocês, que são maus, sabem dar coisas boas a seus filhos, quanto mais o Pai de vocês que está no céu dará coisas boas aos que lhe pedirem” (Mt 7:7-11)

“Me parece, sin embargo, que tal como están las cosas hay que aprender a perder el miedo a la realidad, saber mirarla a los ojos y tener el valor de decir lo que se ha visto” (Alejandro Nieto)

Sumário

Introdução	8
Capítulo 1 – Metodologia	10
1. Tema, objetivos, perguntas e hipóteses de pesquisa.....	10
2. Método de pesquisa	12
Capítulo 2 – Processo administrativo sancionador no âmbito da ANEEL	19
Capítulo 3 – Judicialização	26
1. Perfil dos processos administrativos judicializados.....	26
2. Judicialização das sanções aplicadas pela ANEEL.....	30
2.1. Litigantes.....	30
2.2. Concessão de liminar pelo juízo de primeiro grau.....	32
2.3. Duração da judicialização.....	36
2.4. Critérios de análise aplicados pelo Tribunal	38
2.5. Revisão das multas aplicadas pela ANEEL.....	60
Conclusão – A atuação do Judiciário e a efetividade das sanções aplicadas pela ANEEL	66
Referências Bibliográficas	73
Apêndice	75

Introdução¹

O Estado Brasileiro, no final do século XX, passou por um processo de desestatização e privatização formalizado no Programa Nacional de Desestatização – PND.²

Nesse cenário, o Brasil buscou introduzir um modelo de *Estado Regulador*, no qual protagonizam entes estatais com autonomia e independência para regular setores antes monopolizados: as Agências Reguladoras.³

O Congresso Nacional editou uma série de diplomas legais instituidores de Agências Reguladoras, sendo a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL a primeira delas.

A ANEEL, assim como as demais Agências Reguladoras, possui diversas funções, destacando-se as atividades normativa, julgadora e sancionatória.⁴ O presente trabalho se volta ao estudo da *competência sancionatória* da ANEEL, mais especificamente, de seu *controle judicial*.

Assim, a pesquisa tem por objeto a investigação do *controle judicial da atividade sancionatória da ANEEL*, com ênfase sobre as *sanções aplicadas pela Agência*⁵. A partir dos resultados encontrados, será possível apontar possíveis impactos que a atuação judicial gera na efetividade das sanções aplicadas pela ANEEL.

Desse modo, o primeiro capítulo explica a metodologia utilizada na pesquisa, o que inclui explicação mais detida do tema de pesquisa, objetivos, perguntas de pesquisa, hipóteses e método empregado para obter as decisões judiciais.

¹ Agradeço imensamente ao professor Estevam Palazzi Sartal por todas as considerações feitas na banca examinadora, em 28.11.2019.

² O PND foi criado pela Lei nº 8.031/1990 e alterado pela Lei nº 9.491/1997.

³ Ressalto que o modelo de Estado Regulador, marcado pelas Agências Reguladoras, não é uma simples alternativa ao processo de privatização, pois mesmo antes das Agências surgirem alguns setores já eram privados, a exemplo do setor de saúde suplementar, hoje regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

⁵ Ressalto que apenas as sanções foram consideradas porque não foi encontrado um número suficiente de decisões judiciais que discutiam outras questões concernentes ao processo administrativo, como a fiscalização.

O segundo capítulo descreve o regime legal da competência sancionatória da ANEEL, desde as previsões legais até os atos infralegais editadas pela Agência.

O terceiro capítulo avalia o perfil dos processos administrativos judicializados e descreve as decisões judiciais levantadas.

Por fim, a partir dos dados descritos no capítulo antecedente, conclui a pesquisa analisando impactos que a atuação judicial pode gerar na efetividade das sanções aplicadas pela ANEEL.

Capítulo 1 – Metodologia

1. Tema, objetivos, perguntas e hipóteses de pesquisa

Preliminarmente, eu pretendia pesquisar o controle judicial sobre *todos* os atos regulatórios da ANEEL⁶. A ideia era, a partir do mapeamento dos acórdãos, avaliar em que medida os Tribunais são deferentes às atuações da Agência.⁷

Essa proposta, porém, teve de ser alterada, por conta de dois principais motivos: (i) o curto prazo disponível para a pesquisa, que inviabilizou qualquer possibilidade de análise macro do controle judicial sobre a ANEEL, visto que os atos da Agência, assim como notei, são bastante judicializados; e (ii) ainda que fosse possível adequar o tempo disponível com a proposta de pesquisa, o resultado seria apenas uma pesquisa quantitativa, o que não era minha pretensão inicial.

Por essas razões, decidi recortar a proposta primária, a fim de instituir nova proposta que fosse adequada ao período disponível de pesquisa e, ao mesmo tempo, possuísse amplo campo de análise. A pesquisa voltou-se, assim, ao *controle judicial da competência sancionatória da ANEEL*, mais especificamente, *das sanções aplicadas pela Agência*.

Esse recorte é justificável por duas razões, uma de ordem pessoal e outra de ordem pragmática.

Em primeiro, o recorte delimitado está inserido em três dos temas que mais me interessam no Direito Administrativo: sanções administrativas, setores regulados e controle da Administração.

Em segundo, desde o final de 2012 o controle judicial das decisões administrativas da ANEEL tem se intensificado, período em que o setor elétrico começou a vivenciar uma série de alterações legais e regulamentares,

⁶ Escolhi estudar a ANEEL, além de preferências pessoais, por se tratar da primeira Agência Reguladora criada no contexto do Estado Regulador. Assim sendo, as considerações sobre a ANEEL, de certo modo, podem trazer suposições sobre o tratamento dado às demais entidades reguladoras, visto ser a Agência mais “madura” em comparação com as demais.

⁷ Ou seja, avaliar se os Tribunais revisavam ou não os atos administrativos editados pela ANEEL.

de modo que um dos principais temas que tem chegado ao Judiciário é justamente a competência da ANEEL para aplicar sanções, mais especificamente acerca de excludentes de responsabilidade envolvendo atraso de obras de geração e transmissão de energia.⁸

A pesquisa possui, em um primeiro momento, o objetivo de descrever a jurisprudência sobre controle das sanções aplicadas pela ANEEL. Por essa razão, a pergunta de pesquisa que pretendo responder é a seguinte: *como o Poder Judiciário controla as sanções aplicadas pela ANEEL?*

Para tanto, faz-se necessário responder perguntas mais específicas de pesquisa:

- (i) Quais são as espécies de sanções judicializadas?
- (ii) Em que momento do processo administrativo ocorre a judicialização?
- (iii) Quem são os litigantes?
- (iv) O juízo de primeiro grau concede liminar para suspender a sanção aplicada pela ANEEL?
- (v) O juízo sentenciante ratifica a liminar concedida pelo juízo sumário?
- (vi) Considerando a distribuição processual como termo inicial e o julgamento da apelação como termo final, qual foi a duração dos processos?
- (vii) Quais são os critérios utilizados pelo Tribunal para controlar a sanção aplicada pela ANEEL?
- (viii) O Tribunal revisa a sanção aplicada pela ANEEL?
- (ix) O Tribunal reforma a decisão do juízo de primeiro grau?
- (x) Quais são os critérios utilizados pelo Tribunal especificamente para anular a sanção aplicada pela ANEEL?

A partir desse objetivo e das perguntas de pesquisa, a minha hipótese é a seguinte: *o Poder Judiciário revisa as sanções aplicadas pela ANEEL*

⁸ CORREIA, Tiago de Barros; CORREIA, Bruna de Barros. Agenda Regulatória para redução da judicialização no Setor Elétrico, *Canal Energia*, 08 out. 2018. Disponível em: <<https://www.canalenergia.com.br/artigos/53077393/agenda-regulatoria-para-reducao-da-judicializacao-no-setor-eletrico>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

(anulando-as ou modificando-as) e, para tanto, avalia a dosimetria da sanção, por meio do postulado da proporcionalidade.

Em um segundo momento, pretendo, a partir da etapa descritiva (ou seja, após respondidas todas as perguntas de pesquisa), realizar análise crítica acerca dos dados levantados, com ênfase nos possíveis impactos que a atuação judicial gera na efetividade das sanções aplicadas pela ANEEL.

A doutrina mais moderna do Direito Administrativo Sancionador vem sustentando que o cumprimento das sanções administrativas produz não apenas efeitos repressivos, mas também simbólicos e dissuasórios, de modo a criar incentivos negativos aos demais agentes à tomada de decisões ilegais.⁹

Isso significa que, quando o Poder Judiciário intervém em uma sanção aplicada pela ANEEL (revisando-a, criando ambiente de incerteza sobre o seu cumprimento etc.), é possível sustentar que ele gera impactos negativos na efetividade das sanções, ou seja, ele inibe o efeito simbólico e dissuasório que o cumprimento de uma sanção produz.

Toda essa discussão será retomada na conclusão da pesquisa.

2. Método de pesquisa

Inicialmente, eu pretendia pesquisar apenas decisões do TRF-1, excluindo, portanto, (i) a análise dos Tribunais de Justiça Estaduais, visto que, segundo o art. 109, I, CF, as causas em que entidade autárquica é parte, como é o caso da ANEEL, são de competência da justiça federal; e (ii) os demais TRFs, pois, estando localizada em Brasília, eu imaginava que a única justiça federal que poderia exercer jurisdição sobre a ANEEL seria a do Distrito Federal, e o Tribunal, o TRF-1.

⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel, *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, n. 8, p. 7-38, jan./jun. 2010.

Todavia, surgiu a dificuldade de encontrar algum fundamento constitucional, legal ou infralegal, como nos regimentos internos dos TRFs, que respaldasse a percepção (ii).¹⁰

Mas pelo contrário: descobri decisão do STF, de 2014¹¹, que firmou tese no sentido de que demandas contra autarquias federais poderiam ser propostas tanto na sede do proponente como no Distrito Federal.

Percebi, assim, que, para que fosse possível uma análise global do controle judicial das sanções aplicadas pela ANEEL, fazia-se necessária a análise de todos os TRFs, juntamente com o STF e STJ.

Como será demonstrado mais adiante, porém, não foi encontrada nenhuma decisão relevante nos Tribunais Superiores (STF e STJ).

Antes de determinar os termos de busca, decidi verificar o modo como os resultados da aba “pesquisa livre” na janela “jurisprudência” dos *sites* dos TRFs são gerados: se os termos alcançam apenas a ementa do acórdão ou também o seu inteiro teor.¹²

No caso dos TRFs 2 e 4, o próprio *site* dos Tribunais possibilita que o pesquisador escolha o parâmetro de pesquisa desejado, isto é, ementa ou inteiro teor dos acórdãos. O mesmo, contudo, não ocorre com os demais Tribunais, razão pela qual contatei os setores de jurisprudência de cada um deles a fim de sanar a dúvida.¹³

Os setores competentes do TRF-1 (núcleo de jurisprudência) e TRF-5 (seção de jurisprudência) me informaram que a pesquisa possui por parâmetro apenas a ementa dos acórdãos.

De modo diverso, o setor competente do TRF-3 (setor de apoio a jurisprudência) me informou que a pesquisa de termos pode alcançar tanto a ementa como o inteiro teor, a depender do processo: físicos (ementa) ou

¹⁰ Mesmo a Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal sendo a eleita para resolver litígios entre contratada e contratante nos contratos firmados pela ANEEL, percebe-se que em muitas situações o agente do setor elétrico propõe suas demandas em foro diverso, como será demonstrado mais adiante.

¹¹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 627.709/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/08/2014.

¹² Não foi necessário fazer o mesmo com o STF e STJ, pois, como será esclarecido mais adiante, a preocupação é manter a pesquisa isonômica entre todos os Tribunais de igual estatura. Como o STF e STJ são Tribunais Superiores, não havia razão para investigar o parâmetro de busca de seus *sites*.

¹³ Os contatos foram realizados em 10.07.2019.

eletrônicos (inteiro teor). A servidora que realizou o atendimento me informou, porém, que seria possível fazer a pesquisa apenas tendo como parâmetro a ementa, bastando pesquisar do seguinte modo: (termos de busca).ementa.

Diante desse cenário, em que (i) as buscas jurisprudenciais nos TRFs 1 e 5 apenas alcançam as ementas dos acórdãos; (ii) as buscas jurisprudenciais nos TRFs 2 e 4 podem alcançar tanto a ementa quanto o inteiro teor dos acórdãos, a depender da escolha do pesquisador; e (iii) existe meio para pesquisar os termos buscados apenas pela ementa, no caso do TRF-3; decidi realizar a busca dos termos utilizando como parâmetro apenas as ementas dos acórdãos.

Essa escolha foi feita para que a pesquisa seja isonômica, pois utilizar a ferramenta de pesquisa tendo como parâmetro o inteiro teor em um Tribunal e tendo como parâmetro a ementa em outro Tribunal pode fazer parecer que existem mais decisões – ou menos decisões – do que, de fato, existem.

Partindo para a escolha dos termos, a pretensão inicial era realizar as buscas utilizando o símbolo “\$”, com o objetivo de que fossem localizadas a palavra digitada e suas variações (por exemplo: a construção “pena\$” localizaria as palavras “pena”, “penalidade”, “penalização” etc.).

Todavia, esse mecanismo, talvez por falha no sistema de busca, parece não funcionar no *site* do TRF-2. Um rápido teste demonstra isso: os termos ANEEL e penalidade resultam em nove resultados; já os termos ANEEL e pena\$ resultam em 6 resultados (pesquisas realizadas em 10.09.2019). E isso não é muito lógico, visto que a segunda busca deveria resultar em, no mínimo, igual resultado que a primeira, pois ela, em tese, localiza a palavra digitada e suas variações.

Tendo em vista essa falha no sistema do TRF-2, e a fim de continuar com buscas isonômicas em todos os *sites* dos TRF’s, decidi escolher os termos de busca sem a utilização do símbolo “\$”.

Os termos escolhidos foram os seguintes: ANEEL e multa, ANEEL e sanção, ANEEL e sanções, ANEEL e sancionamento, ANEEL e sancionar, ANEEL e punição, ANEEL e punitivo, ANEEL e punir, ANEEL e penalidade,

ANEEL e penalizar, ANEEL e infração, ANEEL e infrações e ANEEL e despacho.¹⁴

A escolha desses termos é natural, pois estão intimamente ligados à atividade sancionatória da ANEEL.

O último foi escolhido por motivos mais terminológicos do que materiais: “despacho” é o ato regulatório por meio do qual a ANEEL decide recursos administrativos discordantes das sanções sofridas pelos agentes do setor elétrico. Desse modo, sendo possível que um despacho que indeferiu um recurso administrativo interposto para anular um auto de infração – AI seja judicializado, esse termo foi incluído nas buscas.

Ressalto, ainda, que o artigo “e” foi utilizado a fim de que ambas as palavras pudessem ser localizadas no documento.

Após as buscas, obtive o seguinte número de acórdãos¹⁵:

Tabela 1. Decisões coletadas nas buscas nos sites do STF, STJ e TRFs 1 a 5.

Tribunal	Número total de acórdãos resultantes das buscas¹⁶	Número de acórdãos úteis para a pesquisa
TRF-1	126	14
TRF-2	51	2
TRF-3	76	0
TRF-4	69	12
TRF-5	48	5
STJ	44	0
STF	13	0
Resultado total	427	33

Fonte: Elaboração própria.

Ressalto que, dentre as 33 decisões relevantes para a pesquisa, duas delas foram obtidas enquanto citações em outras decisões. Num caso, o juiz citou a decisão como precedente, a fim de corroborar o seu entendimento

¹⁴ No caso do TRF-3, a pesquisa foi: (ANEEL e multa).ementa. (o mesmo foi feito com os demais termos de busca).

¹⁵ As pesquisas foram realizadas entre os dias 28.09.2019 e 02.10.2019.

¹⁶ Os números consideram a soma do número de resultados de cada um dos termos pesquisados. Por essa razão, é possível que um mesmo caso tenha sido levado em consideração mais de uma vez.

(apelação nº 1998.34.00.021586-0/TRF-1¹⁷); noutro, ele apenas faz referência ao acórdão (apelação nº 5020075.55.2012.404.7000/TRF-4¹⁸).

Todos os 33 casos encontrados versam, necessariamente, sobre um *pleito cuja finalidade é a revisão judicial de uma sanção aplicada pela ANEEL*, por Agência Reguladora estadual de energia ou outro ente fiscalizador competente (nesses dois últimos casos, com recursos administrativos direcionados à ANEEL).

Ainda, todos os 33 casos são *acórdãos em apelação*, visto que interessa para a pesquisa investigar a atuação dos Tribunais em relação à competência sancionatória da ANEEL, e não a posição de um ou outro magistrado diante dessas situações (excluí, portanto, as decisões monocráticas).

Os demais acórdãos foram excluídos por alguma das seguintes razões:

(i) *matérias que fugiam do escopo de pesquisa*: número considerável dos casos encontrados versavam sobre questão que nada se conecta com as sanções aplicadas pela ANEEL. O TRF-3 foi o protagonista nesse sentido, possuindo diversas decisões acerca da constitucionalidade e legalidade do art. 218, Resolução Normativa nº 414/2010;

(ii) *sanções não aplicadas pela ANEEL*: em algumas oportunidades, ainda que a questão ventilada nos autos fosse especificamente uma sanção administrativa, ela não era de responsabilidade da ANEEL, mas de outro órgão ou ente administrativo, tal como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE;

(iii) *questões puramente processuais*: número reduzido de casos versavam somente sobre questões formais, tal como conflito de competência, legitimidade processual e honorários advocatícios, ou não julgavam o mérito

¹⁷ O caso foi citado em sentença que julgou ação que pleiteou a anulação de multa aplicada pela ANEEL. O acesso à sentença foi feito do seguinte modo: um dos casos encontrados nas buscas foi a apelação nº 0022252-31.2011.4.01.3400, interposta perante o TRF-1 com a finalidade de reformar sentença que extinguiu sem julgamento de mérito medida cautelar inominada interposta por distribuidora de energia. A sentença correspondente àquela apelação faz referência à ação principal. Esta, por sua vez, cita a apelação nº 1998.34.00.021586-0/TRF-1, utilizada na presente pesquisa.

¹⁸ O caso foi citado na apelação nº 5024613-74.2015.4.04.7000/TRF-4.

do pedido, situações de julgamento sem resolução de mérito e perda do objeto da demanda;

(iv) *agravos de instrumento*: essa exclusão ocorreu em razão do baixo número de decisões desse jaez, além de que algumas das perguntas de pesquisa pretendidas não poderiam ser respondidas de modo satisfatório com a análise de agravos de instrumento, especialmente de modo conjunto com as apelações;

(v) *embargos de declaração*: trata-se de recurso para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão ou corrigir erro da decisão embargada, e não propriamente para discutir o mérito, o que, por si só, já justifica sua exclusão;

(vi) *embargos à execução*: os embargos à execução foram desconsiderados pois o objeto da pesquisa é avaliar questionamentos, por parte dos agentes do setor, às sanções aplicadas pela ANEEL, e não os casos em que o agente setorial deixa de pagar a multa que lhe fora aplicada, culminando em pleito de execução fiscal ajuizado pela Agência.¹⁹

Especificamente sobre os Tribunais Superiores, não foi encontrada nenhuma decisão relevante para a pesquisa no STF e no STJ. A maioria dos recursos excepcionais resultantes das buscas não tiveram o seu mérito julgado, tendo o ministro responsável aplicado as Súmulas 279/STF, 282/STF, 356/STF, 454/STF, 284/STF, 5/STJ, 7/STJ, 211/STJ e 182/STJ.

Desse modo, ainda que o recurso questionasse sanção aplicada pela ANEEL, o Tribunal não o conhecia, sob o argumento de que pressuporia reanálise de fatos e provas, carecia de prequestionamento da matéria ou exigia análise de legislação infraconstitucional (no caso do STF).²⁰

Por fim, os dados necessários para responder às perguntas de pesquisa foram coletados não apenas dos 33 acórdãos levantados, mas também das

¹⁹ Os embargos à execução encontrados correspondem às apelações nº 0001657-82.2012.4.02.5102/TRF-2, 0522677-85.2006.4.02.5101/TRF-2 e 0800194-40.2016.4.05.8403/TRF-5.

²⁰ Os recursos cujos objetos eram pertinentes para a pesquisa, mas não foram conhecidos são os seguintes: AgRg no RE nº 413955, AgRg no AREsp nº 588898 e AgRg no Ag nº 990707.

decisões dos juízos de primeiro grau, quando disponíveis, assim como dos processos administrativos judicializados.²¹

Os juízos de primeiro grau foram avaliados para coletar o teor da decisão em sede de liminar, ou seja, se o juiz deferiu ou não a tutela provisória e as razões lançadas para tanto e o teor da sentença, a fim de avaliar se o juízo sentenciante ratificou a liminar concedida pelo juízo sumário. Já os processos administrativos foram avaliados a fim de obter o valor da multa descrito no AI e, quando presente, o valor final após decisão definitiva da Diretoria da ANEEL.

Em ambos os casos, porém, decisões do juízo de primeiro grau e processo administrativo apenas foram utilizados quando as informações pretendidas não se encontravam no próprio acórdão do Tribunal.

²¹ O inteiro teor dos processos administrativos foi acessado por meio de consulta processual no *site* da ANEEL. Nas hipóteses em que eles não estavam disponíveis, por serem muito antigos, por exemplo, houve pedido de cópia via Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão.

Capítulo 2 – Processo administrativo sancionador no âmbito da ANEEL

Como característico das leis que instituem Agências Reguladoras, a Lei nº 9.427/1996 prevê as competências da ANEEL calcadas em *standards*, ou seja, palavras dotadas de baixa densidade normativa, às vezes meramente habilitadoras, devendo a ANEEL exercer essas competências na busca das finalidades regulatórias.²²

No caso da competência sancionatória, o que interessa no momento, o diploma legal atribui à ANEEL a regulação do serviço concedido, permitido e autorizado e a fiscalização permanente de sua prestação (art. 3º, XIX), sendo possível afirmar que, se compete à Agência fiscalizar os agentes do setor, é natural que também lhe seja permitida a imposição de sanções.

Especificamente quanto a esse ponto, a Lei se restringe a estabelecer a possibilidade de aplicação de sanção do tipo multa por parte da ANEEL, fixando “teto” de 2% do faturamento ou do valor estimado de energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, relativo, em regra, aos últimos doze meses anteriores à lavratura do AI (art. 3º, X).

As demais espécies de sanções aparecem nas Leis nº 8.987/1995 e 8.666/1993²³, ambas aplicáveis de modo subsidiário à Lei nº 9.427/1996.²⁴

Ainda, o governo federal, visando regulamentar a Lei nº 9.427/1996, e atendo-se àquilo disposto nas Leis nº 8.987/1995 e 8.666/1993, editou, em 06.10.1997, o Decreto nº 2.335, que prevê em seu art. 4º, XIV, do Anexo I, ser de competência da ANEEL fiscalizar a prestação dos serviços e

²² ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

²³ São elas: advertência (art. 87, I, Lei nº 8.666/1993), suspensão temporária de licitar e contratar (art. 87, III, Lei nº 8.666/1993), intervenção administrativa (artigos 32 a 34, Lei nº 8.987/1995) e caducidade da permissão ou concessão (art. 35, III c/c art. 40, p. único, Lei nº 8.987/1995). Apenas a revogação de autorização carece de previsão legal. Todavia, é lógico supor que se à ANEEL é permitido autorizar agente regulado a realizar determinado serviço, também lhe é facultado revogar essa autorização, desde que descumpridas algumas das exigências previstas nos atos autorizativos.

²⁴ Art. 1º, Lei nº 8.987/1995: “As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos”; e art. 124, Lei nº 8.666/1993: “Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto”.

instalações de energia elétrica e *aplicar as penalidades regulamentares e contratuais*.

O mesmo Decreto, agora no art. 17, do Anexo I, estabelece de modo consolidado as sanções que podem ser aplicadas pela fiscalização: advertência, multa, suspensão temporária de licitar e contratar, intervenção administrativa, revogação da autorização e caducidade da permissão ou concessão.

Em âmbito institucional, a ANEEL, visando cumprir o seu dever regulamentar previsto nos diplomas supramencionados, apenas editou a Resolução nº 318 – primeiro regulamento sobre penalidades do setor elétrico – em outubro de 1998. Antes disso, a Agência estabelecia nos próprios contratos de concessão cláusulas mais detalhadas sobre a matéria.

O primeiro contrato de geração de energia firmado pela ANEEL (Contrato de Concessão nº 161, de 19.05.1998²⁵), com o Consórcio UHE Guilman-Amorim, demonstra bem esse cenário. A Cláusula Sétima esclarece quais são as condutas do contratado passíveis de infração. A primeira e a terceira Subcláusulas dizem sobre as sanções aplicáveis nas situações de cometimento de infrações: multa e caducidade da concessão, esta última nos casos de reincidência.

Após a edição da Resolução²⁶ nº 318/1998, contudo, tornou-se comum contratos de concessão preverem cláusulas mais modestas sobre o assunto, a exemplo do Contrato de Concessão nº 201, de 16.10.1998²⁷, firmado com a Companhia Paraibuna de Metais, cuja Cláusula Oitava nada diz sobre as condutas do contratado que podem configurar infração, mas apenas faz remissão à normativa da ANEEL.

²⁵ Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/documents/10184//15031487//Contrato+161-1998.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

²⁶ As resoluções da ANEEL apenas foram classificadas em normativa, autorizativa e homologatória com a edição da Resolução nº 01/2004, com a finalidade de facilitar o acesso à informação por parte da sociedade, em geral, e pelos agentes regulados, em específico. Antes de 2004, portanto, todas as resoluções que hoje são normativas (REN) eram catalogadas apenas como “resoluções” (RES), a exemplo da Resolução nº 318/1998.

²⁷ Trata-se do primeiro contrato de geração de energia firmado sob a vigência da Resolução nº 318/1998.

A Resolução nº 318/1998, todavia, logo foi revogada e substituída pela Resolução Normativa nº 63/2004, que permanece em vigor até os dias atuais.²⁸

A Resolução Normativa nº 63/2004 repete, em seu art. 2º, as sanções possíveis previstas no Decreto nº 2.335/1997 e acrescenta mais duas ao rol: o embargo de obras e a interdição de instalações.²⁹

Em seus artigos 3º a 13 constam as condutas que configuram infração e as sanções correspondentes. O art. 14 trata especificamente das multas e esclarece os critérios para sua fixação. Por sua vez, o art. 15 atribui ao regulador, no momento da aplicação da multa, ampla discricionariedade, visto ser de sua responsabilidade avaliar a abrangência e a gravidade da infração, os danos causados para o serviço e usuários e a vantagem auferida pelo infrator, conceitos vagos e genéricos.

Os artigos 18 a 35 tratam dos procedimentos. É possível afirmar que a Resolução Normativa nº 63/2004 os divide em *processo administrativo fiscalizador* e *processo administrativo sancionador*.

O *processo administrativo fiscalizador*, nos casos que ensejarem penalidades de advertência, multa, embargo de obras e interdição de instalações, é instaurado pela Superintendência responsável³⁰⁻³¹, que

²⁸ Não por muito tempo, porém: recentemente, a ANEEL editou a Resolução Normativa nº 846/2019, que revoga a Resolução Normativa nº 63/2004. A nova resolução, todavia, apenas entrará em vigor por completo em 18.01.2020, conforme dispõe seu art. 49, II, razão pela qual as considerações sobre os processos administrativos fiscalizador e sancionador da ANEEL, adiante realizadas, serão feitas com base na Resolução Normativa nº 63/2004.

²⁹ Assim como a revogação de autorização, o embargo de obras e a interdição de instalações não possuem previsão legal expressa. Contudo, inexistente qualquer óbice para sua aplicação pela ANEEL. A uma porque entendo que tais mecanismos foram erroneamente enquadrados como "sanções", sendo mais adequado classificá-los como atos acautelatórios disponíveis pela ANEEL a fim de evitar prejuízos à integridade física e patrimonial de terceiros. A duas porque mesmo inexistindo previsão legal expressa, é possível retirar a validade da decretação de embargo de obras e interdição de instalações da previsão genérica contida no art. 3º, XIX, Lei nº 9.427/1996.

³⁰ As Superintendências da ANEEL são divididas conforme o segmento (geração, transmissão e distribuição) e conforme a matéria (técnica e econômica). Assim, a Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração – SFG é responsável pela fiscalização técnica dos serviços de geração; a Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade – SFE é responsável pela fiscalização técnica dos serviços de transmissão e distribuição; e a Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira – SFF é responsável pela fiscalização econômica dos três segmentos. Ver abas "Regulação Técnica" e "Regulação Econômica" de cada segmento no site da ANEEL: <<https://www.aneel.gov.br/>>

³¹ Também é possível que o processo administrativo fiscalizador seja instaurado por autoridade conveniada com a ANEEL, como Agências Reguladoras estaduais (art. 37, Resolução Normativa nº 63/2004).

realizará ação fiscalizadora e a descreverá em Relatório de Fiscalização, por meio do qual se fará Termo de Notificação – TN, que será enviado ao fiscalizado.

O TN conterà, dentre outros elementos, a descrição dos fatos levantados e, se houver, a indicação das não conformidades (isto é, descumprimento, pelo fiscalizado, de lei, regulamento ou contrato), assim como as determinações de condutas a serem empreendidas pelo notificado.

Uma vez recebido o TN, o notificado terá 15 dias para se manifestar, podendo o prazo ser excepcionalmente prorrogado mediante justificativa.

De posse do TN e da manifestação do notificado, a Superintendência responsável poderá (i) arquivar o TN, quando entender que não se comprovou a não conformidade ou acatar as alegações do notificado; ou (ii) lavrar AI, nos casos de (a) comprovação de não conformidade, (b) ausência de manifestação tempestiva do notificado, (c) insatisfação nas alegações apresentadas pelo notificado e (d) não atendimento das determinações da ANEEL, situações em que restará instaurado o *processo administrativo sancionador*.

O AI conterà, dentre outros elementos, a descrição dos fatos constitutivos da infração e a indicação dos dispositivos legais ou regulamentares ou cláusula contratual violados.

Recebido o AI, o autuado terá 10 dias para pagar a multa (quando for essa a penalidade) ou apresentar recurso (que, salvo nos casos de embargo de obras e interdição de instalações, terá efeito suspensivo).

Caso escolha a segunda opção, ele dirigirá seu inconformismo à Superintendência que lavrou o AI, a qual realizará, ou não, juízo de reconsideração; caso não o faça, a Superintendência encaminhará o recurso à Diretoria da ANEEL, que poderá confirmar, modificar, anular ou revogar a decisão recorrida.

No caso de penalidade de multa, o seu não recolhimento no prazo de 10 dias, quando não interposto recurso, ou não pagamento no prazo estabelecido em decisão desfavorável da Diretoria implicará inscrição do autuado no Cadastro Informativo dos Créditos Não Quitados de Órgãos e

Entidades Federais – CADIN, inscrição do valor devido na Dívida Ativa e pleito judicial de execução fiscal (Lei nº 6.830/1980).

No que diz respeito às demais penalidades, o procedimento é similar, mas quem autoriza a emissão de Termo de Intimação (documento análogo ao TN³²) e aplica a penalidade é a Diretoria, à exceção dos casos de caducidade de permissão e concessão, que são aplicadas pelo Ministério de Minas e Energia – MME.

O Processo Administrativo nº 48500.005925/2016-16 pode ser útil para ilustrar todo esse procedimento.

Em 12.09.2016, a Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade – SFE enviou o Ofício nº 346/2016-SFE/ANEEL para a concessionária de transmissão CHESF, informando-a que seriam fiscalizadas as subestações e a linha de transmissão a ela outorgadas por meio dos Contratos de Concessão nº 10/2011 e nº 18/2012.

Em 15.05.2018, a SFE enviou o TN nº 1.003/2018-SFE, instruído com o Relatório de Fiscalização nº 1.005/2018-SFE, para a CHESF. No documento, a SFE informa que, no período fiscalizado, foi identificada uma não conformidade de atraso na entrada em operação comercial de uma das subestações e da linha de transmissão, em violação à cláusula de um dos contratos de concessão.

Aberto prazo e apresentada a manifestação da CHESF, a SFE concluiu por sua improcedência, mantendo a não conformidade apontada no TN. Por esse motivo, em 05.12.2018, a SFE lavrou o AI nº 1.010/2018-SFE, por meio do qual aplicou à CHESF multa no valor de R\$ 320.525,76.

Inconformada com a sanção aplicada, a CHESF interpôs recurso administrativo perante a SFE, a qual, em juízo de reconsideração, manteve a multa aplicada. A SFE, assim, encaminhou o recurso à Diretoria, a qual, por meio do Despacho nº 2.050/2019, manteve a decisão da SFE.

³² O que diferencia o Termo de Intimação do TN, além das diferentes penalidades, é que aquele apenas pode ser enviado ao fiscalizado com anuência da Diretoria da ANEEL (art. 27, Resolução Normativa nº 63/2004), enquanto o TN é enviado de ofício pela autoridade lavradora.

Exaurida a esfera administrativa, a CHESF recolheu, tempestivamente, a multa que lhe fora aplicada, conforme demonstra o Memorando nº 270/2019-SAF.

A lógica presente no exemplo ilustrativo, de que os agentes regulados cumprem as sanções que lhes são impostas, contudo, está distante do que ocorre na realidade.

Especificamente sobre a sanção do tipo multa, vê-se cenário extremamente preocupante, em que a quantidade de multas recolhidas e os respectivos montantes financeiros se apresentam muito abaixo do esperado.

A tabela 2 abaixo demonstra esse cenário:

Tabela 2. Multas aplicadas (físico e financeiro) x Multas arrecadadas (físico e financeiro).³³⁻³⁴

Exercício financeiro	Multas aplicadas (físico)	Multas arrecadadas (físico)	Percentual (físico)	Multas aplicadas (financeiro)	Multas arrecadadas (financeiro)	Percentual (financeiro)
2018	165	116	70,3%	202.845.498,94	89.929.393,58	44,3%
2017	260	210	80,7%	304.235.094,51	124.895.116,81	41%
2016	272	186	68,3%	299.575.634,30	92.153.980,03	30,7%
2015	271	165	60,8%	382.946.244,51	35.611.389,30	9,2%
2014	252	61	24,2%	198.294.832,82	12.349.355,00	6,2%
Total	1.220	738	60,4%	1.387.897.305,08	354.939.234,72	25,5%

Fonte: Elaboração própria a partir do Relatório de Gestão de 2018 da ANEEL.³⁵⁻³⁶

De um total de 1.220 multas aplicadas, apenas 60,4% foram arrecadadas no período de 2014 a 2018. O quadro é ainda pior em relação ao montante financeiro, que alcança apenas 25,5%.

³³ O aspecto *físico* corresponde ao número de AIs, cujas sanções são do tipo multa, lavrados no período indicado. Já o *financeiro* diz sobre o valor da multa, em reais, constante naqueles AIs.

³⁴ As multas arrecadadas (físico e financeiro) indicadas no gráfico podem corresponder a multas aplicadas em outros exercícios, ou seja, é possível que uma multa recolhida em 2017 tenha sido aplicada em 2016.

³⁵ ANEEL. Relatório de Gestão do Exercício de 2018, 2018. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/documents/653889/14859944/Presta%C3%A7%C3%A3o+de+Contas+2018/ec2e531b-ec75-f608-db20-74cfbe4eb218>> Acesso em: 23 nov. 2019.

³⁶ Para a elaboração do gráfico, foi considerado apenas o valor principal do montante financeiro, sem acréscimos de correção monetária, juros ou multa de mora.

Mas por qual razão os agentes regulados não recolhem as multas que lhes são aplicadas? Pode-se responsabilizar o Poder Judiciário de alguma forma por esse quadro? É o que passo a investigar.

Capítulo 3 – Judicialização

1. Perfil dos processos administrativos judicializados

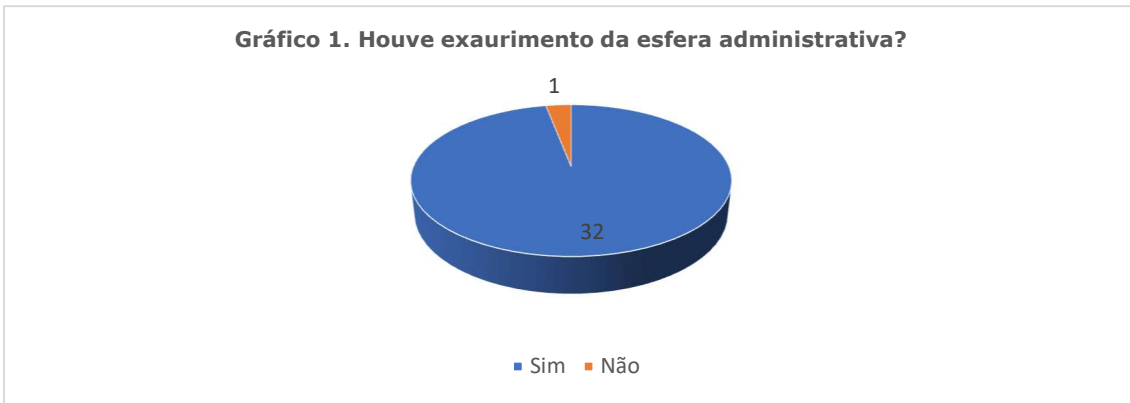
Antes de adentrar na atuação do Judiciário propriamente dita, faz-se relevante avaliar o perfil dos processos administrativos que foram judicializados. Essa análise prévia possui especial importância para fornecer à avaliação do controle judicial propriamente dita subsídios para sua melhor compreensão.

Primeiramente, é relevante consignar que em *todos* os casos examinados a sanção questionada judicialmente é do tipo multa.

Uma possível explicação para esse quadro é o fato de que a multa possui um número muito maior de fatos geradores previstos na Resolução Normativa nº 63/2004 em comparação com as demais sanções. Desse modo, é natural que mais multas sejam aplicadas pela ANEEL e, conseqüentemente, judicializadas.

Uma segunda questão relevante é analisar se houve ou não exaurimento da esfera administrativa antes da judicialização, é dizer, se o agente regulado esperou uma decisão definitiva da Diretoria da ANEEL³⁷ para acionar o Poder Judiciário. O gráfico 1 abaixo fornece a resposta:

³⁷ Quando vigorava a Resolução nº 318/1998, o atuado tinha direito a dois “recursos”. O primeiro seria dirigido ao Diretor indicado no AI e, em caso de decisão desfavorável, o atuado poderia recorrer novamente ao Diretor-geral da ANEEL. Por esse motivo, em relação aos AIs lavrados sob a vigência da Resolução nº 318/1998, considereirei como “decisão final” aquela proferida pelo Diretor-geral.



Fonte: Elaboração própria a partir dos processos administrativos judicializados (amostra de 33 casos).

É interessante notar que, dentre os 33 casos levantados, em apenas um deles a judicialização ocorreu sem prévia decisão³⁸ definitiva da Diretoria da ANEEL.

Trata-se do AI nº 0027/TNO336/2001, por meio do qual a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE aplicou multa de R\$ 7.326.358,06 contra distribuidora de São Paulo.

Nesse caso, ante a multa aplicada, a distribuidora decidiu não interpor recurso administrativo, optando por acessar de modo direto o Poder Judiciário. Este, por sua vez, em sede de apelação³⁹, anulou a multa aplicada.

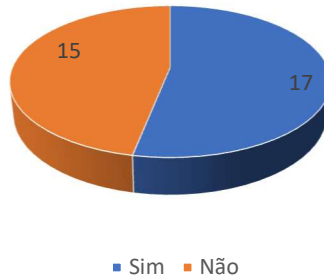
Ainda, dentre os casos em que a Diretoria decidiu de modo definitivo, é possível avaliar a quantidade de decisões em que ela, julgando os recursos administrativos, alterou a multa aplicada pela autoridade lavradora.

O gráfico 2 abaixo demonstra a situação da ANEEL quanto a esse ponto:

³⁸ O termo “decisão”, aqui, possui conceito amplo, abrangendo tanto as manifestações de mérito da Diretoria, quanto as situações em que não houve conhecimento do recurso, como a intempestividade.

³⁹ Apelação nº 0017985-65.2001.4.01.3400/TRF-1.

Gráfico 2. Houve alteração da multa pela Diretoria da ANEEL?



Fonte: Elaboração própria a partir dos processos administrativos judicializados (amostra de 32 casos).

Dentre os 17 casos em que a Diretoria alterou a multa aplicada pela autuação, em apenas uma oportunidade houve majoração de seu valor.

Trata-se do Processo Administrativo nº 48500.006375/2014-82, em que distribuidora de energia elétrica foi autuada pela Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco – ARPE no valor de R\$ 173.782,20, em decorrência de operação e manutenção das instalações de energia elétrica de forma inadequada.

Exaurido todos os recursos perante a Agência Reguladora estadual, a distribuidora interpôs recurso administrativo perante a ANEEL, como última instância. A ANEEL, por sua vez, majorou a multa aplicada pela autoridade lavradora, por entender que, em função do resultado do ocorrido, a gravidade da infração deveria ser aumentada em 100%, entendimento que resultou em nova multa no valor de R\$ 179.693,15.

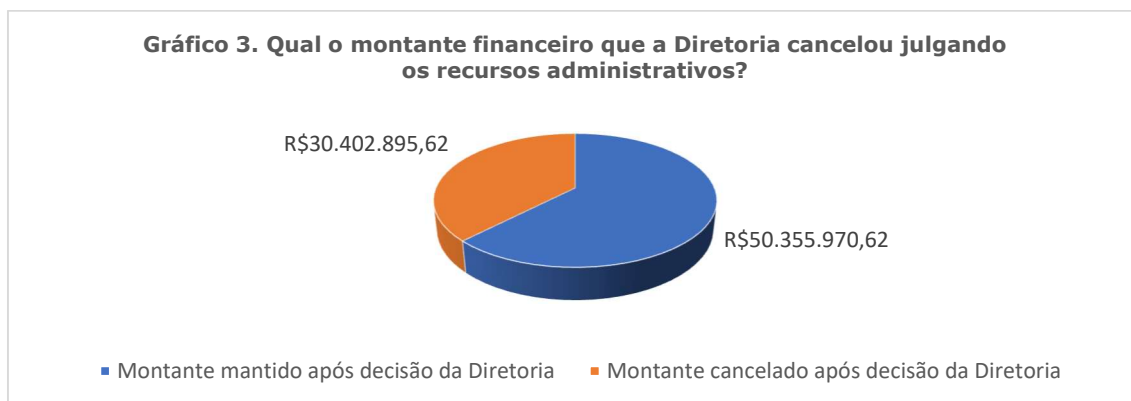
Assim, à exceção desse caso, o gráfico demonstra que os agentes do setor têm relativo sucesso em diminuir, por meio de recursos interpostos, os valores das multas que lhes são impostas.

Essa informação pode ser compreendida como um indicativo de que a ANEEL é, em algumas situações, receptiva às argumentações das empresas, fazendo valer os seus direitos à ampla defesa e contraditório (art. 2º, *caput*, Lei nº 9.784/1999).

Por outro lado, também é possível interpretar esse quadro como um indicativo de que ou há um certo grau de aplicação de multas indevidas ou

com valores acima dos razoáveis ou a instância responsável pelo julgamento dos recursos está reduzindo valores de multas corretamente aplicadas.⁴⁰

Um segundo critério que deve ser avaliado é o financeiro, ou seja, a parcela da multa aplicada pela autoridade lavradora que a Diretoria cancelou⁴¹ por meio de sua decisão do recurso administrativo. O gráfico 3 abaixo fornece a resposta para essa questão⁴²:



Fonte: Elaboração própria a partir dos processos administrativos judicializados (amostra de 31 casos).⁴³

O gráfico mostra que, dos R\$ 80.758.866,24 correspondentes aos 31 autos de infração que foram apreciados por meio de recurso administrativo, apenas R\$ 30.402.895,62 do montante foi cancelado pela Diretoria, mantendo-se R\$ 50.355.970,62.

Esse quadro demonstra que muitas vezes não existe uma relação de proporcionalidade direta entre o número físico de casos em que a Diretoria diminui o valor das multas aplicadas pela autoridade lavradora (gráfico 2) e

⁴⁰ Tribunal de Contas da União. Tribunal Pleno. Acórdão nº 1.817/2010, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 28/07/2010.

⁴¹ O termo "cancelar" foi retirado do Relatório de Gestão de 2018 da ANEEL e corresponde à parcela da multa aplicada pela autoridade lavradora que a Diretoria deixou de exigir após a decisão do recurso administrativo. Ver: ANEEL. Relatório de Gestão do Exercício de 2018, 2018. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/documents/653889/14859944/Presta%C3%A7%C3%A3o+de+C ontas+2018/ec2e531b-ec75-f608-db20-74cfbe4eb218>> Acesso em: 23 nov. 2019.

⁴² Foi desconsiderado, para os fins do gráfico 3, o processo em que houve majoração da multa pela Diretoria da ANEEL.

⁴³ Para a elaboração do gráfico, foi considerado apenas o valor principal da multa, sem acréscimos de correção monetária, juros ou multa de mora.

o montante financeiro correspondente cancelado em sede de recurso administrativo (gráfico 3).

Nas situações encontradas, não obstante o número de casos em que a Diretoria diminuiu o valor da multa seja maior, essa diminuição não se mostra tão relevante a ponto de corresponder a um maior montante de valores cancelados em comparação com os mantidos.

Feitas essas breves análises acerca do perfil dos processos administrativos judicializados, faz-se possível a análise da judicialização propriamente dita. É o que farei a seguir.

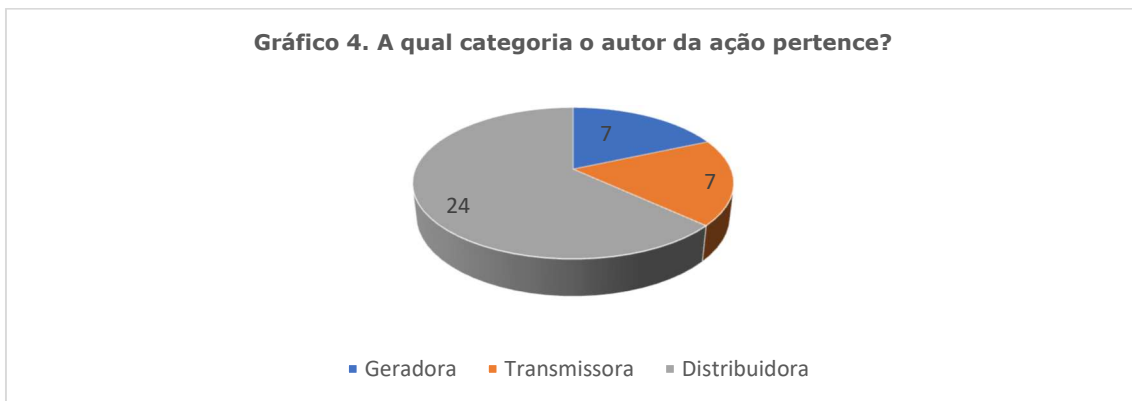
2. Judicialização das sanções aplicadas pela ANEEL

Neste item, descreverei as decisões judiciais encontradas, a fim de obter visão macro de suas principais características. Nesse sentido, pretendo avaliar (i) os litigantes; (ii) se o juízo de primeiro grau concedeu ou não liminar ao autor; (iii) se o juízo sentenciante ratificou a liminar concedida pelo juízo sumário; (iv) o período de duração da judicialização; (v) os critérios de análise aplicados pelos Tribunais para controlar as multas aplicadas pela ANEEL; (vi) a frequência com que os Tribunais revisam as multas aplicadas pela ANEEL e os critérios de controle utilizados para tanto; e (vii) se os Tribunais reformam as decisões do juízo de primeiro grau.

2.1. Litigantes

Um primeiro aspecto relevante a ser observado nas decisões encontradas são as categorias às quais pertencem os litigantes. Em relação ao polo passivo, em todos os 33 casos a ANEEL estava presente. Em um deles constava também as Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobrás e em outro constava Agência Reguladora estadual, a ARPE.

O gráfico 4 abaixo demonstra as categorias às quais pertencem os autores das ações:



Fonte: Elaboração própria a partir da jurisprudência dos TRFs 1, 2, 4 e 5 (amostra de 33 acórdãos).

O gráfico leva em consideração o segmento de energia elétrica (geração, transmissão ou distribuição) outorgado a cada litigante pelo poder concedente.

Todavia, como a exigência de desverticalização do setor apenas surgiu com a Lei nº 9.074/1995⁴⁴, em dois casos o litigante (no caso, a CEMIG⁴⁵) detinha concessões nos segmentos de geração, distribuição e transmissão. Desse modo, foram considerados os três segmentos para os fins do gráfico 4.

Além disso, em um dos casos o relator decidiu julgar duas causas de modo conjunto, uma vez que ambas foram deflagradas por subsidiárias da

⁴⁴ Originariamente, o setor de energia elétrica era verticalizado, isto é, a mesma pessoa jurídica poderia atuar em todos os segmentos. A Lei nº 9.074/1995, porém, passou a proibir essa sistemática, adotando modelo de desverticalização, no qual é vedado que as concessionárias, permissionárias e autorizadas de distribuição de energia elétrica desenvolvam atividades de geração e transmissão de energia elétrica, conforme se depreende do art. 4, §5º, da Lei.

⁴⁵ Os Contratos de Concessão de Geração (nº 2, 3, 4 e 5/1997), Transmissão (nº 6/1997) e Distribuição (nº 7/1997) da CEMIG contêm a seguinte cláusula: "O ACIONISTA CONTROLADOR e o SÓCIO ESTRATÉGICO obrigam-se a organizar e administrar separadamente os contratos de concessão de distribuição, de transmissão e de geração, inclusive no que se refere à contabilidade, gestão de ativos e compromissos contratuais, nos seguintes prazos: (...) III – reorganização societária da CEMIG, até 31 de dezembro de 2000, com a constituição de empresas juridicamente independentes destinadas a explorar, separadamente, os serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica de que é titular a CEMIG, preservados, em cada uma dessas empresas, os direitos e obrigações previstos no Acordo de Acionistas referido no preâmbulo deste Contrato".

COPEL, uma transmissora (COPEL GT) e outra distribuidora (COPEL D)⁴⁶. Assim, foram considerados ambos os segmentos.

Feitas essas considerações preliminares, outras mais relevantes podem ser realizadas.

O gráfico demonstra que a judicialização das multas aplicadas pela ANEEL é promovida sempre pelos agentes regulados, o que não surpreende, já que é função da Agência colocar restrições às atividades dos agentes regulados, ou seja, a relação entre regulador e regulado tende a ser conflitiva por ser este o maior interessado na regulação. Outra explicação para este dado poderia ser simplesmente que as empresas estão mais bem equipadas para defender seus interesses e negócios no Judiciário.⁴⁷

Ainda, parece existir um conjunto de empresas litigantes bastante diverso dentre os casos encontrados. Dentre os 33 casos, existem 19 diferentes autores. A não correspondência entre o número de casos e o número de autores se explica porque há situações em que o mesmo agente impugnou mais de uma multa aplicada pela ANEEL.

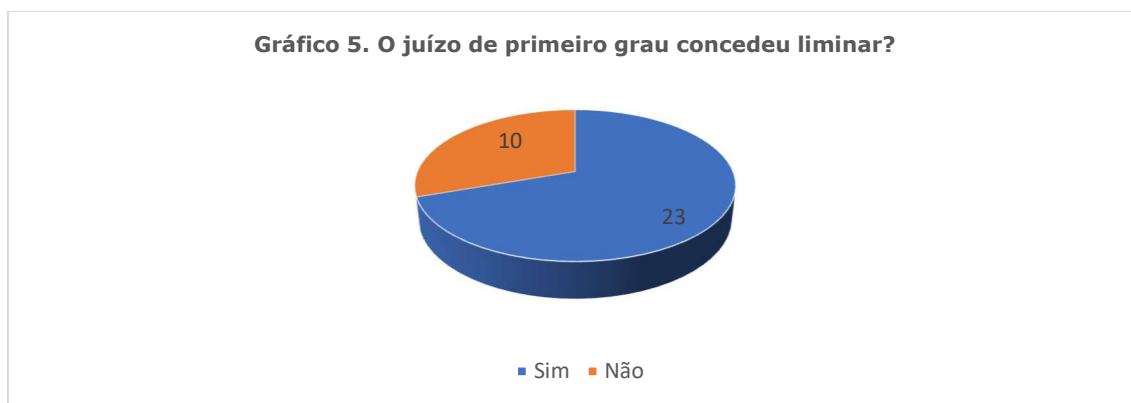
Contudo, mesmo com esse equilíbrio entre o número de casos e a diversidade entre os autores, impressiona o fato de que, no caso do TRF-4, existe praticamente um monopólio do Grupo COPEL, pois 9 dos 12 casos levantados do Tribunal possuem ou a COPEL GT ou a COPEL D (ou ambas) no polo ativo da demanda. Inclusive, umas das justificas que se pode levantar para a desproporção entre o número de distribuidoras litigantes e agentes dos demais segmentos é justamente a atuação da COPEL D, pois a empresa, dentre os 9 casos em que participa o Grupo COPEL, está presente em 7.

2.2. Concessão de liminar pelo juízo de primeiro grau

⁴⁶ Trata-se das apelações nº 5036139-09.2013.4.04.7000/TRF-4 e 5045351-54.2013.4.04.7000/TRF-4.

⁴⁷ WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: Uma análise da jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). *Direito Econômico Regulatório*. 1ª ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016.

Questão das mais importantes é avaliar se o juízo de primeiro grau, quando provocado, concedeu a liminar requerida pelo autor da demanda. O gráfico 5 abaixo responde essa questão:



Fonte: Elaboração própria a partir da jurisprudência dos TRFs 1, 2, 4 e 5 (amostra de 33 acórdãos).

Dentre os 23 casos em que liminar foi concedida, em 19⁴⁸ o juízo de primeiro grau suspendeu a exigibilidade de multa aplicada pela ANEEL.⁴⁹

As razões de decidir adotadas para a suspensão da exigibilidade da multa, contudo, são variadas, sendo possível constatar a existência de duas tendências: (i) presença dos requisitos para a concessão de tutela de urgência, isto é, *periculum in mora* e *fumus boni iuris* (artigos 273, CPC/73 e 300, CPC/15); e (ii) depósito judicial do valor da multa aplicada pela ANEEL (art. 151, II, CTN).

Apenas foi possível coletar a razão de decidir do juízo de primeiro grau em 12 casos, pois em 7 oportunidades a decisão interlocutória que deferiu a liminar não estava disponível no *site* do Tribunal ou de sua justiça federal de primeiro grau correspondente (o TRF-1, em todas as 7 situações), tampouco

⁴⁸ Em três oportunidades foram deferidas medidas cautelares inominadas que pleiteavam a suspensão da inscrição do autor no CADIN, a teor do art. 7º, I, Lei nº 10.522/2002 e em uma oportunidade o autor da demanda já havia pago o montante integral do valor da multa.

⁴⁹ Dentre os 10 casos em que não houve concessão de liminar, em três o juízo de primeiro grau facultou ao autor da demanda o depósito judicial do valor devido a fim de que a multa tivesse sua exigibilidade suspensa.

fora juntada cópia ao processo administrativo pela Procuradoria-Geral da ANEEL.⁵⁰

Pois bem. Em seis oportunidades o juízo de primeiro grau concedeu a liminar sob o argumento de que presentes *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

O primeiro requisito foi justificado das seguintes formas⁵¹: interpretação favorável à autora de regulamento da ANEEL (duas oportunidades), prejuízo à atividade comercial da autora (destacando-se a impossibilidade de participação da autora em futuro certame licitatório, em virtude de falta de certidão de adimplemento), em três oportunidades, e proximidade do vencimento do pagamento da multa (duas oportunidades).

Já a presença do *fumus boni iuris* foi fundamentada das seguintes formas: prejuízo à atividade comercial da autora (destacando-se a impossibilidade de participação da autora em futuro certame licitatório, em virtude de falta de certidão de adimplemento), em duas oportunidades, não razoabilidade da multa aplicada (uma oportunidade), interpretação de norma da ANEEL de modo favorável ao autor do pleito judicial (duas oportunidades), observância do processo administrativo conduzido pela ANEEL (uma oportunidade) e presença de prescrição intercorrente (uma oportunidade).

Nota-se que não é incomum que duas justificativas sejam utilizadas tanto para fundamentar o *fumus boni iuris* como o *periculum in mora*, sendo o que ocorre com as justificativas de prejuízo à atividade comercial da autora e interpretação de norma da ANEEL.

Em outras seis situações o juízo de primeiro grau suspendeu a exigibilidade da multa em razão do depósito do valor correspondente em juízo, aplicando analogamente o art. 151, II, CTN⁵².

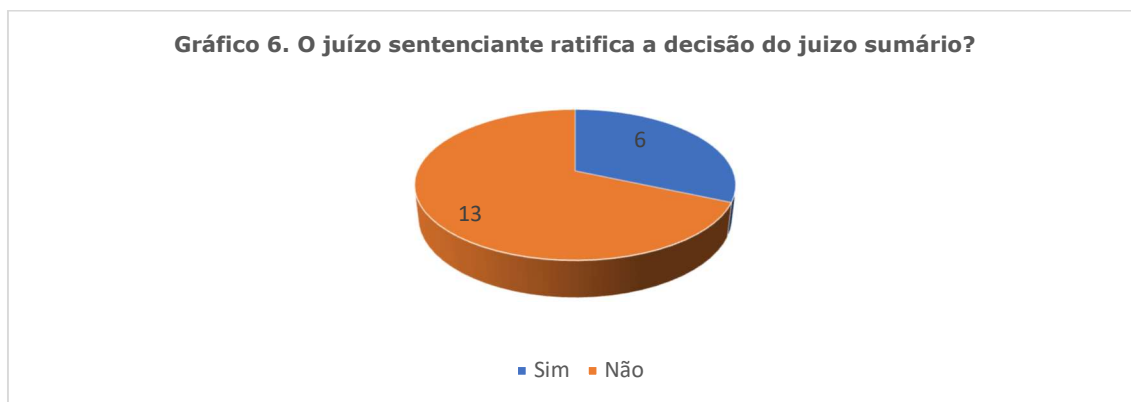
Além das razões de decidir, é interessante investigar se o juízo de primeiro grau, em sede de sentença, ratifica, ou não, a liminar anteriormente

⁵⁰ Quando um processo administrativo conduzido pela ANEEL é judicializado, normalmente a Procuradoria-Geral da Agência junta aos autos administrativos os andamentos do processo judicial.

⁵¹ É possível que o mesmo requisito tenha sido justificado de mais de uma forma.

⁵² Art. 151, CTN: “Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (...) II - o depósito do seu montante integral”.

concedida para suspender a multa aplicada pela ANEEL. O gráfico 6 abaixo responde essa questão:



Fonte: Elaboração própria a partir das decisões dos juízos de primeiro grau vinculadas aos acórdãos dos TRFs 1, 2, 4 e 5 levantados (amostra de 19 sentenças).

Os dados coletados demonstram que, na maioria das situações, o Judiciário suspende multa aplicada pela ANEEL. Além disso, praticamente não há ratificação da suspensão em cognição exauriente.

Em um primeiro momento, os resultados podem ser interpretados com algumas ressalvas, pois é questionável que uma multa que foi lavrada pela ANEEL, ente técnico, seja suspensa, de modo sumário, pelo Poder Judiciário, ainda mais sem a oitiva da Agência.⁵³

Todavia, a maioria das razões utilizadas pelo juízo sumário para conceder a liminar não parecem ser inadequadas.

A suspensão da multa em decorrência de depósito judicial não traz qualquer prejuízo à ANEEL, uma vez que, se o juízo sentenciante não confirmar a liminar, bastará que a Agência levante o valor depositado.

Do mesmo modo, suspensões de multas quando preenchidos os requisitos para a concessão de tutela de urgência, ou seja, *fumus boni iuris*

⁵³ Segundo Egon Bockmann Moreira, "o conteúdo material da competência sancionatória tem relação imediata com a sua razão formal: saberá aplicar a sanção adequada aquele que maiores conhecimentos detiver e que mais interagir naquele setor específico". E mais adiante: "a especialização técnica é essencial para a perfeita compreensão dos limites e especificidades das sanções" (MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 183).

e *periculum in mora*, não significam, necessariamente, tutela judicial definitiva do pleito do autor. Muitas vezes, o juízo sumário suspende a multa tão somente para realizar análise mais detida dos autos.

De toda forma, a concessão de tutelas de urgência possui como característica a reversibilidade da medida (artigos 273, §2º, CPC/73 e 300, §3º, CPC/15), de modo que se o juízo sentenciante não confirmar a liminar, será possível o recolhimento da multa originária à ANEEL.

Por fim, os dados demonstram que, após a apresentação de contestação pela ANEEL, o Judiciário tende a não ratificar a liminar outrora concedida, o que demonstra que quando o juízo acessa as informações alegadas pela Agência, ele tende a acatá-las.

2.3. Duração da judicialização

Um terceiro fator que deve ser objeto de análise é a duração da judicialização, isto é, o período de tramitação do processo, desde a sua distribuição para o juízo competente. Como alguns dos casos levantados ainda não tinham decisão final transitada em julgado, decidi utilizar a data de decisão do Tribunal em sede de apelação como termo final.

Portanto, considerando o termo inicial como a data de distribuição do processo (seja automática, seja por dependência) e o termo final como a data de julgamento da apelação pelo Tribunal, a tabela 3 abaixo demonstra, em dias, o tempo de judicialização de cada processo⁵⁴:

Tabela 3. Duração da judicialização.⁵⁵

Número do Processo	Duração (em dias)	Tribunal Responsável
0807196.63.2017.4.05.8100	350	TRF-5
0805595.72.2015.4.05.8300	573	TRF-5
5014359-42.2015.4.04.7000	616	TRF-4
5023406-79.2011.4.04.7000	639	TRF-4
5009623-59.2012.4.04.7202	644	TRF-4
5003011-03.2010.4.04.7000	773	TRF-4
5048869-18.2014.4.04.7000	791	TRF-4

⁵⁴ O dia da distribuição do processo foi considerado no cálculo dos prazos.

⁵⁵ De maneira excepcional, as apelações nº 5036139-09.2013.4.04.7000/TRF-4 e 5045351-54.2013.4.04.7000/TRF-4 serão tratadas de modo independente, pois mesmo tendo sido julgadas conjuntamente, a distribuição de cada processo foi realizada em diferentes períodos.

0003324-93.2008.4.04.7202	855	TRF-4
5020075.55.2012.4.04.7000	870	TRF-4
0005538.63.2010.4.05.8300	875	TRF-5
2007.70.00.025622-2	913	TRF-4
0000828-16.2000.4.01.3400	980	TRF-1
5003416-10.2013.4.04.7202	1.133	TRF-4
5017718-39.2011.4.04.7000	1.177	TRF-4
0018018-17.2011.4.02.5101	1.282	TRF-2
1998.34.00.021586-0	1.489	TRF-1
5024613-74.2015.4.04.7000	1.511	TRF-4
0490450-13.2004.4.02.5101	1.702	TRF-2
0016637.77.2012.4.05.8100	1.803	TRF-5
5045351-54.2013.4.04.7000	1.925	TRF-4
5036139-09.2013.4.04.7000	1.974	TRF-4
0012924.31.2011.4.05.8100	2.106	TRF-5
0031955-23.2006.4.01.3800	2.629	TRF-1
0014684-66.2008.4.01.3400	2.766	TRF-1
0059538-43.2011.4.01.3400	2.841	TRF-1
0000241-47.2007.4.01.3400	3.171	TRF-1
0031013-27.2006.4.01.3400	3.319	TRF-1
0017911-98.2007.4.01.3400	3.535	TRF-1
0018880-26.2001.4.01.3400	3.963	TRF-1
0008850-92.2002.4.01.3400	4.111	TRF-1
0008415-55.2001.4.01.3400	4.171	TRF-1
0017985-65.2001.4.01.3400	4.447	TRF-1
0016624-13.2001.4.01.3400	4.487	TRF-1
0020164-93.2006.4.01.3400	4.516	TRF-1

Fonte: Elaboração própria a partir da jurisprudência dos TRFs 1, 2, 4 e 5 (amostra de 33 acórdãos).

A média de duração dos processos, levando em conta todos aqueles presentes na Tabela 3, é de aproximadamente 2.089 dias, período que equivale a mais de 5 anos, o que parece não ser muito razoável, tampouco demonstra celeridade na tramitação dos processos (art. 5º, LXXVIII, CF).

O principal responsável por esse quadro é o TRF-1. A média de demora em julgar as apelações pelo Tribunal alcança 3.316 dias, o que corresponde a mais de 9 anos de judicialização. A apelação nº 0020164-93.2006.4.01.3400/TRF-1, por exemplo, levou 4.516 dias para ser julgada, período que ultrapassa os 12 anos de julgamento.

O Tribunal mais célere dos 4 analisados é o TRF-4, que possui média de 1.063 dias entre a distribuição processual e o julgamento da apelação pelo Tribunal. Esse período corresponde a pouco menos de 3 anos de julgamento, o que não parece ser muito comparado ao TRF-1.

De toda forma, se o responsável por todo esse quadro de morosidade é, de fato, o Poder Judiciário, faz-se necessário adotar medidas que

estimulem os agentes regulados a não judicializarem as decisões tomadas em âmbito administrativo.

Uma alternativa interessante poderia ser a adoção de métodos de resolução de conflitos consensuais, técnica de gestão administrativa por meio da qual acordos entre a Administração e o administrado são firmados com vistas à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal.⁵⁶

Os acordos teriam a vantagem de serem consideravelmente mais céleres que o processo judicial e, ao mesmo tempo, evitarem a judicialização, pois um dos seus principais pressupostos é justamente a vontade do administrado.

A ANEEL, todavia, parece não estar muito inclinada na adoção desse mecanismo, pois tempos atrás revogou a Resolução Normativa nº 333/2008, ato regulatório que tratava da matéria⁵⁷, além de não dispor sobre o assunto na Resolução Normativa nº 846/2019, novo marco do setor elétrico sobre penalidades.

Atualmente, portanto, vê-se no setor elétrico espécie de “vácuo” de opções alternativas ao processo administrativo punitivo, o que, provavelmente, fará com que as judicializações persistam.

2.4. Critérios de análise aplicados pelo Tribunal⁵⁸

Outro aspecto que merece destaque são os critérios de controle adotados pelo voto vencedor do acórdão para controlar a multa aplicada pela ANEEL. A tabela 4 abaixo aponta os possíveis critérios e as respectivas explicações:

⁵⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁵⁷ Em 2016, a ANEEL editou a Resolução Normativa nº 712, que revogou a Resolução Normativa nº 333/2008, sob a justificativa de que os acordos celebrados pela ANEEL até então não atingiram a eficácia esperada.

⁵⁸ Os critérios estabelecidos neste tópico foram inspirados no seguinte estudo: WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: Uma análise da jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). *Direito Econômico Regulatório*. 1ª ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016.

Tabela 4. Critérios de análise e respectivas explicações.

Critério	Explicação
Previsão Regulamentar	O controle judicial é focado na interpretação de normas infralegais que regulamentam o setor elétrico, nas quais a ANEEL e outros atores do setor (Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, por exemplo) expressam sua capacidade técnica, e cláusulas de contratos de concessão.
Processo administrativo	O Judiciário é deferente ao processo administrativo (fiscalizador ou sancionador) e particularmente a sua instrução. A deferência pode ser em relação a todo o processo administrativo ou apenas em relação a um dos atos que o constitui, a exemplo de Notas Técnicas, Exposições de Motivos dos AIs, Relatórios de Fiscalização etc.
Proporcionalidade	Avaliação de proporcionalidade na atuação da ANEEL.
Garantias Processuais	Avaliação do respeito, pela ANEEL, das garantias processuais, tais como contraditório, ampla defesa, devido processo legal e motivação.
Legalidade	Análise de conformidade da atuação da ANEEL com a CF, lei formal ou Decreto Regulamentar do Poder Executivo Federal.
Conceito jurídico indeterminado e discricionariedade	Limitação do mérito administrativo no controle judicial de decisões discricionárias ou fundamentadas em conceitos de baixa densidade normativa.
Irretroatividade ou retroatividade da norma mais benigna	Aplicação retroativa, ou não, de norma editada pela ANEEL após o fato analisado nos autos.
Competência	Avaliação da competência da ANEEL para editar atos normativos que disponham sobre infrações, sanções e processos de responsabilização administrativa.
Princípios	Emprego de princípios no controle judicial.
Prescrição	Verificação da perda da pretensão punitiva da ANEEL.
Non bis in idem	Impossibilidade de mais de uma punição por fato de mesma natureza.
Desvio de finalidade	Situação em que a ANEEL utiliza sua competência fiscalizatória ou sancionadora visando fim diverso daquele previsto em lei.
Presunção de legitimidade e legalidade	Presunção de validade e veracidade das decisões da ANEEL até prova em contrário.

Fonte: Elaboração própria.

De acordo com essa classificação, a Tabela 5 abaixo demonstra o número de vezes em que cada critério foi utilizado nas decisões judiciais:

Tabela 5. Critérios de análise e frequência de utilização.⁵⁹

Critério	Frequência
Previsão Regulamentar	20
Processo Administrativo	13
Proporcionalidade	9
Garantias processuais	9
Legalidade	8
Conceito jurídico indeterminado e discricionariedade	5
Competência	3
Retroatividade ou irretroatividade de norma mais benéfica	3
Princípios	3
Prescrição	3
<i>Non bis in idem</i>	3
Desvio de Finalidade	2
Presunção de legalidade e legitimidade	1
Total	82

Fonte: Elaboração própria a partir da jurisprudência dos TRFs 1, 2, 4 e 5 (amostra de 33 acórdãos).

Percebe-se que os dois principais critérios de controle são a interpretação de normas técnicas (previsão regulamentar) e a avaliação do processo administrativo conduzido pela ANEEL (processo administrativo).

Em relação ao critério *previsão regulamentar*, notam-se três tendências: o magistrado (i) interpreta a norma da ANEEL, a fim de decidir sobre sua extensão (interpretação em abstrato); (ii) realiza a técnica da subsunção, ou seja, se esforça para demonstrar que a conduta praticada pelo regulado se enquadra em tipo infracional (subsunção); ou (iii) demonstra que a conduta do agente regulado violou, ou não, regulamento da ANEEL ou cláusula contratual (violação).

De certo modo, todas as três tendências são etapas de análise necessárias para se alcançar uma só finalidade, qual seja, a demonstração de que a conduta do regulado configura uma infração e, por esse motivo, deve ser repreendida ou, por outro lado, que sua conduta não configura infração, devendo a multa ser anulada.

Isso, de resto, é até mesmo intuitivo: essa finalidade só será alcançada após constatação de violação à norma da ANEEL (por meio de análises

⁵⁹ Por evidente, é possível que o voto vencedor da decisão judicial tenha utilizado mais de um critério de análise.

fáticas), seguida de interpretação do tipo infracional e, por fim, a subsunção do fato ao tipo (as duas últimas, inclusive, muitas vezes se confundem).

Ocorre que, nos casos pesquisados, os magistrados nem sempre analisam essas três etapas, mas pelo contrário, na maioria das vezes apenas uma delas é levada em consideração, ao menos de modo expresso.⁶⁰

A apelação nº 0059538-43.2011.4.01.3400/TRF-1 é uma boa ilustração de situação em que o Tribunal interpretou a extensão de norma da ANEEL.

Os autos versam sobre pleito de anulação de multa ajuizado por distribuidora de energia elétrica contra a ANEEL. Procedente a demanda em primeira instância, a ANEEL interpôs apelação. A Agência sustentou, em síntese, que os fatos trazidos aos autos pela distribuidora não configurariam Abalroamento de Poste – Acidente e Acidente – Abertura de Elo Fusível, previstos no art. 3º, XIX, Resolução nº 24/2000, e, conseqüentemente, não seriam passíveis de expurgo temporal, uma vez que não houve comprovação documental por meio de decretos – municipais ou estaduais.

O Des. Rel. Emmanuel Mascena de Medeiros, discordando da interpretação dada ao dispositivo pela ANEEL, consignou que

De fato, a norma inscrita no inciso XIX do art. 3º da Resolução nº 024/2000 não exige, para a configuração da situação de emergência, que se demonstre a ocorrência de calamidade pública a ser decretada pelo Poder Executivo municipal ou estadual, mas tão somente que se comprove a interrupção motivada por caso fortuito ou força maior, desde que não se caracterize como de sua responsabilidade técnica, por falta de manutenção ou de investimentos em seu sistema (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quinta Turma. ACi nº 0059538-43.2011.4.01.3400. Rel. Des. Emmanuel Mascena de Medeiros, j. 14/08/2019, p. 6).

A segunda tendência, a subsunção, geralmente aparece nas situações em que o Tribunal se debruça sobre a conversão da penalidade de multa em

⁶⁰ Apenas para fins didáticos, portanto, cada uma dessas tendências será a seguir exemplificada.

advertência ou, ainda, naquelas em que, constatada a violação a regulamento ou cláusula contratual, o Tribunal conclui pela aplicação da sanção correspondente. Veja, por exemplo, o voto da Des. Rel. Maria Cecília de Marco Rocha na apelação nº 0031013-27.2006.4.01.3400/TRF-1:

Constatado o descumprimento do contrato, afastando-se a tese de fatos imprevisíveis, a aplicação da penalidade de multa é medida consequente, independentemente da existência de eventuais prejuízos ao serviço público.

É dizer, verificada a infringência ao disposto no art. 6º, XII, da Resolução ANEEL nº 63/2004 (descumprir os prazos estabelecidos nos atos de outorga de concessões, permissões ou autorizações de implantação de instalações de produção, transmissão ou distribuição de energia elétrica), incide a penalidade de multa, conforme os critérios radicados no art. 14 de tal diploma normativo (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quinta Turma. ACi nº 0031013-27.2006.4.01.3400. Rel. Des. Maria Cecília de Marco Rocha, j. 18/11/2015, p. 3).

Por fim, a terceira tendência, a violação, consiste na análise da conformidade dos fatos trazidos aos autos com regulamentos da ANEEL ou cláusulas contratuais.

Na apelação nº 5009623-59.2012.4.04.7202/TRF-4, por exemplo, a Des. Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha entendeu que, independentemente de prejuízo aos consumidores, a devolução dos valores cobrados em duplicidade deveria ocorrer no prazo e forma previstos no art. 88, Resolução nº 456/200:

A devolução, fora do prazo, dos pagamentos feitos em duplicidade pelos consumidores não foi negada pela parte autora, que apenas mencionou que, nos casos em que os prazos de devolução dos valores não foi obedecido, não existiu qualquer prejuízo aos consumidores, pois a restituição seria acrescida de juros, correção monetária e multa. Ocorre que, se a legislação prevê um prazo e uma forma de devolução dos pagamentos feitos em duplicidade, eles devem ser respeitados e, se não o são, há infração passível de ser punida.

A correção monetária e os juros não descaracterizam por inteiro o prejuízo, que transcende o aspecto financeiro e abrange questões de confiabilidade no serviço e no prestador, envolvendo a relação de lealdade entre as partes, em parte prejudicada pela negativa de devolução espontânea de valores pagos a maior, constatada a posteriori. Ademais, tal infração é formal, não demandando prova de prejuízo (Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma. ACi nº 5009623-59.2012.4.04.7202. Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 23/09/2014, p. 4-5).

Em relação ao critério *processo administrativo*, nota-se que em 13 situações o Tribunal não intervém no “mérito” da decisão da ANEEL, mas adota posição de deferência ao processo administrativo fiscalizador ou punitivo realizado pela Agência.

A seguinte passagem da apelação nº 0017911-98.2007.4.01.3400/TRF-1, de lavra do Des. Rel. Gláucio Maciel, é bastante elucidativa:

Em que pesem os argumentos lançados pela recorrente, seu inconformismo não merece prosperar, uma vez que a penalidade impugnada resultou de regular processo administrativo, fundamentado no auto de infração ANEEL 001/2005, com comprovação de falhas na prestação do serviço público, conforme demonstra a exposição de motivos, nos seguintes termos (...) (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quinta Turma. ACi nº 0017911-98.2007.4.01.3400. Rel. Des. Gláucio Maciel, j. 01/02/2017, p. 2).

Esse cenário demonstra que, na prática, em algumas situações o Judiciário prefere não suportar o ônus de ter de reavaliar questões técnicas de alta complexidade, preferindo adotar postura mais autocontida e respeitosa perante a ANEEL.

Percebe-se, portanto, que os dois critérios avaliados até o momento – previsão regulamentar e processo administrativo – apresentam diferentes inclinações de deferência por parte do Judiciário.

Enquanto no critério processo administrativo o Tribunal adota posição de grande deferência àquilo decidido pela ANEEL, pois praticamente adota para si as decisões da Agência realizadas em processo administrativo, livrando-se do ônus atribuído pelo autor do pleito, na previsão regulamentar o Judiciário interpreta regulamento técnico, o que deve ser encarado com cuidado, visto que muitas vezes a matéria regulamentada é complexa e exige conhecimentos específicos. A deferência, portanto, praticamente inexistente nesses casos.⁶¹

O terceiro critério que mais aparece no universo de decisões levantadas é a *proporcionalidade*. Sendo um postulado sem previsão constitucional expressa e possuindo previsões legais pouco esclarecedoras⁶², a proporcionalidade geralmente é tratada como técnica que exige a análise prévia dos subpostulados da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁶³

Entre os 9 casos levantados, contudo, ela é aplicada de modo diverso: (i) avaliação do respeito, pela ANEEL, dos limites legais estabelecidos para a valoração da multa (6 casos); (ii) deferência ao baixo valor da multa (2 casos); e (iii) relevância da gravidade da conduta do regulado (2 casos).⁶⁴

No primeiro caso, o Judiciário não avalia o juízo de proporcionalidade realizado pela ANEEL, tampouco realiza novo juízo de proporcionalidade, mas avalia tão somente se a Agência respeitou os limites legais para a valoração da multa.

⁶¹ Deferência, nesse caso, não diz sobre a não revisão da multa aplicada pela ANEEL, mas sim sobre a extensão do controle operado pelos Tribunais. É o que Eduardo Jordão e Renato Toledo Cabral Junior denominam de *deferência pela amplitude do controle* (JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA, *Revista Estudos Institucionais*, n. 2, p. 537-571, jul./dez., 2018).

⁶² O art. 2º, Lei nº 9.784/1999, por exemplo, dispõe que a “Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. Veja, também, o parágrafo único do mesmo dispositivo: “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”.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

⁶⁴ Em apenas um caso (apelação nº 5024613-74.2015.4.04.7000/TRF-4) mais de uma forma de proporcionalidade é utilizada.

Percebe-se que, nesse caso, há um respeito pela discricionariedade da ANEEL, visto ser dela a competência de, respeitados os limites legais, valorar as multas a serem aplicadas aos agentes regulados.

Veja, por exemplo, o voto do Des. Rel. Manoel Erhardt na apelação nº 0005538.63.2010.4.05.8300/TRF-5:

Tampouco se observa ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na dosimetria da penalidade, tendo em vista que foi calculada com base nos dispositivos normativos pertinentes (f. 82-85), respeitando-se o limite legal (art. 3º, X da Lei nº 9.427/96), e já foi reduzida em sede de recursos administrativos (Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Primeira Turma. ACi nº 0005538.63.2010.4.05.8300. Rel. Des. Manoel Erhardt, j. 13/09/2012, p. 3).

No segundo caso, o valor da multa e a sua proporcionalidade se confundem. Nos dois casos em que essa tendência aparece, o Tribunal afirma que a multa é proporcional simplesmente porque ela é baixa. É o caso do seguinte trecho da apelação nº 5003011-03.2010.4.04.7000/TRF-4, de relatoria do Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz:

A NC 02 é não conformidade grave, sendo plenamente justificável a multa que foi imposta à autora quanto a ela, de R\$ 477.799,51 (PROCADM19 do evento 1, p. 16/20), correspondente a 0,01% sobre a base de cálculo prevista em lei, sendo o percentual máximo de 1%, i.e., a multa efetivamente aplicada correspondeu a apenas 1% do valor máximo previsto em lei para o caso, não podendo ser considerada ofensiva ao princípio da proporcionalidade, não se devendo olvidar que multa é sanção, ou seja, tem caráter punitivo, devendo ser apta a evitar a reiteração da conduta ilícita que, no caso, como dito, é extremamente grave, pois tem o condão de causar grande prejuízo ao consumidor e ao patrimônio da concessionária, sem que da publicidade em questão tenha advindo qualquer benefício à COPEL. A multa aplicada é proporcional, igualmente, se considerado o valor despendido pela COPEL na publicidade em epígrafe, de R\$ 1.528.592,00 (INIC7 do evento 1, p. 5/10), já que corresponde a menos de 50% do valor da infração cometida pela autora (Tribunal

Regional Federal da 4ª Região. Terceira Turma. ACi nº 5003011-03.2010.4.04.7000. Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 23/05/2012, p. 5).

O que chama a atenção nessa decisão é a correlação que o julgador faz entre o valor da multa e a ofensa ou não à proporcionalidade: se a multa é baixa, então ela é proporcional.

Essa lógica, *a priori* razoável, pode sofrer alguns problemas, especialmente naqueles casos em que o julgador afirmar, sem a necessária fundamentação, que a multa é “alta”, não obstante o respeito, pela ANEEL, dos parâmetros legais.

O que ocorre, portanto, é que o Judiciário acaba tomando como sua a competência de avaliar se a multa correspondente a determinada conduta do agente regulado é proporcional, realizando um juízo de proporcionalidade, algo que acaba intervindo na discricionariedade da Agência.

No terceiro caso, o Judiciário não se atém ao valor da multa para determinar sua proporcionalidade ou desproporcionalidade, mas sim à significância da conduta do agente regulado, ou seja, se sua conduta foi gravosa o suficiente para descumprir regulamento da ANEEL ou cláusula contratual ou para lhe ter sido aplicada a sanção de multa e não de advertência. A apelação nº 5024613-74.2015.4.04.7000/TRF-4, de relatoria do Des. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, ilustra bem esse ponto:

Sequer há falar em inobservância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e da teoria do inadimplemento substancial, haja vista que a autora não atingiu os índices de qualidade do atendimento telefônico em 4 meses dos 12 meses que foram objeto da fiscalização, o que torna significativa a irregularidade constatada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma. ACi nº 5024613-74.2015.4.04.7000. Rel. Des. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, j. 10/07/2019, p. 4).

Mais uma vez, esse raciocínio deve ser utilizado com certa cautela. Muitas vezes, a análise da conduta do agente regulado pressupõe não apenas

a conduta em si, mas também todas as consequências causadas ao sistema elétrico. Não à toa, o art. 15, Resolução Normativa nº 63/2004, prevê os danos resultantes para o serviço e usuários como um dos elementos a serem considerados na dosimetria do valor da multa.

Isso significa, conforme afirma Juliana Bonacorsi de Palma, que quando o Judiciário realiza o controle de um ato administrativo, especialmente os técnicos, a exemplo de multas regulatórias, é oportuno que se coloque na exata posição em que se encontrava o gestor à época de sua decisão. E continua a autora:

Do contrário, a ação administrativa pode ser desconstituída sem o mesmo peso de sua construção ou a interpretação qualificada do gestor é substituída pela controladora sem as mesmas características de tecnicidade e aplicação que fez com que o Legislador originalmente conferisse a competência e a preferência interpretativa à Administração.⁶⁵

Ou seja: é legítimo que o Judiciário controle a proporcionalidade das multas aplicadas pela ANEEL, desde que arque com os necessários *ônus*.⁶⁶

Assim como a proporcionalidade, as *garantias processuais* também são utilizadas 9 vezes como razões de decidir pelos votos vencedores das decisões judiciais.

Por “garantias processuais” deve-se entender aqueles direitos que são assegurados a todos os agentes regulados no curso de um processo administrativo. No universo dos casos em que esse critério apareceu, o

⁶⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. *Sociedade Brasileira de Direito Público*. Disponível em: < <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2019. p. 11.

⁶⁶ Segundo Carlos Ari Sundfeld, “*como não há fundamento algum para a presunção absoluta de que é do Judiciário, e não de outros órgãos, a competência para construir soluções jurídicas específicas a partir de princípios, sua intervenção em cada caso depende de **elementos especiais de ordem institucional** que a justifiquem, e eles têm de ser identificados pela decisão (**ônus da competência**)*.”

*Ademais, a simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de modo explícito a **regra geral** que se vai aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos (**ônus do regulador**)”* (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 206).

juiz julgador lidou com as garantias de ampla defesa, contraditório, devido processo legal e dever de motivação, avaliando o seu respeito ou desrespeito por parte da ANEEL.⁶⁷

Veja, por exemplo, o voto da Des. Rel. Selene Maria de Almeida na apelação nº 1998.34.00.021586-0/TRF-1, que entendeu não haver desrespeito à ampla defesa na condução do processo administrativo pela ANEEL:

Assim, improcede a alegação de impossibilidade de exercício de direito de defesa, pois teve conhecimento da infração que lhe foi imputada, conheceu o valor da multa, interpôs recurso para a autoridade competente, tendo por fim, interposto recurso hierárquico para órgão colegiado que negou provimento à pretensão (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quinta Turma. ACi nº 1998.34.00.021586-0. Rel. Des. Selene Maria de Almeida, j. 27/09/2002, p. 5-6).

Na apelação nº 5003011-03.2010.4.04.7000/TRF-4, por outro lado, o Des. Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz entendeu que parcela da multa aplicada pela ANEEL relativa a uma das não conformidades deveria ser anulada, visto que descumprido o dever de motivação e, conseqüentemente, inviabilizada a ampla defesa:

Do quanto discutido nos autos, concluo que é o caso de ser anulada a autuação em exame no que se refere especificamente à NC 04, por falta de fundamentação suficiente ao exercício da ampla defesa (Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Terceira Turma. ACi nº 5003011-03.2010.4.04.7000. Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 23/04/2002, p. 5).

⁶⁷ Mesmo a Lei nº 9.784/1999 enquadrando a motivação, o contraditório e a ampla defesa como "princípios" (art. 2º, *caput*), decidi catalogá-los de modo diverso, visto que (i) em apenas um caso o Tribunal conceituou-os dessa forma; e (ii) entendo que princípios possuem certa vagueza em sua aplicação, o que não é o caso da motivação, contraditório e ampla defesa, que são mais "objetivos".

O quinto critério de controle mais utilizado pelos Tribunais é a *legalidade*, ou seja, uma análise de conformidade da atuação da ANEEL com a CF, alguma lei formal ou Decreto Regulamentar do Poder Executivo Federal.

É relevante consignar, quanto a esse critério, que em duas oportunidades distribuidora pleiteou anulação de multa aplicada pela ANEEL baseada na mesma fundamentação. Em apenas uma ocasião, porém, o pleito foi acolhido pelo Tribunal.

Os casos versam sobre os autos de infração nº 15/TN170/2001 e 27/TN336/2000, ambos lavrados pela CSPE, cujo fato gerador é a inclusão de créditos contra o Poder Público vencidos e não pagos no cálculo da Provisão para Créditos de Liquidação Duvidosa – PCLD da autuada, nos exercícios de 1998 a 2000, em descumprimento ao Plano de Contas de Energia Elétrica.

Em suas razões recursais, a autuada sustentou serem ilegais as multas que lhe foram aplicadas, visto que sua conduta decorreu da observância da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) e de regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, que devem prevalecer em relação às normas editadas pela ANEEL (no caso, o Plano de Contas de Energia Elétrica), conforme dispõe o art. 177, §2º, da Lei.

O Des. Carlos Eduardo Castro Martins, relator da apelação nº 0017985-65.2001.4.01.3400/TRF-1, entendendo que haveria antinomia entre as normas, aplicou ao caso o critério hierárquico, de modo que a Lei das Sociedades Anônimas prevaleceria em relação aos atos da ANEEL, por possuir patamar hierárquico superior:

Esclareço que não é a Lei das S.A. que deve se adaptar ao Plano de Contas do Serviço Público de Energia Elétrica, mas, este, pelo princípio da hierarquia das normas, é que deve obedecer ao quanto disposto na Lei, qualquer Lei, já que Resoluções só podem regulamentar aquilo que é estabelecido nas Leis, não podendo inovar, muito menos, contrariar, como no caso (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Sétima Turma Suplementar. ACi nº 0017985-65.2001.4.01.3400. Rel. Des. Carlos Eduardo Castro Martins, j. 27/08/2013, p. 4).

Por outro lado, o Des. Rel. Marcio Barbosa Maia, nos autos da apelação nº 0008415-55.2001.4.01.3400/TRF-1, partindo de pressuposto idêntico (conflito normativo), apresentou solução diversa, aplicando ao caso o critério da especialidade e entendendo pela prevalência da norma da ANEEL:

No caso concreto, existe aparente conflito entre os instrumentos normativos específicos da ANEEL na execução da política do setor elétrico e da lei das sociedades anônimas e das regras contábeis da comissão de valores mobiliários acerca da provisão de créditos de liquidação duvidosa. Prevalência de regras próprias previstas na Lei nº 8987/95 e nos atos normativo-regulatórios da ANEEL, fundados na lei nº 9.427/96, por ostentar nítida preocupação com a aferição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, prerrogativa instituída, conforme doutrina uníssona dos administrativistas, em prol do interesse dos contratados. É dizer, as normas especiais decorrentes das peculiaridades em que estavam submetidas a ELETROPAULO, na qualidade jurídica de concessionária de serviço público, prevalece sobre a sua pretensão de aplicabilidade de normas gerais relativas à Lei das Sociedades Anônimas, vale dizer *Lex specialis derogat generali* (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quarta Turma Suplementar. ACi nº 0008415-55.2001.4.01.3400. Rel. Des. Márcio Barbosa Maia, j. 21/08/2012, p. 2).

Essa divergência de entendimentos entre os julgadores, ante casos análogos, demonstra que nem sempre é simples a análise de conformidade de um ato administrativo (no caso, multas) com a Lei.

Além disso, a discussão suscita questionamentos relevantes sobre hierarquia e especialidade normativa. *A priori*, o agente regulado deve se submeter ao quanto disposto na Lei da ANEEL, visto que, ao se tornar agente do setor elétrico, ele passa a compor relação de sujeição especial com o poder concedente.

Todavia, o quadro fica mais complexo quando a ANEEL, amparada por competências decorrentes de lei formal, edita norma (infralegal, portanto) contrária à disposição de outra lei formal. E o fato do teor da norma editada

pela ANEEL não estar em lei, mas apenas na própria norma infralegal, visto que resultado de discricionariedade da Agência, torna o cenário ainda mais complexo.

A sexta forma de controle mais utilizada é por meio de *conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade*. Em todas as 5 situações levantadas, o Judiciário é instado a analisar pedido de conversão de multa em advertência, possibilidade prevista no art. 8º, Resolução Normativa nº 63/2004.

Segundo consta no dispositivo, a penalidade de multa poderá ser convertida em advertência, desde que (i) a infratora não tenha sido autuada por idêntica infração nos últimos três anos anteriores ao da ocorrência e (ii) as consequências da infração sejam de menor potencial ofensivo.

O primeiro requisito, mais objetivo, mostra-se presente em todos os casos levantados. A controvérsia ocorre com o segundo requisito, pois o termo “menor potencial ofensivo” consiste em típico conceito jurídico indeterminado.

A atuação do Judiciário quanto a esse ponto foi de três formas: (i) avalia se é caso de conduta de menor potencial ofensivo e converte a penalidade de multa em advertência (1 caso); (ii) avalia se é caso de conduta de menor potencial ofensivo e não converte a penalidade de multa em advertência (2 casos); ou (iii) não avalia se é caso de conduta de menor potencial ofensivo, em respeito à discricionariedade administrativa (2 casos).

Quanto ao primeiro ponto, nas apelações nº 5036139-09.2013.4.04.7000/TRF-4 e 5045351-54.2013.4.04.7000/TRF-4, a Des. Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha entendeu que a conduta da autora não acarretou prejuízos à prestação dos serviços de distribuição e transmissão de energia elétrica, além de inexistirem sinais de que a autora agiu de má-fé:

Afinal de contas, tratou-se de infração de mera conduta (deixar de submeter ao prévio exame da ANEEL contratos de compartilhamento de infraestrutura). Não houve alegação/imputação de que a prática tenha redundado em efetivo prejuízo para a prestação dos serviços públicos pertinentes.

(...)

De outro tanto, não há sinais de que a empresa tenha atuado de má-fé. Tudo sinaliza para o fato de que se tratou, isso sim, de esquecimento ou até mesmo descuido. Mas a imposição de sanções na ordem de R\$ 912.228,70 (AI 05/2013) e R\$ 2.647.952,43 (AI 51/2013) demanda justificção mais densa, sob pena de redundar em mero ritualismo, *concessa venia*.

(...)

Cuidando-se de infração de mera conduta, considerando ainda a ausênica de imputação de má-fé, e todos os demais elementos acima equacionados, acolho a pretensão lançada na peça inicial no que toca à alegação de que a sanção adequada seria, na hipótese, a advertência. E nem se diga que a Administração teria absoluta discricionariedade para aferir isso, eis que referida lógica apenas era adequada ao Estado oitocentista; porquanto no Estado moderno não há *legibus solutus* (Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma. ACi nº 5036139-09.2013.4.04.7000 e 5045351-54.2013.4.04.7000. Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 30/01/2019, p. 50-51).

Na segunda hipótese, o Judiciário avalia se a conduta do agente regulado é de menor potencial ofensivo e chega à conclusão negativa, razão pela qual mantém a multa aplicada. É o caso da apelação nº 5017718-39.2011.4.04.7000/TRF-4, de relatoria do Des. Fernando Quadros da Silva:

Por fim, a infração não pode ser tida como de pequeno potencial ofensivo, não havendo fundamentos suficientes para afastar a multa aplicada pela agência reguladora e substituí-la pela pena de advertência.

Uma vez demonstrado que a concessionária não alcançou os níveis de qualidade exigidos pela agência reguladora, está correta a imposição da penalidade de multa, sendo improcedente o pedido neste tópico.

É preciso atentar que a irregularidade foi constatada em um curto espaço de tempo. Ao se considerar o funcionamento da concessionária como um todo, trata-se de um dano difuso ao consumidor de alta escala, justificando, assim, a imposição de penalidade de multa (Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Na terceira hipótese, o Judiciário não avalia se a conduta do agente regulado é ou não de menor potencial ofensivo, visto que tal determinação é de competência da ANEEL. Ao Judiciário caberia tão somente a análise da presença do dever de motivação na decisão administrativa e a observância dos parâmetros legais.

Na apelação nº 5003416-10.2013.4.04.7202/TRF-4, o autor do pleito pediu a conversão da multa que lhe fora aplicada em advertência, visto que presente o primeiro requisito regulamentar (não autuação por idêntica infração nos últimos três anos anteriores ao da nova ocorrência) e inviável a aplicação do segundo requisito, sob a alegação de que "menor potencial ofensivo" não possui definição legal.

O Des. Rel. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, discordando da tese levantada pelo autor, assim consignou:

Ainda, chamo atenção para o fato de que compete à autoridade administrativa motivar todas as suas decisões, bem como escolher as penalidades que melhores se aplicam aos casos analisados. Por conseguinte, não merece prosperar a tese da recorrente de que, em face da ausência da definição legal do que seja pequeno potencial ofensivo, tal requisito não possa ser aplicado na prática, pois, como a legislação utiliza um parâmetro vago, o administrador tem discricionariedade para definir o que é pequeno potencial ofensivo, desde que sua decisão seja motivada e dentro dos limites exigidos por lei (Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma. ACi nº 5003416-10.2013.4.04.7202. Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, j. 08/06/2016, p. 2).

O exposto demonstra que a divergência acerca da existência ou não de discricionariedade administrativa em conceitos jurídicos indeterminados não fica restrita à doutrina, alcançando também a jurisprudência.

As duas primeiras hipóteses parecem seguir corrente doutrinária que defende que os conceitos jurídicos indeterminados são passíveis de controle

judicial, visto serem apenas conceitos jurídicos. O juízo seria, portanto, de mera legalidade, e não de conveniência e oportunidade.⁶⁸

Já a última hipótese estaria mais inclinada para o entendimento de que conceitos jurídicos indeterminados estão inseridos na discricionariedade administrativa, razão pela qual apenas podem ser controlados em casos de abusos e excessos por parte do administrador.⁶⁹

Outro critério relevante, embora pouco utilizado pelo Judiciário, é o da *competência*. Em 3 oportunidades o Judiciário avaliou a competência da ANEEL para editar regulamentos sobre penalidades administrativas, algo que demonstra que a extensão do princípio da legalidade no Direito Administrativo Sancionador⁷⁰ já foi discutida pelos Tribunais em questões concernentes à ANEEL.

Um dos três casos em que existe essa discussão se mostra bastante relevante, especialmente porque os desembargadores divergem quanto ao ponto, situação que levou o julgamento a ser decidido por maioria.

Trata-se da apelação nº 0014684-66.2008.4.01.3400/TRF-1, interposta por geradora de energia elétrica com a finalidade de ver anulada multa no valor de R\$ 2.893.836,49 que lhe fora aplicada pela ANEEL, em decorrência de violação a dispositivo da Resolução Normativa nº 163/2005, sob o argumento de que, para o que importa, a penalidade aplicada não possuía previsão em lei formal, violando o princípio da legalidade.

⁶⁸ "A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos – porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração –, ao passo que a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei" (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 201.).

⁶⁹ "Eis porque não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade.

Com efeito, se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, **não se poderá dizer que violou a lei, que transgrediu o direito**" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros: 2017. p. 23).

⁷⁰ Até hoje parcela da doutrina rejeita a criação de tipos administrativos por meio de regulamentos, sob o argumento de violação ao princípio da legalidade. Confira, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello: "Bem por isto [o princípio da legalidade], tanto infrações administrativas como suas correspondentes sanções têm que ser instituídas em lei – não em regulamento, instrução, portaria ou quejandos" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 880).

A Des. Maria Cecília de Marco Rocha, relatora do caso, entendeu que a competência sancionatória da ANEEL possui respaldo no art. 3º, IV e X, da Lei nº 9.427/1996 e, assim:

No exercício do poder normativo conferido em lei, a ANEEL editou a Resolução Normativa nº 63/2004, a qual aprova procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais.

Com base no mesmo poder normativo, a ANEEL editou a Resolução Normativa nº 163/2005, estipulando condições para determinado sistema.

No caso em exame, verificou-se que a Autora descumpriu determinação da agência reguladora contida na Resolução nº 163/2005, o que caracterizou a infração tipificada no art. 7º, XVI, da Resolução Normativa nº 63/2004.

A penalidade aplicada em consequência do cometimento da infração está prevista na própria Resolução nº 63/2004, editada a partir de autorização expressa do art. 3º, X, da Lei nº 9.427/1996.

Portanto, não prospera a alegação de ofensa ao princípio da legalidade (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quinta Turma. ACi nº 0014684-66.2008.4.01.3400. Rel. Des. Maria Cecília de Marco Rocha, j. 09/12/2015, p. 4).

Em discordância com a tese da relatora, todavia, o Des. Néviton Guedes consignou a impossibilidade de ato infralegal criar penalidades, valendo-se de diversos precedentes para respaldar seu argumento:

Em casos similares, este Tribunal firmou entendimento de que a autuação, com base em norma infralegal, fere o princípio da legalidade, não podendo o ato normativo impor restrições ou penalidade ao administrado. Somente lei em sentido formal e material é que pode fazê-lo (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quinta Turma. ACi nº 0014684-66.2008.4.01.3400. Rel. Des. Maria Cecília de Marco Rocha, j. 09/12/2015, p. 1).

O terceiro desembargador acompanhou a divergência aberta e, assim, a demanda da autora foi julgada procedente e a multa aplicada pela ANEEL foi anulada. Alguns pontos merecem ser avaliados.

Entendo que a CF não exige, tal como faz com os crimes e penas do Direito Penal (art. 5º, XXXIX), reserva legal específica para a instituição de infrações e sanções administrativas.

Ausente menção constitucional expressa, portanto, me parece que a decisão sobre o modelo de instituição de infrações e suas respectivas sanções deva ser atribuída ao legislador infraconstitucional. Ou seja, é dele a competência para instituir na própria lei formal as infrações e sanções ou optar por delegação legislativa, atribuindo aos órgãos e entes administrativos o dever de regulamentar a matéria.

No caso da ANEEL, assim como já dito, ele optou pelo segundo modelo, pois editou Lei bastante ampla, dotada de conceitos jurídicos indeterminados.

O governo federal, visando regulamentá-la junto com as Leis nº 8.987/1995 e 8.666/1993, estabeleceu de modo expresso em seu Decreto competir à ANEEL aplicar as penalidades regulamentares e contratuais. E a ANEEL, por sua vez, editou a Resolução Normativa nº 63/2004, a fim de cumprir a exigência.

Veja: não se está afirmando que o Direito Administrativo Sancionador não deve respeito ao princípio da legalidade, mas sim que esse princípio, no Direito Administrativo Sancionador, possui alcance diverso em comparação com o Direito Penal.

A legalidade, aqui, impõe, às autoridades administrativas, o dever de regulamentar as ações concretas que reflitam na esfera jurídica de terceiros. Ou melhor: o princípio impõe uma *reserva de norma*.⁷¹

Assim como a competência, a *retroatividade ou irretroatividade da norma mais benéfica* foi utilizada em três oportunidades, sendo que em duas

⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Dever regulamentar nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 31, jul./set. 2010.

delas o Tribunal decidiu pela retroação da norma administrativa mais benéfica.

O Des. Rel. Carlos Eduardo Castro Martins, por exemplo, assim se pronunciou na apelação nº 0017985-65.2001.4.01.3400/TRF-1:

Na realidade, a atitude da ANEEL é contraditória, pois, ao mesmo tempo em que deixa de considerar um fato como irregular e possibilita a utilização do expediente contábil aqui analisado, ela deixa de rever a multa antes aplicada. Alega para tal que deve aplicar o princípio da irretroatividade. Ora, como é sabido o princípio da irretroatividade só se aplica quando a nova legislação agrava a situação do réu, do contribuinte, etc. Quando, como no caso, a nova lei "descriminaliza" o fato que ensejou a punição administrativa, esta deveria ser revista, em observância ao princípio da boa-fé que a administração pública deve ter com os administrados, como bem lembrado no parecer antes citado (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Sétima Turma Suplementar. ACi nº 0017985-65.2001.4.01.3400. Rel. Des. Carlos Eduardo Castro Martins, j. 27/08/2013, p. 4-5).

Valendo-se de conhecimentos doutrinários, o Des. Rel. da apelação nº 2007.70.00.025622-2/TRF-4, Sérgio Renato Tejada Garcia, entendeu de modo diverso a possibilidade de retroatividade de norma administrativa mais benéfica. Veja:

A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, inciso XL, que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Trata-se de exceção trazida ao princípio da irretroatividade das leis, o qual guarda consonância com o princípio da segurança jurídica. Tal exceção existe porque a liberdade, ao lado da vida, é um dos valores máximos de nossa sociedade liberal, e todas as restrições dirigidas a bens jurídicos tão valiosos devem ter aplicação estrita.

Por outro lado, não se pode ignorar que a característica do direito econômico é justamente a mutabilidade de suas regras e normas a fim de adequar-se ao contexto exigido pelo mercado e pela busca da realização dos fins aos quais se destinam os serviços públicos. A mutação é da essência de uma norma de direito econômico. Por

conseqüência, a irretroatividade da norma mais benéfica é regra a ser seguida nas concessões de serviço público, a não ser que haja determinação expressa de retroatividade, o que não há no presente caso. Um ato considerado ilícito hoje pode ser considerado lícito no futuro, sem que haja ausência de punibilidade do ato.

Segundo a lição de Rafael Munhoz de Mello: "Por tais fundamentos, não se pode transportar para o direito administrativo sancionador a norma penal da retroatividade da lei que extingue a infração ou torna mais amena a sanção punitiva. No direito administrativo sancionador aplica-se ao infrator a lei vigente à época da adoção do comportamento ilícito, ainda que mais grave que a lei posteriormente editada. Diversamente do que ocorre no direito penal, assim, não há no direito administrativo sancionador o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao infrator" (Em: Obra citada, p. 155) (Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma. ACi nº 2007.70.00.025622-2. Rel. Des. Sérgio Renato Tejada Garcia, j. 03/03/2010, p. 5-6).

Assim como no caso do princípio da legalidade estrita, parece-me delicada a transposição da retroatividade da lei mais benéfica, garantia presente no Direito Penal, para o Direito Administrativo Sancionador.

Em primeiro lugar, porque inexistente previsão constitucional ou legal nesse sentido. O art. 5º, XL, CF, é bastante claro ao dizer que "*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*", sendo silente quanto ao Direito Administrativo Sancionador. A Lei nº 9.784/1999, ainda, atendo-se a inexistência de previsão na CF, optou pela impossibilidade de retroatividade de nova interpretação, não excetuando a regra, tal como o art. 5º, XL, CF, faz com o Direito Penal, para os casos de retroatividade de norma administrativa mais benéfica (art. 2º, XIII).

Em segundo lugar, porque, ausente menção expressa, constitucional ou legal, deve-se ter cuidado com a extensão do benefício da retroatividade. É possível que uma retroatividade seja benéfica ao autor da demanda, mas prejudique particulares terceiros ou até mesmo a própria Administração.

Por fim, os últimos critérios utilizados pelos Tribunais para controlar multa aplicada pela ANEEL são os princípios (3 casos), prescrição (3 casos),

non bis in idem (3 casos), desvio de finalidade (3 casos) e presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos (1 caso).

Quanto aos *princípios*, nota-se a utilização de princípios com baixa vagueza e subjetividade. Em duas oportunidades foi aplicado o princípio da isonomia, para afirmar que todos os agentes regulados devem ser tratados de igual forma, o que implica a impossibilidade de exclusão de responsabilidade de agente regulado mesmo nas situações em que sua infração for irrisória, e em uma oportunidade foram aplicados princípios típicos do processo administrativo (verdade material e formalismo mínimo) para afirmar que recurso administrativo intempestivo apenas deve ser apreciado pela Administração nas situações em que ela entender devidas.

A *prescrição* constatada em três oportunidades é aquela prevista na Lei nº 9.873/1999. Em duas situações a prescrição ocorreu durante o processo administrativo sancionador (art. 1º, §1º), caso de prescrição intercorrente, e em uma situação antes da instauração de processo administrativo de fiscalização (art. 1º, *caput*).

A apelação nº 0807196.63.2017.4.05.8100/TRF-5, ainda, traz constatações relevantes acerca da interrupção da prescrição. O Des. Rel. Rogério Fialho Moreira entendeu que audiências realizadas entre autuados e servidores da ANEEL, com base no Decreto nº 4.334/2002, são atos que interrompem a prescrição, a teor do art. 2º, II, Lei nº 9.873/1999. Já solicitações de pareceres ou notas técnicas a, respectivamente, Procuradoria-Geral da ANEEL e Superintendência responsável não seriam causas de interrupção da prescrição, uma vez que constituem mero encaminhamento dos autos a outros setores da Administração.

O *bis in idem* não foi identificado em nenhuma das três oportunidades em que foi suscitado pelo autor da demanda. O que o julgador fez foi registrar hipóteses que não configuram *bis in idem*: (i) valoração da multa levando em consideração a existência de sanção administrativa irrecorrível, nos últimos quatro anos (art. 15, Resolução Normativa nº 63/2004), pois não se trata de infração pelo mesmo fato, mas sim agravamento do valor da multa em razão de reiteração de conduta antijurídica; (ii) aplicação de sanções a empresas distintas, com responsabilidades patrimoniais próprias, ainda que da mesma

holding; e (iii) verificação conjunta de diferentes infrações com aplicação de uma única penalidade.

Do mesmo modo, não foi identificada nenhuma situação em que a ANEEL tenha agido com *desvio de finalidade*. Nos dois casos em que o critério é utilizado, o julgador afirma não haver conduta desviada por parte da Agência quando ela (i) respeita as normas pertinentes e (ii) lavra AI não obstante o cumprimento, pelo autuado, das determinações presentes no TN.

A *presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos* foi utilizada em apenas um caso, com a finalidade de afirmar que o valor apontado na autuação está correto, ante a pressuposição de que as condutas administrativas são legítimas.

2.5. Revisão das multas aplicadas pela ANEEL

O último ponto relevante que pode ser descrito das decisões pesquisadas é se o Judiciário revisa, ou não, as multas aplicadas pela ANEEL.

Quatro aspectos serão analisados quanto a esse ponto: (i) a frequência com que o juízo de primeiro grau revisa as multas aplicadas pela ANEEL; (ii) a frequência com que o Tribunal revisa as multas aplicadas pela ANEEL; (iii) a frequência com que o Tribunal reforma a decisão do juízo de primeiro grau; e (iv) os critérios utilizados pelo Tribunal para anular a multa aplicada pela ANEEL.

Preliminarmente, destaco que “revisão” será utilizada em seu sentido mais amplo, abrangendo não apenas a anulação da multa, mas também a redução do valor da multa, o enquadramento da conduta em tipo infracional diverso (o que inclui a conversão da multa em advertência) e determinações judiciais no sentido de que a ANEEL recalcule a multa aplicada.

Já “reforma” será utilizada nas situações em que o Tribunal alterar a decisão do juízo de primeiro grau em relação à revisão ou não revisão da multa, bem como quanto à forma de revisão (sendo possível, por exemplo, que o juízo de primeiro grau tenha convertido a multa em advertência e o Tribunal tenha a anulado). Serão desconsideradas, para fins de reforma da

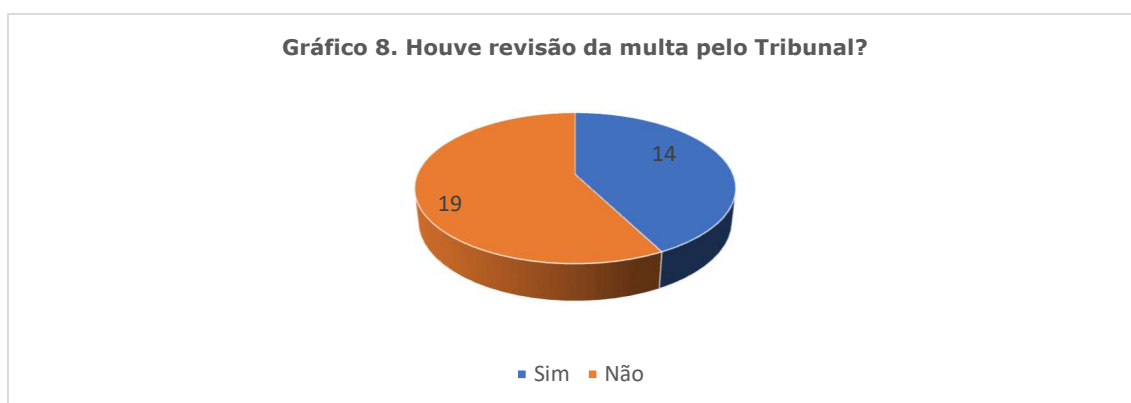
decisão de primeiro grau, divergências formais e processuais, como a majoração de honorários.

Pois bem. Uma primeira investigação relevante é se o juízo de primeiro grau, quando provocado, revisa ou não revisa a multa aplicada pela ANEEL. O gráfico 7 abaixo responde essa questão:



Fonte: Elaboração própria a partir da jurisprudência dos TRFs 1, 2, 4 e 5 (amostra de 33 acórdãos).

Para fins de comparação, o mesmo pode ser investigado quanto aos Tribunais:

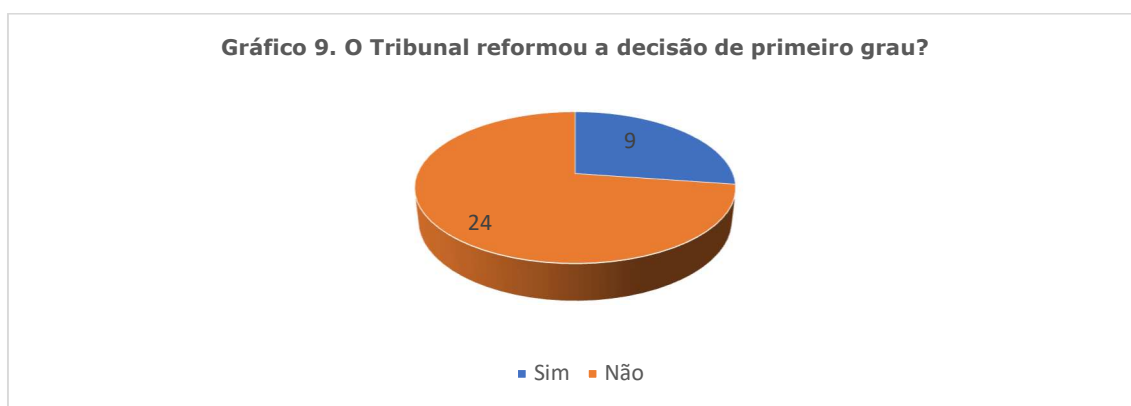


Fonte: Elaboração própria a partir da jurisprudência dos TRFs 1, 2, 4 e 5 (amostra de 33 acórdãos).

Percebe-se que existe certo equilíbrio entre as tendências de revisão dos juízos de primeiro grau e dos Tribunais. Uma possível explicação para isso é o fato de que dentre as 33 apelações analisadas, apenas duas delas

foram decididos por maioria. Uma decisão de um Tribunal que, em tese, possui três vozes julgadoras, acaba se tornando responsabilidade, na maioria das vezes, apenas do relator, o que prejudica a dialética necessária para casos complexos e torna a sistemática do Tribunal similar àquela de primeira instância.

Todavia, o fato de haver equilíbrio entre o número de revisões entre primeiro e segundo graus não significa que, necessariamente, as mesmas multas foram revisadas e mantidas. Nesse sentido, um terceiro aspecto de análise é a quantidade de decisões dos Tribunais em que ocorre reforma da decisão de primeiro grau. É o que responde o gráfico 9 abaixo:



Fonte: Elaboração própria a partir da jurisprudência dos TRFs 1, 2, 4 e 5 (amostra de 33 acórdãos).

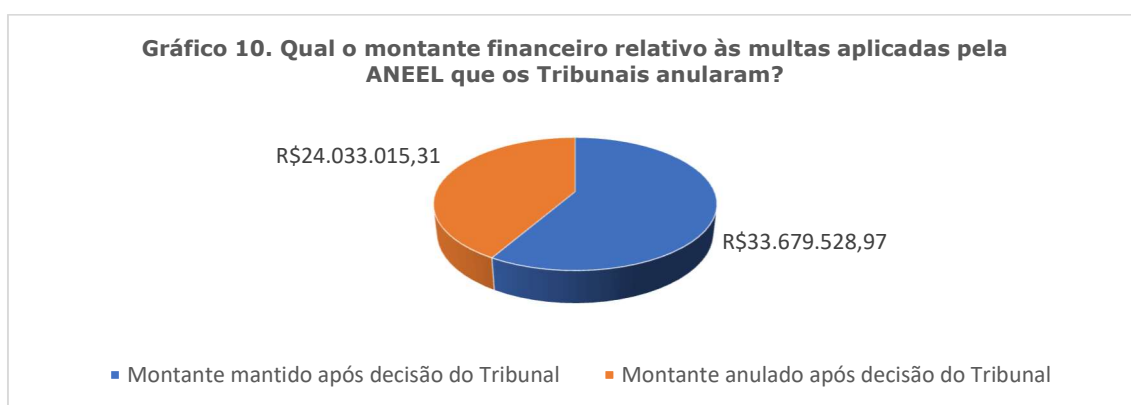
O gráfico demonstra que os Tribunais tendem mais a ratificar do que a reformar as decisões de primeiro grau. Dentre os 9 casos em que há divergências entre primeiro e segundo graus, em 4 o Tribunal anula multa mantida pelo juízo de primeiro grau, em uma oportunidade ele mantém multa antes anulada, em outra ele mantém multa enquadrada em tipo infracional diverso pelo juízo de primeiro grau e nas demais ele concorda com a revisão da multa, mas em termos diversos do juízo de primeiro grau.⁷²

Mais especificamente sobre a postura dos Tribunais (gráfico 8 acima), é relevante avaliar o montante financeiro que foi anulado após a sua decisão.

⁷² As três situações consistem em: redução do valor da multa (1º grau) e anulação da multa (Tribunal); conversão da multa em advertência (1º grau) e anulação da multa (Tribunal); anulação da multa (1º grau) e alteração do valor da multa (Tribunal).

Dentre os 14 casos de revisão das multas pelos Tribunais, em 11 oportunidades elas foram anuladas, em uma oportunidade a multa foi reduzida para R\$ 501.689,49 (apelação nº 5003011-03.2010.4.04.7000/TRF-4) e em outras duas os Tribunais minoraram o valor da multa, mas não esclareceram o novo montante.⁷³

O gráfico 10 abaixo, portanto, leva em consideração, para fins de avaliar o montante anulado, os 11 casos em que houve anulação da multa e aquele em que o Judiciário fixou novo montante (R\$ 501.689,49)⁷⁴:



Fonte: Elaboração própria a partir da jurisprudência dos TRFs 1, 2, 4 e 5 (amostra de 33 acórdãos).

O gráfico demonstra que, dos R\$ 57.712.544,28 referentes às 33 multas judicializadas⁷⁵, 41,60% do montante foi anulado, o que corresponde a R\$ 24.033.015,31.

Em um primeiro momento, o cenário parece ser favorável, visto que os Tribunais mais mantiverem do que anularam as multas impugnadas. Contudo, o montante anulado ainda assim se mostra bastante significativo,

⁷³ Em uma situação o Tribunal determinou que a ANEEL recalculasse a multa e em outra decidiu pela aplicação de base de cálculo diversa. Ambas as situações exigem novas manifestações da ANEEL, o que não foi feito até o momento.

⁷⁴ O caso em que houve fixação de novo montante será incluído no gráfico 10 porque, ao fixar novo montante, o Judiciário anulou parcela da multa. Originariamente, o valor da multa judicializada era de R\$ 740,589,25. O juízo de primeiro grau reduziu a multa para R\$ 501.689,49, decisão que foi mantida pelo Tribunal. Ainda, não foram considerados os dois casos em que o Judiciário diminuiu o valor da multa, pois exigem nova manifestação da ANEEL, o que não ocorreu até o momento (ver nota de rodapé acima).

⁷⁵ Levei em consideração, para fins de cálculo dos valores judicializados, o valor da multa independentemente de correções monetárias ou juros.

sendo necessário investigar quais motivos levaram os Tribunais a anularem R\$ 24.033.015,31 de receitas que seriam destinadas à ANEEL.

A tabela 6 abaixo demonstra quais os critérios utilizados pelos Tribunais para anular as multas referentes aos 11 casos pesquisados e para fixar novo montante no caso da apelação nº 5003011-03.2010.4.04.7000/TRF-4⁷⁶:

Tabela 6. Critérios utilizados para anular as multas e fixar novo montante.

Critério	Frequência
Legalidade	4
Prescrição	3
Previsão Regulamentar	2
Garantias processuais	2
Competência	2
Retroatividade de norma mais benéfica	1
Conceito jurídico indeterminado	1
Total	15

Fonte: Elaboração própria a partir da jurisprudência dos TRFs 1, 2, 4 e 5 (amostra de 12 acórdãos).

Percebe-se que há uma tendência de anulação de multas aplicadas pela ANEEL por meio de critérios *de direito* (ou de legalidade), em que não se exige uma análise de normas técnicas editadas pela Agência, tampouco intervém na conveniência e oportunidade presentes na dosimetria de multas regulatórias. É o que ocorre em 9 oportunidades, quando o Tribunal se limita a controlar a legalidade, a declarar a prescrição ou a avaliar o respeito pelas garantias processuais.

Ainda, mesmo nos casos em que o Tribunal anula a multa por entender que a ANEEL não detém competência para regulamentá-la por meio de ato infralegal ou aplica norma editada pela Agência de modo retroativo, não se pode considerar que o Judiciário abusou de suas competências ou cometeu algum tipo erro. Tratando-se de discussões doutrinárias, cabe a ele mesmo – o Judiciário – determinar como o direito deve ser aplicado no caso concreto. Nisso, não há nada de excessivo.

⁷⁶ O critério levado em consideração para a confecção da tabela é aquele determinante para a anulação da multa aplicada pela ANEEL e, no caso da apelação nº 5003011-03.2010.4.04.7000/TRF-4, para fixar novo valor de multa.

Portanto, é possível afirmar que os casos em que o Tribunal anula multas aplicadas pela ANEEL por meio de interpretação de normas técnicas ou intervindo na discricionariedade da Agência configuram verdadeiras exceções. Numa análise global de todos os casos em que houve anulação, o controle judicial parece ter sido adequado.

Conclusão – A atuação do Judiciário e a efetividade das sanções aplicadas pela ANEEL

As sanções aplicadas pela ANEEL, objeto da pesquisa, estão inseridas em um amplo universo, que pode ser denominado de *ciclo regulatório*. Significa dizer que a competência sancionatória da ANEEL não se esgota na sanção, mas contempla etapas anteriores e posteriores igualmente relevantes.

Segundo Egon Bockmann Moreira, o ciclo regulatório compreende três etapas: regulamentação normativa, supervisão fiscalizatória e sanção.

O primeiro deles é a produção normativa, geral e abstrata. O segundo reporta-se ao controle do comportamento dos agentes frente às normas gerais e abstratas editadas, isto é, à fiscalização em sentido estrito. Por fim, a sanção é a punição das infrações, constatadas pela fiscalização, às normas dantes produzidas.⁷⁷

A essas três etapas sugeridas pelo autor, incluo uma quarta: o cumprimento da sanção aplicada pelo regulador. Essa etapa é especialmente relevante quando se estuda a judicialização das sanções aplicadas pela ANEEL, visto que, em última razão, o que o agente regulado busca ao acessar o Judiciário é justamente deixar de cumprir a sanção que lhe fora aplicada.

Além disso, o cumprimento da sanção guarda íntima conexão com a sua finalidade, sendo possível afirmar até mesmo uma certa relação de dependência entre elas: a sanção apenas atingirá sua finalidade quando for cumprida.

Isso ocorre porque as sanções administrativas não possuem finalidade apenas repressiva⁷⁸, mas pelo contrário, sua principal finalidade é conformar

⁷⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

⁷⁸ Parte da doutrina defende que as sanções administrativas possuem função repressiva. É o caso, por exemplo, de Fábio Medina Osório, para quem a sanção administrativa "*consiste em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente **pro futuro**, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou*

a conduta dos particulares para evitar resultados contrários aos objetivos definidos no ordenamento jurídico (CF, lei e regulamentos), operando, assim, a partir de um olhar eminentemente prospectivo.⁷⁹

Nesse sentido, o cumprimento da sanção pelo infrator produz um efeito simbólico e dissuasório⁸⁰, de modo a evitar o cometimento de infrações pelos demais administrados e estimular o seu *enforcement*⁸¹ às normas editadas pela Administração.

O cumprimento, portanto, é etapa fundamental para que o efeito simbólico das sanções administrativas seja produzido aos demais agentes regulados. Ou melhor: o cumprimento das normas editadas pela Administração depende da efetividade das sanções aplicadas.

Sendo o administrado um homem racional, ele realiza análises de custos e benefícios previamente à realização de qualquer conduta. Disso decorre que ele só respeitará as regras se entender que o custo de descumpri-las é superior ao de cumpri-las. O efeito simbólico do cumprimento das sanções, assim, incluiria mais um elemento a ser considerado na racionalidade do regulado.⁸²

É simples pensar em toda essa sistemática quando se trata de muitas regulatórias. Quando um agente setorial comete uma infração, é natural que

disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 105).

⁷⁹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁸⁰ Segundo a teoria dissuasória de justificação da pena, "a punição é vista como um preço a ser pago pelo infrator que se justifica e se impõe para detê-lo do cometimento do ilícito, assim como para coibir terceiros tentados a incorrer na mesma infração. Daí o caráter **dissuasório** ou **preventivo** da pena" (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 85).

⁸¹ Segundo Felipe de Paula, "em área cujo interesse cresce a passos largos, existem também os mecanismos de garantia de aplicação e cumprimento, em que ferramentas indutivas ou de força são utilizadas para assegurar o respeito e a execução da norma (**enforcement**)" (PAULA, Felipe de. *Avaliação legislativa no Brasil: Limites e possibilidades*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 53).

⁸² Tratando da teoria do *homo economicus*, diz Alice Voronoff: "A ideia é que, nas suas diversas atividades, as pessoas projetem ganhos e custos adicionais de suas ações e decidam agir apenas se os primeiros superarem os segundos (ou ao menos se equipararem a eles). O mesmo racional os guiaria inclusive na seara de comportamentos ilícitos. Acredita-se que as pessoas e as instituições são levadas a infringir a lei ou a descumprir um contrato sempre que isso valer a pena. Daí a infração ser vista como o resultado de uma escolha sempre racional e calculada" (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 84).

a Administração, após o regulador processo administrativo, e se entender devido, lhe aplique a multa corresponde, se for essa a sanção prevista.

Com o recolhimento da multa pelo infrator (o cumprimento, portanto), os demais agentes setoriais sentirão que a autoridade da Administração foi respeitada, o que culmina em incentivos negativos ao descumprimento das normas públicas. Tudo isso estimula o *enforcement* público.

Em sistemas como o brasileiro, todavia, toda essa lógica pode ser prejudicada, considerando-se a cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), pois quando um agente regulado se mostra descontente com a multa que lhe fora aplicada, é simples que essa sanção seja judicializada, bastando que ele ingresse com ação anulatória, com a finalidade de ver o Judiciário revisar a multa.

Torna-se possível, pois, que mais uma etapa seja incluída ao ciclo regulatório além das quatro já comentadas: a judicial.⁸³

Mas quais são os potenciais impactos decorrentes da inserção de mais uma etapa ao ciclo regulatório? Ou melhor, quais são os possíveis efeitos gerados pela atuação judicial na efetividade das sanções aplicadas por um órgão ou ente administrativo?

No capítulo 3, realizei descrição da jurisprudência do controle judicial das sanções aplicadas pela ANEEL. A seguir, com base nos dados coletados, é possível levantar possíveis impactos que os resultados trazidos produzem na efetividade das sanções aplicadas pela ANEEL.⁸⁴

1º fator) *exaurimento da esfera administrativa antes da judicialização*: em apenas uma oportunidade o processo administrativo foi judicializado antes do exaurimento da esfera administrativa. Assim, o tempo de judicialização não é um fator de impacto sobre a atividade sancionatória da ANEEL. Percebe-se

⁸³ Segundo Egon Bockmann Moreira, é "*claro que o ciclo regulatório pode ser compreendido sob um ângulo mais largo, englobando variações orgânicas e cronológicas, que vão desde as orientações políticas do governo até as decisões do Poder Judiciário (...)*" (MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas*. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 181. Nota de rodapé 28).

⁸⁴ As variáveis "litigantes" e "reforma da decisão de primeiro grau" não foram incluídas neste tópico porque entendo que não podem gerar impactos na efetividade das sanções aplicadas pela ANEEL. Além disso, desconsidere a variável "diminuição das multas pela Diretoria da ANEEL" porque a finalidade é avaliar possíveis impactos do *Judiciário* na efetividade das sanções aplicadas pela ANEEL, e não da própria *Agência*.

que os agentes do setor tendem a esperar decisão final da Diretoria da Agência.

2º fator) *liminares concedidas e ratificadas*: na maioria das situações, o Judiciário, em cognição sumária, suspende a multa aplicada pela ANEEL. Além disso, praticamente não há ratificação da suspensão em cognição exauriente.

Em um primeiro momento, o cenário pode ser interpretado com algumas ressalvas, pois é questionável que uma multa que foi lavrada pela ANEEL, ente técnico, seja suspensa, de modo sumário, pelo Poder Judiciário, ainda mais sem a oitiva da Agência.

Todavia, as razões adotadas pelo juízo sumário permitem concluir que que inexistente qualquer prejuízo à ANEEL, visto que, caso o juízo sentenciante não confirme a liminar, a Agência poderá levantar o valor depositado ou receber os valores correspondentes à multa, pois a medida é reversível.

Ainda, os dados demonstram que após a ANEEL apresentar contestação, já em cognição exauriente, o Judiciário tende a não ratificar a liminar outrora concedida, demonstrando a importância da oitiva da Agência para formar o seu convencimento.

Portanto, o cenário sugere que, na maioria dos casos, os agentes setoriais podem criar expectativas (tutela provisória concedida) que não se confirmam de modo superveniente (tutela definitiva indeferida). Esse quadro pode, eventualmente, desestimular judicializações de multas aplicadas pela ANEEL.

3º fator) *duração da judicialização*: os dados levantados permitem concluir que as decisões judiciais tendem a ser morosas, sendo que a média supera os 5 anos de tramitação. Isso faz com que se torne duvidoso, para todos os atores envolvidos, se a ANEEL recolherá ou não a multa que aplicou.

Isso é ruim não apenas para a Agência, mas também para a regulação do mercado, pois os demais agentes regulados podem encarar essa demora no trâmite do processo com bons olhos para cometerem infrações, pois não terão de recolher as multas de modo imediato, mas apenas transcorrido grande espaço de tempo.

4º fator) *revisão da multa pelo Tribunal*: entendo que o alto índice de revisão das multas pelo Judiciário é fator que poderia gerar impactos negativos ao *enforcement* público, pois se, assim como já visto, o mercado é movido por incentivos, por análises de custos, então seria preferível adotar condutas ilícitas, ser sancionado e, uma vez judicializada a sanção, ver o Judiciário revisá-la. Em vários cenários, a infração poderia passar a valer a pena.

Felizmente, porém, os dados colhidos permitem concluir que, de certo modo, o Poder Judiciário é deferente às multas aplicadas pela ANEEL, assim consideradas a quantidade de multas revistas (14 multas foram revistas em um universo de 33) e o montante financeiro anulado (R\$ 24.033.015,31 foram anulados de um total de R\$ 57.712.544,28 judicializados).

Isso demonstra que, na maioria dos casos, a estratégia da judicialização das multas não traz os resultados esperados.⁸⁵

5º fator) *critérios de controle e critérios de anulação*: os critérios utilizados pelos Tribunais para anular as multas aplicadas pela ANEEL, assim como já apresentado, são, em sua maioria, apenas juízos de legalidade (sem interferência, portanto, na conveniência e oportunidade da Agência) e a aplicação do direito que o julgador entende ser correta. Nisso, não há nada que potencialmente impacte o cumprimento das normas setoriais.

O cenário é similar quanto aos critérios de controle utilizados pelo Tribunais (ou seja, aqueles utilizados independentemente de revisão da multa aplicada pela ANEEL).

O principal critério de controle utilizado é a previsão regulamentar, isto é, interpretação de normas infralegais e técnicas de atores do setor elétrico, em especial da ANEEL. Isso demonstra que o Judiciário possui uma tendência a realizar interpretação de norma técnica já feita pela ANEEL.

⁸⁵ É possível que a judicialização ocorra não apenas para a revisão judicial da multa, mas também para retardar o seu pagamento (como se fosse um instrumento protelatório). Nessa última situação, o administrado acessa o Judiciário para evitar o pagamento imediato da multa. Isso faz parte do sistema judicial que o Brasil possui e não pode ser impedido. É possível, todavia, mitigá-lo, adotando ferramentas para diminuir a morosidade processual. Nesse cenário, o administrado teria de modo mais célere o não provimento de seu pedido, o que poderia causar uma diminuição nos pedidos tão somente protelatórios.

O resultado dessa espécie de controle, contudo, até o momento, tem sido bastante favorável, pois em apenas duas situações o Judiciário anulou multa a partir dele.

Mesmo a proporcionalidade, critério que eu pensava que poderia ser utilizado pelo Judiciário para avaliar a dosimetria das multas aplicadas pela ANEEL – e, conseqüentemente, revisá-las – não foi utilizada em nenhum caso com essa finalidade. Na maioria das situações em que aparece, o Judiciário a utiliza para avaliar o respeito, pela ANEEL, dos limites legais estabelecidos para a valoração da multa, ou seja, ocorre apenas um controle de legalidade.

Portanto, os dados coletados permitem concluir que o Poder Judiciário *tende* a não gerar impactos negativos na efetividade das sanções aplicadas pela ANEEL, pois ele é deferente às multas aplicadas pela Agência, adota, quando anula as sanções, controle de mera legalidade, não ratifica, em juízo sentenciante, a liminar concedida em juízo sumário (quebrando as expectativas dos agentes setoriais) e em apenas uma oportunidade o processo administrativo foi judicializado antes do exaurimento da esfera administrativa. A situação em que ele *potencialmente* interfere no *enforcement* público se mostra residual, mas ainda assim merece atenção. O ideal seria que os trâmites processuais fossem menos morosos.

Por fim, desejo, a partir da pesquisa realizada, fazer algumas pontuações que considero relevantes.

A primeira: o pesquisador que se dispõe a descrever a jurisprudência sobre a atividade sancionatória da ANEEL e os impactos que as atuações judiciais podem causar no cumprimento das normas da ANEEL pelos agentes regulados deve estar consciente de que o resultado obtido não será estanque, tampouco suficiente.

O *enforcement* não se restringe ao cumprimento, pelos administrados, das normas editadas pela ANEEL. O debate é muito mais amplo. Quando se fala em *enforcement* público está a se referir ao cumprimento das normas públicas, independentemente de quais sejam, dos órgãos responsáveis e espécies de sanções decorrentes de seu não cumprimento.

Do mesmo modo, não é apenas o Judiciário que pode interferir no *enforcement* público, mas também outros órgãos e entes públicos. Mais uma

vez, o debate é mais amplo. É possível sustentar, por exemplo, que os próprios órgãos e entes responsáveis pelas normas que se deseja serem cumpridas prejudicam esse *enforcement*. É só pensar nos casos em que uma Agência Reguladora, por negligência, perde a sua pretensão punitiva, pois prescrita.

A segunda: a correlação entre atuações judiciais e efetividade das sanções administrativas é algo complexo e que demanda cuidados. É impróprio realizar afirmações peremptórias do tipo “o Judiciário prejudica o *enforcement* público, o Judiciário reduz a efetividade das multas regulatórias etc.”.

Tudo deve ser tratado como uma *possibilidade*, uma *potencialidade*, jamais como algo dado, predefinido. Nesse sentido, a afirmação de que longos trâmites processuais podem impactar na efetividade das sanções aplicadas pela ANEEL se torna apenas uma *opinião*, e nada mais.

Enfim, espero que o controle judicial da competência sancionatória das Agências Reguladoras seja mais pesquisado. O presente trabalho representa apenas uma pequena contribuição em um vasto universo de pesquisa. As possibilidades são muitas.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros: 2017.

CORREIA, Tiago de Barros; CORREIA, Bruna de Barros. Agenda Regulatória para redução da judicialização no Setor Elétrico, *Canal Energia*, 08 out. 2018. Disponível em: <<https://www.canalenergia.com.br/artigos/53077393/agenda-regulatoria-para-reducao-da-judicializacao-no-setor-eletrico>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA, *Revista Estudos Institucionais*, n. 2, p. 537-571, jul./dez., 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. *Sociedade Brasileira de Direito Público*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

_____. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel, *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, n. 8, p. 7-38, jan./jun. 2010.

_____. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PAULA, Felipe de. *Avaliação legislativa no Brasil: Limites e possibilidades*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Dever regulamentar nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 31, jul./set. 2010

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: Uma análise da jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). *Direito Econômico Regulatório*. 1ª ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016.

Apêndice

Este apêndice disponibiliza *link* contendo o mapeamento realizado dos acórdãos levantados para a pesquisa. Os dados foram catalogados da seguinte forma:

- (i) laranja: dados gerais do processo (classe, número do processo etc.);
- (ii) verde: informações sobre o processo administrativo;
- (iii) azul: informações sobre as decisões do juízo de primeiro grau;
- (iv) amarelo: informações sobre as decisões dos Tribunais;
- (v) vermelho: duração do processo; e
- (vi) roxo: demais considerações.

Segue o *link*:

https://docs.google.com/spreadsheets/d/1TxMtPIHqyUbOSCkZpBivSDv3IFlooxWBspSEu4uep_w/edit?usp=sharing